



LA POSICIÓN SUCESORIA DEL SUPÉRSTITE EN EL DERECHO INGLÉS, EN EL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL Y EN EL DERECHO CIVIL VASCO

**TESIS DOCTORAL
2022**

Doctoranda: MAITENA ARAKISTAIN ARRIOLA

Dirección:

JACINTO GIL RODRÍGUEZ

LEIRE IMAZ ZUBIAUR

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	6
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I: EL SUPÉRSTITE EN EL DERECHO DE SUCESIONES INGLÉS.....	15
1. INTRODUCCIÓN.....	16
1.1. Algunas figuras de Derecho patrimonial con relevancia para la ordenación sucesoria.....	18
1.1.1. <i>Modos de ejercer la copropiedad</i>	18
1.1.2. <i>Trusts</i>	20
1.1.3. <i>Proprietary Estoppel</i>	23
1.2. Antecedentes históricos de la disposición <i>mortis causa</i> del patrimonio.....	25
1.2.1. <i>División del patrimonio: Realty y Personalty</i>	25
1.2.2. <i>Breve exposición del contexto histórico</i>	26
1.2.3. <i>Siglos XVII-XVIII- El uso del trust y el strict settlement</i>	35
1.2.4. <i>Finales del siglo XIX - Un breve período de libertad de testar</i>	37
1.2.5. <i>Reformas legislativas del siglo XX</i>	40
2. LA SUCESIÓN INTESTADA.....	44
2.1. Evolución histórica de la <i>Administration of Estates Act</i> de 1925.....	45
2.2. La figura del <i>personal representative</i>	49
2.3. El cónyuge supérstite y el conviviente superviviente.....	51
2.3.1. <i>Asimilación de la pareja civil al cónyuge</i>	51
2.3.2. <i>La convivencia more uxorio: el conviviente o cohabitant</i>	52
2.3.3. <i>La predilección por el cónyuge o pareja civil supérstite</i>	56
2.4. Los hijos y descendientes (<i>issue</i>).....	64
2.5. Otros parientes.....	66
2.6. El Estado: <i>bona vacantia</i>	67

2.7. Cónyuge <i>versus</i> descendientes: la apuesta del legislador inglés	67
2.7.1. Informe publicado por la Law Commission en 1989	68
2.7.2. Informe publicado por la Law Commission en 2011	71
3. FAMILY PROVISION O PRESTACIÓN FAMILIAR EN LA SUCESIÓN TESTADA E INTESTADA.....	81
3.1. De la libertad de testar a la posibilidad de modificar la distribución hereditaria <i>post mortem</i>	84
3.2. Prestación Familiar con cargo a la herencia	92
3.2.1. Criterios de elegibilidad: ¿quién puede reclamar?.....	93
3.2.2. Una disposición económica razonable	109
3.2.3. La jurisdicción discrecional: el juicio de valor.....	146
4. LA “FAMILIA SUCESORIA”: SUCESIÓN INTESTADA <i>VERSUS</i> PRESTACIÓN FAMILIAR.....	158
5. RECAPITULACIÓN: EL SUPÉRSTITE EN EL CENTRO DEL FENÓMENO SUCESORIO.....	164
5.1. El supérstite en la sucesión intestada.....	165
5.2. El cónyuge y la <i>family provision</i>	173
5.3. El conviviente de hecho: un capítulo inacabado.....	174
CAPÍTULO II: EL SUPÉRSTITE EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL	178
1. INTRODUCCIÓN	179
1.1. Breve apunte sobre la familia, la propiedad y la herencia.....	180
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE. 185	
2.1. Primeros antecedentes.....	185
2.2. Antecedentes directos: la codificación	190
3. LA LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE VIUDO	200
3.1. Concepto y Naturaleza jurídica	200
3.2. Características	207

3.2.1. <i>Carácter general e incondicionado</i>	207
3.2.2. <i>Cuantía variable</i>	208
3.2.3. <i>Carácter usufructuario</i>	209
3.2.4. <i>Carácter conmutable</i>	214
3.3. Requisitos subjetivos del cónyuge legitimario.....	219
3.4. Atribución en la sucesión intestada	227
3.5. Función de la legítima viudal y su relevancia en la sociedad actual	229
4. LOS DERECHOS DEL CÓNYPUGE VIUDO EN LA SUCESIÓN TESTADA.....	241
4.1. El usufructo universal por voluntad del testador: el artículo 820.3 CC	242
4.2. La fiducia sucesoria	249
5. LOS DERECHOS DEL CÓNYPUGE VIUDO EN LA SUCESIÓN INTESTADA	256
6. LA PROTECCIÓN DEL CÓNYPUGE VIUDO DESDE EL DERECHO DE FAMILIA.....	266
6.1. Derecho de predetracción del ajuar doméstico	266
6.2. Disposiciones favorables al cónyuge viudo bajo el régimen de gananciales	268
6.2.1. <i>La vivienda familiar</i>	270
6.2.2. <i>Derecho de alimentos</i>	274
7. LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE	274
7.1. Breve apunte sobre las parejas de hecho en el ordenamiento español	274
7.2. El conviviente supérstite y la legítima viudal.....	286
7.3. El conviviente supérstite y la sucesión testada	290
7.4. El conviviente supérstite y la sucesión intestada	292
CAPÍTULO III: EL SUPÉRSTITE EN EL DERECHO CIVIL VASCO	297
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	298
1.1. Los fueros civiles vascos	299
1.1.1. <i>El Fuero civil de Araba</i>	303
1.1.2. <i>El Fuero civil de Gipuzkoa</i>	310

1.1.3. <i>El Fuero civil de Bizkaia</i>	315
1.2. La Compilación de Vizcaya y Álava, de 30 de julio, de 1959	326
1.3. De la Ley 3/1992 del Derecho civil foral del País Vasco a la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco	329
2. EL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE: PAREJA DE HECHO O DE DERECHO.....	337
3. LA SUCESIÓN FORZOSA	341
3.1. La legítima usufructuaria del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho.....	347
3.1.1. <i>Dimensión y objeto de la legítima usufructuaria</i>	350
3.1.2. <i>Requisitos subjetivos del cónyuge o pareja superviviente</i>	351
3.1.3. <i>Carácter conmutable de la legítima usufructuaria</i>	353
3.1.4. <i>Extinción de la legítima usufructuaria</i>	355
3.1.5. <i>Legítima usufructuaria y troncalidad</i>	356
3.2. El derecho legal de habitación.....	357
3.2.1. <i>Concepto y características</i>	359
3.2.2. <i>Requisitos subjetivos del cónyuge o pareja superviviente</i>	362
3.2.3. <i>Carácter conmutable del derecho de habitación</i>	362
3.2.4. <i>Extinción del derecho de habitación</i>	363
3.2.5. <i>Derecho de habitación y troncalidad</i>	363
3.2.6. <i>Derecho de habitación y derecho a permanecer en el caserío</i>	365
4. LA SUCESIÓN VOLUNTARIA.....	366
4.1.1. <i>Legado de usufructo universal</i>	369
4.1.2. <i>El cónyuge o pareja comisario</i>	373
5. DERECHOS DEL CÓNYUGE VIUDO Y MIEMBRO SUPERVIVIENTE DE LA PAREJA DE HECHO EN LA SUCESIÓN LEGAL	384
6. LA SITUACIÓN DEL VIUDO O SUPÉRSTITE AYALÉS.....	390

6.1. El supérstite ante la libertad dispositiva de su consorte	390
6.2. El usufructo poderoso.....	394
7. PROTECCIÓN DEL SUPÉRSTITE DESDE EL DERECHO DE FAMILIA: LA COMUNICACIÓN FORAL DE BIENES	397
7.1. Concepto y características generales.....	401
7.2. Disolución de la comunidad por muerte de uno de los cónyuges existiendo hijos o descendientes comunes.....	403
7.2.1. <i>Gestión de la comunidad de bienes consolidada</i>	405
7.2.2. <i>Partición y adjudicación de la comunidad de bienes consolidada</i>	407
7.3. Disolución de la comunicación por muerte de uno de los cónyuges sin existir hijos o descendientes comunes.....	410
7.3.1. <i>Gestión de la comunidad de bienes no consolidada</i>	411
7.3.2. <i>Partición y adjudicación de la comunidad de bienes no consolidada</i>	411
CONCLUSIONES	417
BIBLIOGRAFÍA	431

ABREVIATURAS

APDC	Asociación de Profesores de Derecho civil
art.	artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CA	Comunidad Autónoma
CAV	Comunidad Autónoma del País Vasco
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
DGRN [DGSJFP]	Dirección General de los Registros y del Notariado. Hoy renombrada como <i>Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública</i> , por Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE, núm. 25 de 29 de enero de 2020)
<i>Ibid.</i>	En el mismo lugar
JUR	Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi
Law Com	<i>Law Commission</i>
LDCF	Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco
LDCV	Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco
LRPH	Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho
núm.	número
op. cit.	obra citada
p.	página
pp.	páginas

RJ	Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
<i>Vid.</i>	Véase
vol.	volumen

INTRODUCCIÓN

La profunda transformación experimentada por la sociedad en las últimas décadas ha ido acompañada de una intensa actividad legislativa en tanto los diferentes ordenamientos jurídicos han ido construyendo marcos legales que se ajusten a los modelos de convivencia emergentes, a las nuevas formas de generar riqueza o a los cambios ocasionados por el significativo aumento en la esperanza de vida. La familia, institución social arquetípica, no ha sido inmune a este proceso, dejando atrás las estructuras familiares extensas para dar lugar a una familia más reducida, integrada por la pareja y sus hijos, comunes o de relaciones anteriores, en un contexto en el que cada vez es más habitual que las parejas convivan sin casarse y que las que se casan se divorcien y vuelvan a contraer matrimonio o a unirse de hecho. En estos nuevos conjuntos familiares la figura del cónyuge o de la pareja estable se sitúa en un primer plano, dejando atrás los modelos dinásticos o troncales que priorizaban el parentesco de sangre sobre el vínculo conyugal.

Esta transformación del paradigma familiar es un fenómeno común a todos los países de cultura occidental que, impulsados por la inescindible conexión entre familia, propiedad y sucesión *mortis causa*, han ido reformando sus sistemas sucesorios para dar respuesta a las nuevas problemáticas asociadas con las familias “modernas”. En este sentido, uno de los principales retos del Derecho de sucesiones ha sido encontrar el punto de equilibrio que concilie los intereses de todos aquellos sujetos que la sociedad considera que deben beneficiarse de la herencia del causante. Este grupo de personas varía en los diferentes sistemas legislativos, pudiendo incluir no sólo parientes de sangre, sino también personas que, sin estar relacionadas con el causante, dependen económicamente de él o personas que hayan tenido una relación cuasi familiar con el finado. Surge aquí un debate cuya extensión excede los límites de este trabajo, pero que resulta esencial para comprender el fundamento de cualquier sistema sucesorio: ¿qué modelo de familia se ampara y se impulsa desde el Derecho de sucesiones?, ¿qué individuos deben participar en la herencia del causante y hasta qué punto debe protegerse *ex lege* su expectativa sucesoria? La respuesta depende de lo que se entiende por familia en cada momento y en cada sociedad, con obligada referencia a los valores sociales y

éticos predominantes, dando lugar a “familias *mortis causa*” diferentes sobre las que cada legislador construye su normativa sucesoria. En cualquier caso, en lo que aquí nos interesa, todos los ordenamientos de nuestro entorno coinciden en que el cónyuge viudo –y, cada vez más, también la pareja estable superviviente- forma parte de la “familia hereditaria” del causante y debe beneficiarse en su sucesión, aunque difieren en la naturaleza y extensión de dicha participación.

El alcance de la cobertura sucesoria que los diferentes sistemas jurídicos dispensan al cónyuge viudo o, en su caso, al miembro superviviente de la pareja de hecho, es una cuestión de política legislativa. Ante una preocupación compartida, asegurar al supérstite un estatus acorde con su anterior convivencia con el fallecido, cada legislador elige qué factores priorizar para decidir cómo y en qué medida satisfacer sus derechos sucesorios: la protección del patrimonio familiar, la preservación de la situación económica del supérstite, el régimen económico matrimonial, la existencia de hijos comunes o de relaciones anteriores, la concurrencia de otras personas dependientes del causante, la duración del matrimonio o pareja, la contribución del supérstite al bienestar de la familia o a la generación de la riqueza del causante, etc. Un factor de creciente importancia es el impacto del aumento de la esperanza de vida en la edad media del cónyuge o pareja superviviente que, en la mayoría de los casos, supera en la actualidad la edad de jubilación; ante esta nueva realidad demográfica, el legislador debe considerar la posibilidad de utilizar la herencia como soporte económico para el supérstite, suplementando sus ahorros y los ingresos, habitualmente escasos, provenientes de las pensiones públicas, teniendo en cuenta que si el supérstite no puede cubrir sus necesidades vitales con su patrimonio (propio o heredado), éstas quedarán a cargo de los recursos públicos. En función del peso que el legislador asigne a los diferentes factores, el estatuto sucesorio del cónyuge o pareja supérstite puede ser muy distinto, como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de este trabajo.

Se han elegido para esta labor comparativa tres ordenamientos de tradición jurídica diferente: el Derecho inglés, el Derecho español común y el Derecho civil vasco. La inquietud inicial nace del deseo de entender la posición que ha ocupado, y ocupa, el cónyuge supérstite en dos sistemas legislativos dispares como son, el inglés, un

Derecho del *Common law*, fundado sobre la premisa de que el causante goza de absoluta libertad para disponer de su patrimonio *mortis causa*, en el que, sin embargo, el cónyuge goza de un estatuto privilegiado, y el vasco, un derecho de tradición pirenaica orientado a la preservación indivisa del patrimonio familiar que históricamente ha contemplado fuertes restricciones a la libertad de disponer del causante –hoy mitigadas– pero en el que la protección del cónyuge viudo también ha sido una constante. Se completa este estudio comparativo con el Derecho español común, de obligada referencia como Derecho supletorio del ordenamiento vasco y que, además, proporciona una perspectiva diferente al tratamiento sucesorio del supérstite, sin duda menos favorable que la constatada en los otros dos sistemas jurídicos. Como veremos, la investigación confirma la tendencia registrada en el ámbito internacional a mejorar la situación sucesoria del cónyuge supérstite y a extender el mismo estatuto al miembro superviviente de la pareja de hecho, en los ordenamientos inglés y vasco, pero no así en el español.

La tarea de analizar, con cierto grado de profundidad, la situación sucesoria del cónyuge supérstite y el miembro superviviente de la pareja de hecho en tres ordenamientos de tradición jurídica diferente, corre el riesgo de resultar inabarcable. La necesidad de acotar los temas ha propiciado el esquema elegido para abordar esta comparativa que atiende a la situación sucesoria del supérstite en tres supuestos diferenciados: la sucesión ordenada por la voluntad del causante, la sucesión ordenada de acuerdo con las normas de la sucesión legal y la sucesión regulada por normas de carácter imperativo limitadoras de la libertad de disponer del causante (sucesión forzosa y *family provision*). Se incluye también la tutela que el viudo recibe desde ámbitos ajenos al Derecho de sucesiones: en el caso de los ordenamientos español y vasco, el Derecho de familia otorga derechos al supérstite cuando el régimen económico del matrimonio se disuelve por fallecimiento de uno de los cónyuges, mientras que, en el caso del ordenamiento inglés, es el Derecho patrimonial el que suplementa el estatuto del supérstite, ofreciendo solución al problema de su permanencia en la vivienda cuando ostentó la propiedad junto con el causante en régimen de *beneficial joint tenacy*.

No compete a esta sección introductoria desgarnar las diferencias entre los sistemas objeto de estudio, pero sí indicar alguna clave necesaria para su mejor comprensión. Aunque no es el objetivo del presente trabajo confrontar los argumentos a favor y en contra de la libertad de disponer *mortis causa* y la institución de la legítima, cuestión magistralmente debatida en otras sedes, es innegable que la tensión entre estos dos planteamientos resulta determinante en cualquier estudio sobre Derecho de sucesiones, particularmente, si incluye el Derecho inglés. De momento, baste afirmar que todos los sistemas sucesorios de nuestro entorno, y ciertamente los tres que ocupan este trabajo, reconocen la libertad de disponer *mortis causa* del causante, pero también la limitan. El sistema sucesorio inglés es notorio por la prioridad que concede a la libertad dispositiva del finado, pero ello no significa que esa libertad sea irrestricta. Como veremos, el Derecho inglés rechaza la institución de la legítima, pero impone límites a la libertad de disponer del *de cuius* autorizando a ciertas personas para reclamar por vía judicial la *family provision*, una especie de prestación alimenticia discrecional, a cargo de la herencia del causante. Por lo tanto, al igual que el sistema legitimario, el Derecho inglés también contempla una intervención legislativa dirigida a garantizar la protección de la familia. La diferencia estriba en la intensidad con la que el legislador interfiere en la voluntad del causante y el criterio predominante en cada caso: la autonomía del *de cuius* o la función social de la herencia.

Las limitaciones que necesariamente impone un estudio de estas características obligan a omitir cuestiones sin duda también relevantes. Una comparativa más amplia con la tutela ofrecida al cónyuge en los sistemas sucesorios de otros países de nuestro entorno o en los derechos civiles autonómicos hubiera añadido profundidad al estudio, pero rebasa los parámetros de una memoria doctoral. Igualmente, fuera del alcance de este trabajo, pero de referencia complementaria en un estudio que confronta tres sistemas sucesorios europeos, es la incidencia del Derecho internacional privado y, en particular, del Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio, relativo a las sucesiones *mortis*

causa con elementos transfronterizos¹ y del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, relativo a los regímenes económicos matrimoniales².

Las importantes divergencias que presentan el Derecho inglés y el Derecho español en materia sucesoria hacen que las sucesiones transfronterizas den lugar a situaciones complejas, cuya dificultad se agudiza a causa de las también profundas diferencias en sus respectivos sistemas de Derecho internacional privado³. El Derecho inglés utiliza un sistema escisionista para determinar la ley aplicable a las sucesiones internacionales que prioriza el aspecto patrimonial sobre el personal, por cuanto la sucesión de los bienes inmuebles se rige por la ley del lugar en el que están ubicados, mientras que la sucesión de los bienes muebles se regula por la ley del último domicilio del causante. Este planteamiento choca con el principio unitario de la sucesión del Derecho español, que utiliza como punto de conexión la nacionalidad del causante, independientemente de que haya bienes situados en más de un país. A las dificultades que, inevitablemente, se derivan de planteamientos conflictuales tan diferentes hay que añadir la normativa sucesoria europea recogida en el Reglamento (UE) núm. 650/2012, de obligada aplicación en España y aplicable también a los ciudadanos británicos que residan en territorio español, pese a no haberse acogido el Reino Unido al Reglamento y sin perjuicio de su salida de la Unión

¹ Reglamento (UE) núm. 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. El Reglamento es aplicable a las sucesiones abiertas a partir del 17 de agosto de 2015.

² Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. El Reglamento entró en vigor el 29 de enero de 2019.

³ YBARRA BORES, Alfonso, *La sucesión 'mortis causa' de ciudadanos británicos en España*, Cuadernos CDNIC, 1; Tirant lo Blanch: Valencia, 2021, p. 25, "al margen de las diferentes regulaciones materiales existentes entre ambos ordenamientos, para comprender mejor el origen de las dificultades inherentes a las sucesiones de británicos en España ha de tenerse también muy presente que los sistemas de Derecho internacional privado en materia sucesoria en España y en el Reino Unido, particularmente en lo que se refiere al ámbito conflictual, más que divergentes, contienen planteamientos y soluciones diametralmente distintas". Estas dificultades quedan ilustradas en las resoluciones de la hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que recoge el autor en las páginas 66 a 114. Ver también YBARRA BORES, Alfonso, "La sucesión *mortis causa* de ciudadanos ingleses residentes en España: problemas y nuevas perspectivas", *Cuadernos de Derecho transnacional*, marzo 2015, vol. 7, núm. 1, 226-254.

Europea⁴. Esta normativa introduce nuevos criterios reguladores de la ley aplicable a las sucesiones transfronterizas que modifican la norma prevista en el Código civil español para resolver los conflictos internacionales de leyes en materia sucesoria, con importantes consecuencias para las sucesiones con elementos británicos y españoles⁵.

Por lo que respecta al cónyuge superviviente, la situación se complica aún más con la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/1103, referente a la cooperación en el ámbito de los regímenes económicos matrimoniales⁶. De acuerdo con el Reglamento, las autoridades españolas que conozcan una sucesión transfronteriza en la que sea de aplicación el Derecho inglés, podrían encontrarse en la coyuntura de tener que aplicar la normativa de ese país⁷. La situación es aún más espinosa, si tenemos en cuenta que en Inglaterra no se reconoce un régimen económico diferente por el hecho de contraer matrimonio, sino que se aplican las normas generales del Derecho patrimonial que, entendemos, deberán aplicar, en su caso, las autoridades españolas. Pero el verdadero problema lo plantea la coordinación, o, mejor dicho, la descoordinación entre los Reglamentos 650/2012 y 1016/1103, que puede dar lugar a situaciones en las que la ley aplicable a la sucesión no sea la misma que se aplique al régimen económico matrimonial. Como se sabe, en reconocimiento del nexo entre los derechos sucesorios asignados *ex lege* al cónyuge viudo y las reglas que regulan la disolución del régimen económico del matrimonio, el artículo 9.8, *in fine*, de nuestro Código civil establece que los primeros se rigen por la misma

⁴ En relación a las consecuencias de la salida del Reino Unido de la Unión Europea en el aspecto que nos ocupa, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, "Consecuencias del Brexit para la cooperación en materia civil: Derecho de la persona, de la familia y de sucesiones", *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo XVII, 2017, p. 192 y pp. 204-207, observa que el Brexit no supondrá ningún cambio en la aplicación del Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio, ya que el Reino Unido nunca se vio obligado por el Reglamento. Así, el autor subraya que en relación al Reglamento (UE) 650/2012, "el Reino Unido es hoy un tercer Estado para el resto de los EM de la UE y viceversa. Nada cambiará con el Brexit." En el mismo sentido se expresa AZNAR AZCÁRATE, Álvaro, "La sucesión en Inglaterra y Gales", *Diario La Ley*, núm. 9577, Sección Tribuna, 2020. Recuperado de: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/02/19/la-sucesion-en-inglaterra-y-gales>.

⁵ Ver, a este respecto, YBARRA BORES, Alfonso, *La sucesión "mortis causa" de ciudadanos británicos en España*, op. cit., *in totum* y, en particular, pp. 45-49.

⁶ Para un estudio más completo y una reflexión sobre las consecuencias prácticas de la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/1103, ver YBARRA BORES, Alfonso, *La sucesión "mortis causa" de ciudadanos británicos en España*, op. cit., pp. 55-66.

⁷ *Ibid.*, p. 56.

ley que regula los efectos del matrimonio (a salvo las legítimas de los descendientes). Esta norma ha dejado de ser de aplicación con la entrada en vigor del Reglamento 650/2012, que dispone que los derechos del supérstite se regulan de acuerdo con la ley que rija la sucesión, independientemente de la normativa reguladora del régimen del matrimonio, tal y como confirma el Reglamento 1016/1103. El análisis de las implicaciones de esta compleja situación corresponde a otros, más competentes, investigadores.

CAPÍTULO I

EL SUPÉRSTITE EN EL DERECHO DE SUCESIONES INGLÉS

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el Reino Unido es un Estado plurinacional en el que no existe un régimen jurídico único para todo el territorio, sino que abarca tres sistemas jurídicos distintos, aplicables, respectivamente, en Inglaterra y Gales, en el Norte de Irlanda y en Escocia. El sistema sucesorio vigente en los dos primeros ordenamientos es prácticamente idéntico, mientras que el escocés se ha desarrollado por líneas diferentes, más afines a los sistemas continentales. Este trabajo se ocupa del régimen jurídico aplicable en Inglaterra y Gales, al que se hará referencia de forma conjunta como “Derecho inglés”⁸.

El Derecho inglés pertenece a la tradición del *Common Law* y sus orígenes se remontan al siglo XI, período en el que los normandos consolidaron su presencia en Inglaterra mediante la implantación de un régimen jurídico común. Este nuevo sistema jurídico fue denominado *Common Law* para diferenciarlo de los antiguos Derechos locales anglosajones. Sus normas emanaban directamente del Rey, quien, mediante su aplicación sistemática en todo el territorio, logró centralizar bajo control normando los diferentes reinos de la época anglosajona⁹. Parece indiscutible que aquel incipiente *Common Law* estuvo informado por el Derecho romano, aunque la doctrina inglesa y la continental estén en desacuerdo sobre el grado de influencia que éste último ejerció sobre el Derecho común inglés. No entramos aquí a discutir el papel que el Derecho Romano jugó en el desarrollo del

⁸ Sobre la protección del cónyuge viudo o miembro sobreviviente de la pareja de hecho en la sucesión legal del Derecho escocés ha reflexionado VAQUER ALOY, Antoni, “Reflexions escoceses sobre la successió intestada del cónyuge o parella estable en el Dret civil de Catalunya”, *Revista catalana de Dret Privat*, vol. 22, 2020, pp.77-105.

⁹ Con la llegada al trono de Guillermo I de Inglaterra en el año 1066, comenzó una era de reinados normandos que puso fin al control anglosajón y a sus diferentes ordenamientos jurídicos consuetudinarios. La estrategia normanda consistió en introducir profundos cambios políticos, económicos y sociales dirigidos a distanciarse de las anteriores estructuras gubernamentales anglosajonas. Una parte fundamental de esta estrategia fue la imposición, sistemática y perfectamente organizada, de un sistema jurídico común, aplicable a la totalidad del recién creado reino de Inglaterra. Ver, entre otros, DARBYSHIRE, Penny, *English legal system*, Sweet & Maxwell, Londres, 2016; MERRIMAN, John Henry, *The civil tradition*, Stanford University Press, California, 2007; RE, Edward, “The Roman contribution to the Common Law”, *Fordham Law Review*, núm. 29, 1961, pp. 447-494.

Common Law, tema extensamente tratado en otras sedes¹⁰, pero sí partimos de la afirmación de que el *Common Law* inglés se desarrolló como un Derecho de tradición jurídica diferente a la continental, hecho que se refleja claramente en todos los aspectos de su ordenamiento, incluido el sucesorio.

Las principales fuentes del Derecho inglés moderno son la ley (*statute*) y las sentencias dictadas por los tribunales superiores (*case law*). Es importante señalar aquí que el término *Common Law* se utiliza en Inglaterra, no sólo para referirse a su sistema jurídico, sino también como sinónimo de Derecho jurisprudencial, diferente del *Statute law*, que está conformado por las leyes emanadas del Parlamento (*Acts of Parliament*) y por los reglamentos y normas utilizadas para desarrollar dichas leyes (*delegated legislation*). Sin duda, una de las principales singularidades del Derecho inglés es la atribución del rango de fuente de Derecho a los precedentes judiciales, razón por la que a menudo se describe como un Derecho desarrollado por los jueces o *judge made law*¹¹. Aunque la importancia del Derecho jurisprudencial es incuestionable, lo cierto es que su aplicación tiene particular peso en determinados ámbitos del ordenamiento jurídico inglés, como puede ser el Derecho contractual o el Derecho penal, en los que gran parte de las normas tienen su origen en el *case law*. Sin embargo, tal y como veremos a lo largo de este trabajo, el Derecho sucesorio está principalmente regulado por leyes emanadas del Parlamento que, por supuesto, vinculan también a los tribunales. En sede de sucesiones, por lo tanto, la labor de los jueces ingleses es similar a la que ejerce la judicatura en los sistemas

¹⁰ El tema es tratado en profundidad en POLLOCK, Frederick y MAITLAND, Frederic William, *The history of English law before the time of Edward I*, The University Press, Cambridge, 1968, pp. 447-494; ver también BARRIO GALLARDO, Aurelio, *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Dykinson, Madrid, 2012; BARRIO GALLARDO, Aurelio, *La evolución de la libertad de testar en el 'Common Law' inglés*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

¹¹ El denominado *case law* es elaborado por los jueces de los tribunales superiores (*Supreme Court*, *Court of Appeal* y *High Court*) cuyas sentencias constituyen precedentes judiciales vinculantes. Su aplicación se basa en el principio romano de *stare decisis* por el que los casos de naturaleza semejante deben de ser tratados de modo consistente para obtener resultados similares. Las resoluciones de los tribunales superiores vinculan a los inferiores, convirtiendo así la jurisprudencia en fuente del Derecho. *Vid.* DARBYSHIRE, Penny, *English legal system*, op. cit., pp. 4-24.

continentales, es decir, la interpretación de la norma y su aplicación a las circunstancias concretas del caso¹².

En esta sección introductoria se expondrán algunos antecedentes históricos necesarios para contextualizar la regulación sucesoria vigente, pero antes vamos a examinar de forma breve ciertas instituciones peculiares del Derecho patrimonial inglés que resultan relevantes a efectos de la ordenación sucesoria.

1.1. Algunas figuras de Derecho patrimonial con relevancia para la ordenación sucesoria

1.1.1. Modos de ejercer la copropiedad

El Derecho inglés contempla la posibilidad de ejercer la copropiedad sobre bienes muebles o inmuebles bajo dos títulos diferentes: *beneficial tenancy in common* y *beneficial joint tenancy*¹³. Cuando la copropiedad se ostenta bajo el título de *beneficial tenancy in common*, cada propietario es titular de una parte nominal del bien y ejerce su titularidad *pro indiviso* en función de su cuota, siendo suficiente que exista posesión conjunta de la cosa (*unity of possession*). A la muerte de uno de los copropietarios su cuota se defiere de acuerdo con la voluntad del propietario expresada en testamento o conforme a las normas de la sucesión intestada.

La situación es muy distinta, sin embargo, cuando la propiedad se ostenta bajo el título de *beneficial joint tenancy*. En este caso, existe un único derecho ejercido conjuntamente por dos o más propietarios sobre un mismo bien¹⁴. Para crear una

¹² Téngase en cuenta, sin embargo, que la interpretación de la ley (*statutory interpretation*) recogida en una sentencia judicial puede ser vinculante si la sentencia es emitida por uno de los tribunales superiores y la interpretación de la norma forma parte de la *ratio decidendi* de la decisión. No siempre es fácil trazar la línea entre la interpretación de la norma y la creación de una nueva norma por parte de los tribunales ingleses. Para una discusión sobre el tema, ver SALES, Philip, "Judges and Legislature: values into Law", *The Cambridge Law Journal*, vol. 71, núm. 2, 2012, pp. 287-296.

¹³ Para más información sobre los modos de ejercer y registrar la propiedad, ver la página web del Gobierno británico, <https://www.gov.uk/joint-property-ownership>

¹⁴ El número máximo de copropietarios está limitado a cuatro por la *Trustee Act* de 1925 en su artículo 34(2).

joint tenancy es necesario que concurren las denominadas “cuatro unidades” (*four unities*): (i) la unidad de posesión o posesión conjunta (*unity of possession*), en el sentido de que todos los copropietarios tienen el mismo derecho a ejercer la posesión y el uso y disfrute sobre cualquier parte de la cosa; (ii) la unidad en cuanto al derecho sobre la cosa (*unity of interest*), que establece que el derecho (*interest*) que cada copropietario ejerce sobre la cosa debe ser de igual naturaleza (a saber, el dominio absoluto o un derecho de posesión temporal) y tener la misma duración; (iii) la unidad de acto (*unity of title*), mediante la que todos los copropietarios adquieren su derecho sobre la cosa en un mismo acto y con arreglo a un mismo documento; y (iv) la unidad de tiempo (*unity of time*) por la que el derecho de todos los copropietarios es efectivo en la misma fecha (aunque hayan firmado los contratos en fechas diferentes)¹⁵. En caso de que las cuatro “unidades” estén presentes y que al constituirse la copropiedad no se hayan utilizado términos que indiquen la existencia de cuotas diferenciadas, la ley presume que la intención de las partes fue constituir una *beneficial joint tenancy*.

La característica principal de la *beneficial joint tenancy* es que la muerte de un copropietario causa la extinción automática de su derecho, que pasa al otro u otros copropietarios en virtud de un derecho de acrecimiento o *ius accrescendi*, sin llegar a formar parte del patrimonio hereditario del fallecido¹⁶. El copropietario sobreviviente se convierte en el propietario absoluto del bien que, tras su muerte, pasará a formar parte de su haber hereditario.

Por consiguiente, aunque resulte una obviedad, es reseñable que la situación patrimonial del supérstite, ya sea cónyuge, pareja registrada o conviviente de hecho, está estrechamente ligada al modo en el que la pareja optó por ejercer la propiedad sobre sus bienes, particularmente aquellos de mayor valor, como la vivienda familiar. Si la pareja optó por la copropiedad a título de *joint tenancy*, al morir uno

¹⁵ SAWYER, Caroline y SPERO, Miriam, *Succession, wills, ...*, op. cit., pp. 27-29.

¹⁶ KERRIDGE, Roger, *The Law of Succession*, Sweet and Maxwell, Londres, 2016, pp.1-2; KERRIDGE, Roger, “Intestate succession in England and Wales”, en *Comparative Succession Law, Intestate Succession*, Kenneth Reid, Marius J de Waal y Reinhard Zimmermann (eds.), Oxford University Press, Oxford, Inglaterra, 2015, pp. 329-330.

de ellos, el supérstite se convierte en el titular absoluto del bien *ipso iure* por virtud, no de las normas del derecho de sucesiones, sino de las normas del derecho de la propiedad¹⁷.

1.1.2. Trusts

El *trust* es una construcción jurídica de naturaleza compleja que puede constituirse tanto voluntariamente como por ministerio de la ley, con múltiples objetivos¹⁸. Esencialmente, mediante la configuración de un *trust*, el propietario de un bien o derecho (*settlor*) lo transfiere a otra persona (*trustee*) con el fin de que ésta lo administre en beneficio de un tercero (*beneficiary*). Su principal característica es el desglose de las facultades inherentes al derecho de propiedad, reconociendo sobre un mismo bien un título o “propiedad legal” (*legal ownership*) y un título o “propiedad en equidad” (*beneficial ownership*). El *trustee* recibe la propiedad legal sobre el bien, lo que le atribuye la obligación de administrarlo en favor del *beneficiary*, mientras que éste no tiene poder de administración sobre el bien, pero tiene derecho a usarlo y disfrutarlo a título de propietario. Tanto el *trustee* como el *beneficiary* gozan de facultades y pretensiones propias del dominio, pero distintas entre sí. Lo que caracteriza al *trust* es que no se trata de un negocio jurídico en el que el *trustee* se convierte en propietario y el beneficiario tiene un derecho contractual contra él, sino que ambos tienen un derecho en propiedad ejercitable ante terceros en relación a ciertas facultades propias del dominio. Esta construcción jurídica permite que el beneficiario use y disfrute del bien, mientras que al mismo tiempo el *trustee* garantiza una administración prudente y previsora del mismo¹⁹.

¹⁷ SAWYER Caroline y SPERO, Miriam, *Succession, wills ...*, op. cit., p. 160; KERRIDGE, Roger, “Intestate succession ...”, op. cit., p. 330.

¹⁸ En relación a la figura del trust anglosajón, ver HAYLEY, Michael, *Equity and Trusts*, Sweet and Maxwell, Londres, 2013.

¹⁹ PELLETIER, George A. y SONNENREICH, Michael Roy, “A comparative analysis of civil law succession”, *Villanova Law Review*, vol. 11, núm. 2, p. 353. Tal y como señala, MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, “La esencia del trust o fideicomiso”, *XXV Congreso Latinoamericano de fideicomiso*, 2016, pp. 59-60, la peculiaridad del *trust* se encuentra precisamente en esta particularidad del Derecho inglés de distinguir entre el patrimonio “legal” y el patrimonio “equitativo”.

Tal y como veremos a lo largo de este capítulo, la figura del *trust* ha sido, y continúa siendo, un elemento fundamental del fenómeno sucesorio en Inglaterra, tanto en la sucesión testada como intestada. Un análisis riguroso de esta figura justificaría una tesis en sí misma y supera las pretensiones y posibilidades de este trabajo. Por lo tanto, nos limitaremos aquí a señalar la incidencia de los *trusts* en la ordenación sucesoria, sin entrar a analizar las múltiples finalidades jurídicas y económicas que posibilita esta institución.

Su origen histórico se remonta al sistema jurídico paralelo que crearon los tribunales de Equidad en la Inglaterra de la Baja Edad Media. Estos tribunales, presididos por el Tribunal de la Cancillería (*Chancery Court*) fueron creados para remediar las injusticias que a menudo resultaban de la aplicación rígida del *Common Law*, es decir, del Derecho proveniente directamente del Rey. En el *Common Law* originario, el Rey era la única fuente de Derecho y sólo él podía crear y aplicar las leyes del reino. Ante la imposibilidad de que el Rey resolviera personalmente todas las disputas, el *Common Law* se fue convirtiendo en un Derecho basado en fórmulas rígidas que daban lugar a soluciones jurídicas absurdas e injustas. Los tribunales de la Cancillería se crearon para remediar estas injusticias mediante la aplicación de un sistema de normas basadas en principios de equidad y ecuanimidad²⁰. Estos tribunales estaban presididos por el Canciller del Rey (*Chancellor*), persona de confianza²¹ y experto en Derecho, auxiliado por los maestros de la Cancillería (*Masters of Chancery*), también expertos en Derecho²². Así nació en Inglaterra la *Equity*, cuyas máximas o reglas continúan aplicándose hoy en día.

Una fuente habitual de inequidad en la Edad Media era el hecho de que las mujeres casadas y los menores no pudieran ejercer derechos de propiedad. Téngase en cuenta que hasta la entrada en vigor de la *Married Women's Property Act* en 1870, las mujeres estaban obligadas a ceder todos sus bienes inmuebles a sus maridos en

²⁰ HAYLEY; Michael, *Equity and Trust*, op. cit., p. 1

²¹ El Canciller era conocido como "*the keeper of the King's conscience*" o guardián de la conciencia del Rey.

²² RE, Edward, "The Roman Contribution ...", op. cit., p. 447.

el momento del matrimonio²³. Así, el propietario varón que deseaba asegurar para su esposa e hijos el uso y disfrute de sus bienes después de su muerte, no tenía más opción que elegir una persona de su confianza (*trustee*²⁴) y transferirle la titularidad del patrimonio hereditario, encomendándole que lo utilizara para beneficio de sus herederos, que, por ser mujeres o menores, no tenían capacidad jurídica (*beneficiaries*). Los tribunales del *Common Law* –concedores sólo de las normas que emanaban del Rey- consideraban al *trustee* propietario absoluto de los bienes, sin reconocer derecho alguno a los beneficiarios, por lo que las viudas y menores quedaban a merced de aquellas “personas de confianza” que no siempre actuaban de buena fe. Estos casos de incumplimiento de la palabra por parte de los *trustees* encajaban a la perfección en la jurisdicción de la Equidad y, efectivamente, los tribunales de la Cancillería reconocieron a las viudas beneficiarias un derecho en propiedad al uso y disfrute de los bienes hereditarios, mediante sentencias que exhortaban al *trustee* a cumplir sus deberes bajo pena de ser arrestado indefinidamente si se negaba a hacerlo²⁵. El desdoble del dominio fue, por lo tanto, una solución práctica y justa que se formuló en la jurisdicción de la Equidad con base en una idea que ya existía en el sistema feudal inglés en el que nadie era dueño absoluto de la tierra, sino que el derecho sobre la misma se desglosaba para dar lugar a un conjunto de relaciones jurídicas que partían del Rey, continuaban con el Señor feudal y se extendían en línea descendente formando una cadena de derechos de posesión, obligaciones de homenaje, derechos a ser protegidos por el Señor feudal, obligaciones de prestación de servicios, etc.²⁶

²³ La *Married Women's Property Act* reconoció a las mujeres en 1870 el derecho a disponer del dinero que ganaban con su propio trabajo, pero este derecho no se extendió a todo su patrimonio hasta la reforma de 1882. Las mujeres aún tendrían que esperar hasta la *Law of Property Act* de 1922 para poder heredar el patrimonio de su marido y de sus hijos intestados y hasta la entrada en vigor de la *Administration of Estates Act* de 1925 para que se le reconocieran los mismos derechos que al hombre para disponer *mortis causa* de su patrimonio.

²⁴ La palabra inglesa *trust* significa confianza; de ahí que el *trustee* fuera una persona de confianza del causante.

²⁵ Vid. MORLES HERNANDEZ, Alfredo, “La esencia del trust...”, op. cit., pp. 11-21.

²⁶ Tal y como apunta MORLES HERNANDEZ, Alfredo, “La esencia del trust...”, op. cit., p. 17, el Rey concedía a sus vasallos el uso y goce de “derechos de propiedad en diverso grado”, los cuales podían, a su vez, ser subdivididos y asignados a otras personas.

Tal y como apuntábamos, el *trust* continúa ocupando un lugar importante en la ordenación sucesoria. Como se comprobará más adelante, esta figura fiduciaria puede establecerse por ministerio de la ley (*statutory trusts*) o por decisión de los tribunales, o puede ser que surja de forma tácita cuando su constitución está implícita en la naturaleza de la relación jurídica (*constructive trusts*). Por supuesto, también puede constituirse mediante contrato o de forma unilateral en testamento²⁷. En este último caso, el denominado “*trust* testamentario”, el testador es el *settlor* y los términos en los que se constituye el *trust* se especifican en el testamento. La fiducia no será efectiva hasta que el *trustee* adquiera la titularidad sobre el patrimonio, proceso que se denomina “constitución del *trust*”. La titularidad la transmitirá el *personal representative*, figura en la que nos detendremos más adelante, una vez superada la fase probatoria del testamento. En el momento en el que el *trustee* adquiere la titularidad, ésta se desdobra entre la titularidad jurídica (*legal title*), que ostentará el *trustee* y la propiedad en equidad (*beneficial ownership*), que corresponderá al beneficiario.

1.1.3. Proprietary Estoppel

Al igual que el *trust*, la doctrina de *proprietary estoppel* se ubica dentro del conjunto de principios generales creados por la jurisprudencia de los tribunales de la Cancillería (*Chancery Division*) en aplicación de la *Equity* y cuyo objetivo es ofrecer una solución justa o equitativa en aquellas situaciones en las que una aplicación estricta de la ley produciría un resultado injusto. En el caso del *proprietary estoppel*, este principio prevé la posibilidad de reclamar la propiedad de un bien cuando, a pesar de no haberse cumplido todos los requisitos legales para la adquisición del derecho, sería inconcebible, por irracional o injusto, no reconocer dicho derecho. El principio que informa esta doctrina es similar al que en Derecho español se conoce como doctrina de los actos propios, ofreciendo protección jurídica a aquel que actúa

²⁷ Un análisis más detallado de los diferentes tipos de *trust* puede encontrarse en HAYLEY; Michael, *Equity and Trust*, op. cit., pp. 18-27.

confiando en la promesa de otro y sufre un perjuicio a causa del incumplimiento de esa promesa (*detrimental reliance*)²⁸.

Centrándonos en la perspectiva sucesoria, una persona que confió en la promesa del causante de disponer de todo o parte de su caudal hereditario a su favor, puede reclamar su expectativa por medio de una acción legal basada en la doctrina del *proprietary estoppel*²⁹. Para que la acción prospere, los tribunales requieren que concurren los siguientes requisitos: la existencia de una promesa por parte del causante al demandante, que el demandante actúe confiando en esa promesa, y que, a consecuencia de esa confianza el demandante haya sufrido un perjuicio o detrimento³⁰. Si el demandante triunfa en su pretensión, los bienes identificados en la demanda no llegarán a formar parte del patrimonio hereditario, sino que se considerarán propiedad del demandante. Tomemos como ejemplo el caso del hijo que trabaja en el negocio familiar y al que su padre le promete que el negocio será suya tras su muerte. En lugar de invertir su esfuerzo en un negocio propio, el hijo dedica toda su vida a trabajar en el negocio del padre confiando en la promesa de que lo heredará en un futuro. Si el padre dispone del negocio de modo distinto al prometido, por ejemplo, a favor de su nueva esposa, el hijo puede ejercitar una reclamación contra el patrimonio hereditario alegando el incumplimiento de la promesa. En caso de que su acción triunfara, el negocio no formaría parte del caudal hereditario, sino que pasaría a ser propiedad del hijo al que se le prometió. Teniendo en cuenta, como veremos más adelante, el trato tan favorable que recibe el cónyuge o pareja civil supérstite, particularmente en la sucesión legal, la

²⁸ KERRIDGE, Roger, "Libertad de testar en Inglaterra y Gales", en *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada y Francisco José Aranguren Urriza (dirs.) y Juan Pablo Murga Fernández y César Hornero Méndez (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 252, describe la acción de *proprietary estoppel* como una alternativa a efectuar una reclamación contractual en el caso de haberse basado, o confiando, en una garantía dada por el fallecido sobre el destino que daría a parte, o a la totalidad, del patrimonio hereditario.

²⁹ Vid. KERRIDGE, Roger, *The Law of Succession*, op. cit., pp. 114-120. De acuerdo con KERRIDGE, *Re Basham* [1986] 1 WLR 1498 fue el primer caso en el que la doctrina de *proprietary estoppel* fue admitida para reconocer la existencia de un derecho sobre el caudal hereditario tras la muerte del causante, en lugar de para reconocer un derecho existente en vida del mismo. Desde entonces, esta posibilidad ha sido reconocida tanto por el Tribunal de Apelaciones, como por el Tribunal Supremo (p. 115).

³⁰ Ver, por ejemplo, *Thorner v. Major* [2009] 1 WLR 776; *Gillett v. Holt* [2001] Ch. 210.

posibilidad de extraer bienes del caudal hereditario mediante una acción de *proprietary estoppel*, puede resultar muy interesante para los hijos (o cualquier otro reclamante).

Sin embargo, la aplicación de esta doctrina al fenómeno sucesorio no está exenta de polémica³¹. Una de las mayores dificultades que presenta es la determinación de la calidad de la promesa hecha por el causante; es decir, en qué circunstancias un comentario hecho por el causante sobre su herencia verdaderamente constituye una promesa lo suficientemente firme como para justificar que el demandante construya sobre ella una expectativa hereditaria. Del mismo modo, cabe preguntarse por qué el causante debe quedar vinculado a esta promesa, cuando de haber dispuesto su voluntad en testamento, éste hubiera sido revocable hasta el día de su muerte. Las dificultades que se plantean son obvias, lo que ha provocado que parte de la doctrina abogue por eliminar la aplicación de la *proprietary estoppel* en sede sucesoria, reconduciendo este tipo de reclamaciones al plano contractual mediante acciones por incumplimiento de contrato³².

1.2. Antecedentes históricos de la disposición *mortis causa* del patrimonio

1.2.1. División del patrimonio: *Realty* y *Personalty*

El derecho inglés distingue dos tipos de propiedad: la *real property* y la *personal property*. La *real property* o *realty* incluye la tierra (*land*) y objetos íntimamente ligados a ella como edificios, minerales o árboles, así como ciertos derechos ejercidos sobre la tierra, como por ejemplo las servidumbres. Por otro lado, la *personal property* o *personalty* incluye bienes muebles, susceptibles de apropiación, que no están unidos a la tierra y que, por lo tanto, pueden transportarse de un lugar a otro. Estos últimos son también a menudo denominados *chattels*³³. Además de los

³¹ A este respecto, ver, por ejemplo, MCFARLANE, Ben, "Proprietary estoppel: ¿undermining the law of succession?", en *Current issues in succession law*, Birke Häcker y Charles Mitchell (eds.), Hart Publishing, Oxford, pp. 77-97.

³² KERRIDGE, Roger, *The Law of Succession*, op. cit., p. 117; SLOAN, Brian, *Borkowski's Law of Succession*, Oxford University Press (3ª ed.), Glasgow, 2017, pp. 341-344.

³³ KERRIDGE, Roger, "Intestate succession...", op. cit., p. 324.

chattels, la propiedad *personalty* también incluye el derecho del arrendatario sobre la tierra (*leased land*). La distinción entre bienes “reales” y bienes “personales” es por lo tanto cercana, aunque no idéntica, a aquella entre bienes inmuebles y bienes muebles en el sistema jurídico español.

1.2.2. Breve exposición del contexto histórico

La transmisión por causa de muerte de la *realty* y la *personalty* ha evolucionado históricamente por cauces muy diferentes y su tratamiento jurídico no se unificó hasta bien entrado el siglo XX. Hasta entonces el derecho sucesorio inglés podría describirse como una ordenación dinástica que favorecía a los hijos varones e ignoraba los derechos de las mujeres, incluidas las viudas, en un sistema desarrollado para servir y proteger los intereses de las clases aristocráticas y de los propietarios de tierras e inmuebles. La enorme influencia de estos terratenientes en el desarrollo de las normas diseñadas para regular la sociedad del momento supuso que se desarrollara una ordenación sucesoria cuyo objetivo principal era asegurar la conservación de los bienes hereditarios dentro de la familia de origen. Así, durante años imperó en Inglaterra un sistema de mayorazgo mediante el que se transmitía la totalidad de la propiedad al primogénito varón y no se otorgaba ningún derecho a la viuda que, al fin y al cabo, no estaba unida al causante por lazos de sangre³⁴.

Resulta interesante en este sentido la terminología existente en la Inglaterra de la Edad Media para denominar al supérstite³⁵. El idioma anglosajón de la época contenía más de un vocablo para referirse a una mujer cuyo marido había fallecido

³⁴ BURNS Fiona, “The changing patterns of total intestacy distribution between spouses and children in Australia and England”, *UNSW Law Journal*, vol. 36, núm. 2, 2013, p. 472.

³⁵ *Vid.* BREMMER, Rolf H., “Widows in anglo-saxon England”, en *Between poverty and the pyre: moments in the history of widowhood*, Jan Bremmer y Lourens van den Bosch (eds.), Routledge, Londres, 1995, pp. 58-88. El autor explica que el término más común era “*widuwe*”, muy cercano al actual “*widow*” y que sólo se utilizaba para referirse a la mujer enviudada. Otro término era “*laf*”, que significaba literalmente “lo que se ha dejado atrás” y era también siempre utilizado con referencia al género femenino. Un tercer vocablo era “*wif*” que podría traducirse como “una mujer que no es virgen” y que, en ocasiones, también era utilizado para referirse a la mujer viuda. BREMMER concluye que tal variedad de términos para referirse a la mujer supérstite es indicativa de su reconocimiento en la sociedad de la época.

(*widuwe, laf, wif*); sin embargo, no existía un término para referirse al marido que se quedaba viudo. Esta circunstancia lingüística sirve para reflexionar sobre la posición de la viuda y del viudo en aquel momento: tras la muerte de su cónyuge, la mujer viuda a menudo se encontraba en una situación de desprotección y precariedad que era reconocida por la comunidad, mientras que la situación patrimonial y social del viudo quedaba inalterada por la muerte de su esposa, por lo que la sociedad del Medievo inglés no tuvo necesidad de crear un término para describirla³⁶.

A partir de la Edad Media se instauró en Inglaterra un sistema bi-jurisdiccional impulsado por la Iglesia, que reconocía la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos, y por tanto, la aplicación del derecho canónico, sobre conflictos relativos a la sucesión del patrimonio "*personal*"³⁷. Las disputas relacionadas con la transmisión *mortis causa* de la tierra, es decir la "*real property*", continuaron sometidas a la jurisdicción exclusiva de los tribunales del *Common Law*, que conocían de las leyes que emanaban directamente del Rey³⁸. La distinción tuvo importantes consecuencias; por ejemplo, una persona desposeída de su propiedad podía recuperarla por medio de una acción real si los bienes eran "*realty*", mientras que si eran "*personalty*" solo podía reclamar una compensación pecuniaria ante los tribunales eclesiásticos, ya que no existía en esta jurisdicción una acción reivindicatoria para reclamar la restitución del bien³⁹.

Otra diferencia fundamental entre la propiedad *real* y *personal* radicaba en el modo en el que el causante podía disponer de ella *mortis causa*. Mientras desde principios de la Edad Media fue posible ordenar la sucesión de la propiedad *personal* de acuerdo con la voluntad del causante expresada en testamento (*testament*), la transmisión *mortis causa* de los derechos de propiedad *real* estuvo sujeta a un

³⁶ *Ibid.*, pp. 58-59.

³⁷ Señala KERRIDGE, Roger, "Freedom of Testation in England and Wales", en Miriam Anderson y Esther Arroyo i Amayuelas (eds.), *The Law of Succession: testamentary freedom*, Europa Law Publishing, Groningen, 2011, p. 131, que Inglaterra fue una de las pocas jurisdicciones, o tal vez la única en Europa Occidental, en la que la Iglesia logró este control en el ámbito sucesorio.

³⁸ DARBYSHIRE, Penny, *English Legal System*, op. cit., p. 1.

³⁹ KERRIDGE, Roger, "Intestate succession...", op. cit., p. 324.

sistema de sucesión forzosa en favor del primogénito varón hasta mediados del siglo XVI, cuando se le reconoció al causante el derecho a nombrar heredero por medio de testamento (*will*)⁴⁰.

a. Transmisión de la propiedad real o *realty*

En la época de los reinos anglosajones anterior a la conquista normanda, la propiedad *realty*, principalmente la tierra, se transmitía de padres a hijos. A pesar de la escasez de pruebas documentales, parte de la doctrina autóctona mantiene que la *realty* se dividía obligatoriamente en partes iguales entre todos los hijos varones, con la consecuente limitación a la libertad de disposición del causante⁴¹. De ser esto cierto, hubiera imperado en aquella época en Inglaterra un sistema de cuotas forzosas a favor de los hijos, similar al existente en los ordenamientos de tradición civil. Lo cierto es que la documentación existente sobre la transmisión de la propiedad *mortis causa* en la época anglosajona es extremadamente escasa, lo que hace difícil determinar con contundencia si existió o no un sistema de transmisión obligatoria a los hijos del finado⁴².

En los años siguientes a la conquista normanda, y tras un breve período en el que se permitió disponer de los bienes raíces por medio de testamento, se fue extendiendo la norma consuetudinaria de instituir al hijo primogénito (*the heir*⁴³) heredero forzoso universal sobre la propiedad *real* quedando prohibida la transmisión de

⁴⁰ Hoy en día las expresiones *will* y *testament* se utilizan como sinónimos, sin que se les atribuya diferenciación jurídica ninguna; de hecho, los testamentos redactados por abogados en Inglaterra y Gales a menudo son encabezados con el título "*Last Will and Testament*". Sin embargo, en sus orígenes, estos términos distinguían entre la sucesión voluntaria relativa a la propiedad real y personal.

⁴¹ DOWRICK, Brian y THOMAS, Meryl, "The origin of legitim in English law: a reappraisal", *Journal of European history of Law*, núm. 1, p. 85.

⁴² DAINOW, Joseph, "Limitations on testamentary freedom in England", *Cornell Law Quarterly*, vol. 15, núm. 3, 1940, p. 340.

⁴³ Este "*heir*" o heredero único inglés difiere del "heredero" del derecho romano, que es un heredero universal con derecho a la totalidad del patrimonio. El *heir* inglés sólo tenía derecho a heredar los bienes reales, pero no los personales que, como veremos, podían ser deferidos por medio de testamento.

bienes inmuebles por testamento⁴⁴. La posición social de la familia estaba determinada, en gran medida, por la tierra y las propiedades inmuebles que poseía y, por lo tanto, proteger su dominio y asegurar que permaneciera dentro del patrimonio familiar era un factor determinante en la ordenación de las sucesiones⁴⁵. En efecto, ya en el siglo XIII la norma de la primogenitura estaba bien establecida: el causante no podía disponer de su propiedad *realty* mediante testamento, siendo el primogénito varón quien heredaba la tierra *ex lege*, excluyendo a todos sus hermanos y, por supuesto, a sus hermanas⁴⁶. El primer hijo varón heredaba con preferencia a la primera hija mujer y heredaba sólo, mientras que, a falta de hijos varones, las hermanas se constituían coherederas. En caso de que el primogénito premuriese al causante, la propiedad *real* se transmitía al primer hijo varón del premuerto, con exclusión de sus hermanos o hermanas (es decir, de los otros hijos e hijas del causante)⁴⁷. La tierra se transmitía siempre en línea descendente, nunca ascendente y, a falta de descendientes, la ley regulaba el orden de llamamiento para determinar el heredero único (*heir*) por la línea colateral⁴⁸. En esta época, y hasta bien entrado el siglo XVI, la viuda no tenía ningún derecho sobre la propiedad inmobiliaria de su marido, a pesar de que la mujer estaba obligada a ceder a su marido todos sus bienes inmuebles en el momento del matrimonio.

Durante el reinado de Enrique VIII se introdujo una relajación parcial de estas normas y, a partir de 1540, con la aprobación del *Statute of Wills*, se le reconoció al causante el derecho a nombrar libremente heredero en la propiedad *realty*

⁴⁴ SAWYER, Caroline y SPERO, Miriam, *Succession, wills, ...*, op. cit., p.2; DAINOW, Joseph, "Limitations on...", pp. 240-241.

⁴⁵ BURNS, Fiona, "Surviving spouses, surviving children and the reform of total intestacy law in England and Scotland: past, present and future, *Legal Studies*, vol. 33, núm. 1, 2013, p. 90.

⁴⁶ Ver, por ejemplo, KERRIDGE, Roger, "Intestate succession...", op. cit., pp. 325-326, que explica que entre 1066 y 1925 (fecha en la que entran en vigor importantes reformas en el ámbito sucesorio), los bienes *realty* del causante pasaban al hijo primogénito (el *heir*) y los bienes *personalty* se repartían entre la viuda y los demás hijos del causante. En el mismo sentido, CRETNEY, Stephen, *Family law in the twentieth century: a history*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 479, resume la sucesión en los bienes inmobiliarios en aquel momento histórico como un sistema en el que los hijos y descendientes del causante tenían preferencia sobre todos los demás parientes, los hijos varones heredaban antes que las hijas, y el varón primogénito heredaba antes que sus hermanos.

⁴⁷ KERRIDGE, Roger, "Intestate succession...", op. cit., p. 326.

⁴⁸ SAWYER, Caroline y SPERO, Miriam, *Succession, wills, ...*, op. cit., pp. 2-3.

mediante testamento (*will of realty*)⁴⁹. En caso de que el *de cuius* no otorgara testamento, sin embargo, las normas de la sucesión intestada continuaban ordenando la transmisión de los bienes raíces al primogénito de la misma forma que se venía haciendo anteriormente⁵⁰. El primogénito se erigía en estos casos heredero universal sobre toda la propiedad *realty*, pero con una diferencia importante: en adelante tendría que satisfacer ciertos derechos otorgados a la viuda o viudo. En el caso de la viuda, la ley le reconocía la *dower*, una especie de usufructo viudal que le otorgaba un derecho de uso y disfrute vitalicio (*life interest*) sobre una tercera parte del patrimonio de su marido, aunque éste podía negarle la *dower* mediante disposición expresa en su testamento⁵¹. El viudo, a su vez, tenía derecho a la *curtesy*, que consistía también en un *life interest*, pero en su caso sobre la totalidad de los bienes de su esposa⁵².

La *dower*, figura que existió hasta mediados del siglo XIX, fue una fuente de ingresos fundamental para la subsistencia de muchas viudas y sus hijos menores⁵³. Sus antecedentes parecen remontarse a la costumbre anglosajona por la que el marido entregaba la dote a su esposa al casarse. Antes del matrimonio el padre de la novia negociaba la entrega de tierras o propiedades al novio en calidad de dote o *dowry*. El novio, a su vez, entregaba su propia dote de tierras y propiedades a su esposa en

⁴⁹ KERRIDGE, Roger, "Intestate succession...", op. cit., p. 325. El *Statute of Wills* de 1540 reconocía al propietario inglés el derecho a disponer de sus bienes por testamento en beneficio de la esposa, en favor de los hijos, y en pago de acreedores, o "*como [el testador] desee o le plazca*" ("*at his will and pleasure*").

⁵⁰ Explica KERRIDGE, Roger, "Intestate succession...", op. cit., p. 325, que el sistema continuaba diseñado para que la mayoría de la propiedad inmobiliaria quedase sujeta a la sucesión intestada y, por tanto, pasara directamente al *heir*. Para lograrlo, el *will of realty* por el que se ordenaba la transmisión *mortis causa* de la propiedad *realty*, sólo permitía incluir en el mismo propiedades que el causante tuviera en el momento de otorgar el testamento, de modo que cualquier otra propiedad *realty* que se adquiriera más tarde, no estaba incluida en el testamento, transmitiéndose al *heir* mediante la sucesión intestada. Por el contrario, el *testament of personalty* o testamento por el que se ordenaba la sucesión en los bienes muebles, sí permitía incluir bienes futuros.

⁵¹ SAWYER, Caroline y SPERO, Miriam, *Succession, wills, ...*, op. cit., p. 4; CRETNEY, Stephen, *Family Law...*, op. cit., p. 479.

⁵² Artículos 22 y 23 de la *Statute of Distribution 1670*. La situación era diferente cuando los bienes hereditarios eran bienes muebles o *personalty*, en cuyo caso el viudo se quedaba con todos los bienes muebles de su esposa premuerta, mientras la viuda tenía derecho a una tercera parte de los bienes muebles de su marido en propiedad (no en usufructo), mientras las otras dos terceras partes pasaban a los hijos. Ver CRETNEY, Stephen, *Family Law ...*, op. cit., pp. 479-480; BURNS, Fiona, "The changing patterns...", op. cit., p. 473; KERRIDGE, Roger, "Intestate succession...", op. cit., p. 326.

⁵³ SLOAN, Brian, *Borkowski's ...*, op. cit., pp. 15-16.

un acto denominado “donación matutina” o *morning gift*, porque se completaba la mañana después de la boda. De acuerdo con las costumbres anglosajonas, si la mujer se quedaba viuda y no tenía hijos, la dote (*dowry*) revertía a su familia paterna, a la que normalmente volvía la viuda, pero ella podía conservar la propiedad sobre el *morning gift*⁵⁴. En el siglo XIII, esta costumbre anglosajona de la *dowry* y el *morning gift* pasa a convertirse en un derecho de la viuda a recibir el usufructo vitalicio sobre la tercera parte del patrimonio hereditario del causante, con base en una figura que ahora se denominará *dower*⁵⁵.

Lo cierto es que la *dower* benefició principalmente a las viudas de familias de posición económica acomodada, mientras la mayoría de las mujeres de la época quedaban en situación de pobreza y desamparo tras la muerte de su esposo⁵⁶. Es interesante la descripción que el ilustre magistrado William BLACKSTONE realizó en su obra, *Commentaries on the Laws of England* (Comentarios a las leyes de Inglaterra), sobre la posición legal de la mujer casada en el siglo XVIII, en la que explicaba las consecuencias de que la personalidad jurídica de la mujer quedara subsumida en la de su marido al contraer matrimonio:

En virtud del matrimonio, el marido y la mujer pasan a ser una única persona para el Derecho; es decir, el ser mismo o la personalidad jurídica de la mujer queda suspendida durante el matrimonio o, al menos, incorporada y consolidada en aquella del marido, bajo cuya ala, protección y abrigo (*cover*)

⁵⁴ BREMMER, Rolf H., “Widows in...”, op. cit., pp. 59-61.

⁵⁵ BARRIO GALLARDO, Aurelio, *El largo camino...*, op. cit., p. 252. HASKINS, citado por BARRIO GALLARDO, apunta que “desde los tiempos más tempranos, el Derecho inglés ha asegurado a la esposa ciertos derechos sobre la propiedad de su marido si ésta le sobrevivía. Durante siglos estos derechos han sido conocidos como *dower* (...). Los orígenes de la *dower* nos hacen remontar a la historia de los teutones cuando el novio hacía un pago a los parientes de la novia a cambio de los derechos que sobre ella adquiriría en virtud del matrimonio, y le hacía entrega de la “donación matutina” (*morning gift*) para cubrir su manutención en caso de que le sobreviviera.

Para un análisis más amplio de la situación de la mujer casada en Inglaterra en los siglos XVIII-XX ver CROUCHER, Rosalind, “¿How free is free? Testamentary freedom and the battle between “Family” and “Property”, *Australian journal of legal Philosophy*, núm. 37, 2012, pp. 15-17.

⁵⁶ BURNS, Fiona, “The changing patterns...”, op. cit., p. 474. Explica la autora que la viuda tenía más posibilidades de disfrutar de la *dower* en las familias acomodadas, aunque incluso en estos casos el causante podía utilizar figuras jurídicas como el *use* o el *trust* para asegurar la permanencia de la totalidad de patrimonio en la familia y restringir el derecho de la viuda. En las familias pobres, la mayoría, simplemente no quedaba patrimonio relicto sobre el que ejercer la *dower*.

realiza cualquier acto. (...) Por esta razón, un hombre no puede otorgar nada a su esposa, ni celebrar un convenio con ella, ya que esto supondría reconocerle una existencia [jurídica] separada; y pactar con ella sería [para el marido] como pactar consigo mismo. (...) El marido tiene la obligación legal de dar alimentos a su mujer (*necessaries*), en tanto que tiene esa obligación para consigo mismo y, si ella contrae deudas, él tiene la obligación de pagarlas, pero [el marido] no es responsable de nada más.

(...) Estos son los principales efectos legales del matrimonio, sobre los que podemos observar que la incapacidad [jurídica] aplicable a la esposa está diseñada, en su mayor parte, para su protección y beneficio ya que el sexo femenino es un gran favorito de las leyes de Inglaterra⁵⁷.

Mientras estaba casada, la mujer no podía tener bienes a su nombre y, consiguientemente, no podía tener sus propios ingresos ni su propio patrimonio. Al finalizar el matrimonio por causa de muerte de su marido, la mujer recuperaba su personalidad jurídica, pero no se le reconocía titularidad sobre la propiedad matrimonial⁵⁸. Al menos mediante la figura de la *dower* se le restituían parte de las ganancias generadas durante el matrimonio y se le garantizaban unos ingresos para

⁵⁷ BLACKSTONE, William, *Commentaries on the laws of England*, vol. I, pp. 442-445. Recuperado de <https://lonang.com/library/reference/blackstone-commentaries-law-england>, Texto original: “By marriage, the husband and wife are one person in law: that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband: under whose wing, protection, and cover, she performs everything; and is therefore called in our law-french a feme-covert [married woman]; is said to be covert-baron, or under the protection and influence of her husband, her baron, or lord; and her condition during her marriage is called her coverture. Upon this principle, of a union of person in husband and wife, depend almost all the legal rights, duties, and disabilities, that either of them acquire by the marriage. I speak not at present of the rights of property, but of such as are merely personal. For this reason, a man cannot grant anything to his wife, or enter into covenant with her: for the grant would be to suppose her separate existence; and to covenant with her, would be only to covenant with himself: and therefore it is also generally true, that all compacts made between husband and wife, when single, are voided by the intermarriage. A woman indeed may be attorney for her husband; for that implies no separation from, but is rather a representation of, her lord. And a husband may also bequeath anything to his wife by will; for that cannot take effect till the coverture is determined by his death. The husband is bound to provide his wife with necessaries by law, as much as himself; and if the contracts debts for them, he is obliged to pay them but for anything besides necessaries, he is not chargeable”.

⁵⁸ Como ya se ha mencionado, esta situación perduraría hasta la entrada en vigor de la *Married Women's Property Act* de 1870, que reconoció a las mujeres el derecho a disponer del dinero que ganaban con su propio trabajo. Este derecho se extendió al resto de su patrimonio cuando la ley se reformó en 1882.

poder subsistir⁵⁹. En opinión de BARRIO GALLARDO, es posible que este usufructo viudal fuera una forma de compensar la escasa protección dispensada al cónyuge superviviente ante la ausencia de una comunidad económica entre los esposos y la inexistencia de un régimen económico matrimonial⁶⁰.

Como veremos más adelante, la situación de la esposa viuda mejoró significativamente con las reformas de finales del siglo XIX, para continuar mejorando progresivamente a lo largo del siglo XX hasta convertirse actualmente en la mayor beneficiaria del sistema sucesorio.

b. Transmisión de la propiedad personal o *personalty*

A diferencia de la *realty*, a partir de la Edad Media la sucesión de la *personalty* (en esencia, los bienes muebles) podía ordenarse por medio de testamento. Esto no se tradujo en una total libertad de disponer con respecto a la *personalty* hasta mediados del siglo XV, ya que inicialmente se aplicaba la práctica anglosajona consuetudinaria de repartir los bienes muebles en tres partes iguales: la “parte de la viuda”, la “parte de los hijos” y una última denominada la “parte del muerto”, sobre la que el testador tenía libertad de disposición absoluta. En caso de que el finado no fuera sobrevivido por viuda o hijos, la “parte del muerto” pasaba de un tercio a la mitad del patrimonio hereditario⁶¹. Algunos autores apuntan que esta doctrina, conocida como la “doctrina de las partes razonables”, fue el equivalente en el *Common Law* de la *legitima portio* continental, desmintiendo así el mito de que la libertad dispositiva irrestricta forma parte de la tradición jurídica inglesa desde tiempos inmemoriales⁶².

En caso de que el causante no otorgase testamento, la titularidad de los bienes muebles no pasaba al primogénito, como era el caso con la propiedad inmueble, sino

⁵⁹ BARRIO GALLARDO, Aurelio, *La evolución de ...*, op. cit., pp. 244-246.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 247.

⁶¹ DAINOW, Joseph, “Limitations on...”, op. cit., p. 341-344; KERRIDGE, Roger, “Libertad de testar...”, op. cit., p. 240.

⁶² Para un análisis más profundo de la partición tripartita en el *Common Law* y de la libertad de testar en Inglaterra, ver BARRIO GALLARDO, Aurelio, *La evolución de...*, op. cit., p. 227.

al cónyuge viudo y a los familiares más cercanos en base a un orden legal de llamamientos encabezado por los hijos⁶³. El encargado de la administración y repartición de los bienes muebles relictos del causante era su *personal representative*, tanto cuando existía testamento (en cuyo caso se le denomina *executor*) como cuando la sucesión era intestada (en cuyo caso se le denomina *administrator*)⁶⁴. El *personal representative*, figura que continúa existiendo en la actualidad, se encargaba de distribuir los bienes entre los herederos, una vez pagadas las deudas, los gastos funerarios y los impuestos⁶⁵.

Es importante recordar que la jurisdicción sobre las sucesiones de bienes *personal* correspondía a los tribunales eclesiásticos, tanto en la sucesión voluntaria como *ab intestato*. En ambos casos, el tribunal supervisaba el nombramiento del *personal representative* y, en el caso de las sucesiones voluntarias, certificaba la veracidad del testamento. De hecho, parece que fue la Iglesia la que promovió el alejamiento de la costumbre anglosajona de dividir el patrimonio en partes iguales entre los hijos, haciendo posible que una parte (la “parte del muerto”) fuera de libre disposición para el causante, quien, de este modo, podía disponer una cantidad a favor de la Iglesia para que se ofrecieran sufragios por su alma (*gifts in pious uses*)⁶⁶. El testamento se otorgaba habitualmente de forma oral en presencia del sacerdote que administraba los últimos sacramentos, garantizando así, en la práctica totalidad de

⁶³ SLOAN, Brian, *Borkowski's...*, op. cit., p. 16. Los *Statutes of Distribution* 1670-1685 recogieron las normas aplicables a la sucesión intestada de los bienes *personal*. Estas normas se aplicaron desde la Edad Media hasta las reformas introducidas en 1925. En resumen, la esposa viuda recibía una tercera parte de los bienes muebles en propiedad, en caso de concurrir con hijos y nietos, y la mitad si no los había. El esposo viudo recibía la totalidad de los bienes muebles de su difunta mujer. Los hijos/as y nietos tenían derecho a dos terceras partes de los bienes muebles en caso de concurrir con la esposa viuda y a la totalidad de los bienes en caso de no concurrir con ella. Otros familiares (padres, hermanos, tíos) tenían derecho a la mitad de los bienes muebles si concurrían con la esposa viuda y no había hijos. Si el cónyuge sobreviviente era el marido, los otros familiares no recibían nada. A falta de familiares, los bienes muebles se adjudicaban al Estado (*the Crown*).

⁶⁴ KERRIDGE, Roger, “Intestate succession...”, op. cit., pp. 324-327.

⁶⁵ En la actualidad, el *Personal Representative* representa la totalidad de la herencia del causante (muebles e inmuebles). Podemos encontrar un análisis comparativo de la figura del *Personal Representative* con figuras similares existentes en el derecho testamentario español en MARTÍNEZ MOTOS, Raquel, “La asimetría entre el sistema jurídico inglés y español en la traducción de términos del derecho testamentario. Búsqueda de equivalentes”, *Interlingüística*, núm. 14, 2003, pp. 729-741.

⁶⁶ GROSS, Charles, “The medieval law of intestacy”, *The Harvard Law Review Association*, vol. 18, núm. 2, 1904, pp. 120-131. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/1323639>.

los casos, que el causante dispusiera un legado a favor de la Iglesia⁶⁷. La consecuencia indirecta, y posiblemente imprevista, de reconocer al causante la libre disposición sobre la “parte del muerto” para que pudiera legarla a la Iglesia, fue que también podía legarse a favor de otras personas que no fueran necesariamente los hijos o la propia Iglesia. En concreto, esta nueva práctica permitió un reparto diferente de los bienes muebles que favoreció al cónyuge superviviente y, en concreto, a las viudas que, aunque todavía no podían tener tierras y bienes inmuebles en propiedad, sí podían ser propietarias de bienes muebles o *personalty* ⁶⁸.

En resumen, a partir del siglo XVI, el causante inglés pudo ordenar su sucesión de forma voluntaria en relación a todo su patrimonio, tanto *realty* (mediante un *will*), como *personalty* (mediante un *testament*). En caso de morir intestado, sin embargo, sus bienes inmuebles pasaban de forma automática al primogénito heredero universal (*heir*), mientras que sus bienes muebles pasaban al cónyuge viudo y a los familiares en el orden de llamamiento predeterminado por la ley⁶⁹.

1.2.3. Siglos XVII-XVIII- El uso del trust y el strict settlement

Ante la posibilidad de ordenar la totalidad del patrimonio (*realty* y *personalty*) por medio de testamento y, por lo tanto, la posibilidad de disponer de la propiedad con una libertad casi absoluta⁷⁰, la figura del *trust* comenzó a utilizarse como instrumento jurídico para evitar actos de enajenación que causaran el trasvase de la propiedad familiar a terceros. Los *trusts* se estructuraban de forma que operasen

⁶⁷KERRIDGE, Roger, “Freedom of Testation...”, op. cit., pp. 129-154.

⁶⁸ BURNS, Fiona, “The changing patterns...”, op. cit., p. 474; BARRIO GALLARDO, Aurelio, *El largo camino...*, op. cit., pp. 246-247. KERRIDGE, Roger, “Libertad de testar...”, op. cit., p. 240, resume la evolución de la sucesión en los bienes muebles del siguiente modo: “la proporción de *personalty* que era “libre” y que podía ser legada se fue incrementando gradualmente y, alrededor del siglo XV, la libertad de disposición de toda la *personalty* del causante a su muerte se había consolidado a lo largo de la mayor parte del sur de Inglaterra. No se extendió, en cambio, a la Provincia de York hasta 1692, a Gales hasta 1696, y a Londres hasta 1724.”

⁶⁹ Ver SLOAN, Brian, *Borkowski's...*, op. cit., p. 16; KERRIDGE, Roger, “Intestate succession...”, op. cit., pp. 325-326; KERRIDGE, Roger, “Freedom of Testation...”, op. cit., p. 132.

⁷⁰ A pesar del derecho del cónyuge viudo a recibir parte del caudal hereditario por medio de la *dower* o *curtesy*, paulatinamente se fueron desarrollando instrumentos jurídicos complejos para evitar dichos pagos a cargo del patrimonio del causante (principalmente la *dower*) por lo que estas figuras fueron cayendo en desuso, hasta su completa eliminación en el siglo XIX.

como un fideicomiso a perpetuidad por medio del que los bienes raíces se transmitían de padres a hijos, con la característica propia de los *trusts* de desglosar el derecho de propiedad distinguiendo la “propiedad legal” (*legal ownership*) y la “propiedad en equidad” (*beneficial ownership*). El causante asignaba la propiedad legal a una persona de confianza (*trustee*), que podía ser un miembro de la familia o un profesional (por ejemplo, un abogado), mientras que los hijos y descendientes eran designados beneficiarios del *trust* y, como tales, eran propietarios “en equidad”, es decir, tenían un derecho de uso y disfrute vitalicio sobre los bienes, pero no el derecho a enajenarlos. Esta construcción sucesoria garantizaba la permanencia del patrimonio hereditario en la familia de origen, evitando que pudiera ser transferido a terceros, incluido el cónyuge supérstite, por medio de testamento.

Con el fin de evitar la creación de *trusts* que obstaculizaran la libre disposición de los bienes hereditarios, y en particular la de los bienes raíces, los tribunales ingleses desarrollaron una norma jurisprudencial que establecía que un *trust* por el que se otorgara la propiedad en equidad (*beneficial interest*) sobre determinados bienes, sólo sería válido si su duración estaba limitada al tiempo de vida del beneficiario más veintiún años. Pasado ese período, el derecho de uso y disfrute se convertiría *ex lege* en un derecho de propiedad absoluto sobre el bien. El efecto de esta norma, denominada la *modern rule against perpetuities* o nueva norma contra la perpetuidad, era evitar que el propietario controlara el destino de los bienes hereditarios durante un período superior al de una generación después de su muerte. No obstante, frente a este nuevo intento del legislador de garantizar la libertad de disposición *mortis causa*, el propietario inglés desarrolló una nueva construcción del *trust* denominada “*strict settlement*”. Esta figura comenzó a utilizarse a finales del siglo XVII y su uso se generalizó a lo largo del siglo XVIII⁷¹. Un ejemplo típico del *strict settlement* era el del padre que, al alcanzar su primogénito la mayoría de edad o contraer matrimonio, le proponía que renunciara al derecho de propiedad absoluto sobre los bienes hereditarios que recibiría tras la muerte del padre, en favor de un derecho de usufructo vitalicio sobre dichos bienes (*beneficial ownership*), además de una renta que comenzaría a recibir inmediatamente. La

⁷¹ KERRIDGE, Roger, “Freedom of Testation...”, op. cit., p. 134.

propiedad “legal” sobre el patrimonio hereditario del padre (*legal property*) se le adjudicaba al primer hijo varón de su hijo (es decir, al primer nieto varón del testador). Los demás hermanos y hermanas, por su parte, recibían una modesta renta proveniente de los bienes familiares. De este modo, el testador se aseguraba de que la propiedad familiar quedara protegida para la siguiente generación⁷².

También se utilizaron en esta época contratos prematrimoniales diseñados para proteger el patrimonio de las mujeres y evitar que sus maridos lo dilapidaran, acordando que los bienes de la esposa se transmitieran, tras su muerte, directamente a sus hijos y no a su marido como establecía la ley⁷³.

Por lo tanto, a pesar de que durante los siglos XVII y XVIII existió en Inglaterra un alto grado de libertad de disposición *mortis causa* impulsado por un cambio en la legislación sucesoria, lo cierto es que la mayoría de los grandes patrimonios pasaron intactos de padres a hijos por medio de diferentes construcciones jurídicas, hasta que los *strict settlements* y los contratos prematrimoniales cayeron en desuso a principios del siglo XX, en favor de otros instrumentos con una fiscalidad más favorable.

1.2.4. Finales del siglo XIX - Un breve período de libertad de testar⁷⁴

El siglo XIX trajo consigo un gran número de reformas que dieron paso a un breve período de libertad de testar absoluta, cuya duración oscila, según los expertos,

⁷²La literatura inglesa de la época victoriana nos ofrece múltiples ejemplos de este tipo de instrumentos sucesorios en forma de *trust* o *settlement*. Tal vez el más conocido es el ilustrado por Jane Austin en *Pride and Prejudice*, que relata la situación en la que quedan las hijas del Sr Bennet tras su muerte, ya que el patrimonio familiar formaba parte de un mayorazgo (*entail*) que impedía al Sr Bennet disponer en favor de sus hijas, pasando la “propiedad legal” (*legal ownership*) a un primo lejano. También es posible que lo que Jane Austin describe sea un *strict settlement*, que igualmente impedía al Sr Bennet disponer de la propiedad legal, pero no por el hecho de tener que transmitir el patrimonio a los hijos varones, sino porque él mismo sólo poseía un derecho vitalicio de uso y disfrute en equidad (*life interest*).

⁷³ KERRIDGE, Roger, “Freedom of Testation...”, op. cit., p. 136.

⁷⁴ Este trabajo emplea el término “libertad de testar”, en lugar del más amplio “libertad de disponer”, para referirse a la libertad del causante inglés para disponer voluntariamente de sus bienes *mortis causa*, al ser éste el término utilizado unánimemente por la doctrina académica y jurisprudencial inglesa. Asimismo, el término utilizado para referirse a la sucesión ordenada por ministerio de la ley es *intestate succession*, haciendo referencia a la ausencia de testamento. Sin embargo, el Derecho

inglés contempla otras herramientas –mucho más inusuales en la práctica- que permiten ordenar la sucesión *mortis causa*: los pactos sucesorios y las *donatio mortis causa*.

La *donatio mortis causa* (también conocida como *deathbed gift* o “legado” otorgado en el lecho de muerte) es una figura sucesoria que se sitúa al margen del testamento y que permite al causante realizar una donación en vida cuyos efectos sólo adquieren plena eficacia a partir del fallecimiento del *de cuius*. Para ser válida: i) el causante debe contemplar su muerte de forma inminente (debe existir una causa concreta y no la simple inevitabilidad de la muerte), ii) en el momento de realizar la donación debe transferirse el *dominion* del bien donado (entendiendo *dominion* como la posesión y el control efectivo sobre el bien, pero sin llegar a transferirse la titularidad plena); y iii) la donación sólo adquirirá eficacia plena tras la muerte del causante. Así, a diferencia de una donación *inter vivos* (*lifetime gift*), la *donatio mortis causa* sólo es válida si el causante efectivamente muere de forma inminente. La jurisprudencia ha descrito esta figura como un híbrido entre una donación *inter vivos* y un instrumento de naturaleza sucesoria; en efecto, a pesar de que el *dominion* sobre el bien se transfiere en vida del causante, es su muerte la que confiere plena eficacia al negocio jurídico. Si el causante no fallece por la causa o en el plazo previsto, la donación deviene ineficaz, pero en caso contrario, la donación despliega todos sus efectos en el momento de la muerte (ver, por ejemplo, las sentencias del *High Court* en *Re Beaumont* [1902] 1 Ch 889 y en *King v The Chiltern Dog Rescue and Redwings Horse Sanctuary* [2015] EWCA Civ 581). En relación a las *donationes mortis causa* ver, entre otros, BORKOWSKI, Andrew, *Deathbed gifts: the Law of donatio mortis causa*, Blackstone Press, Oxford, 1999; SLOAN, Brian, *Borkowski's ...*, op. cit., pp. 328-338; SAWYER, Caroline y SPERO, Miriam, *Succession, wills, ...*, op. cit., pp. 16-25.

Otro instrumento mediante el que se ordena la transmisión de bienes *mortis causa* es el denominado *mutual will* o testamento mutuo. A pesar de su nombre, no se trata de un testamento sino de un pacto sucesorio. En efecto, el *mutual will* es un contrato entre dos personas (generalmente marido y mujer) que acuerdan disponer todo o parte de su patrimonio a favor el uno del otro, en un único testamento o en testamentos separados, bajo la condición de que el último en morir disponga, a su vez, de todo su patrimonio, incluido el patrimonio heredado de la otra parte, en favor de una tercera persona beneficiaria (generalmente los hijos comunes). El pacto incluye el acuerdo de no revocar sus respectivos testamentos unilateralmente tras la muerte de una de las partes. La peculiaridad de este contrato es que, en el momento en el que muere uno de los contratantes, se constituye automáticamente un *trust* por designio legal (*constructive trust*) a favor de la tercera persona beneficiaria (en nuestro ejemplo, los hijos). De este modo, si una parte modificara su testamento tras la muerte de la otra, el beneficiario podría interponer una acción por incumplimiento de las condiciones del *trust* y reclamar su derecho a la herencia (ver sentencia del *High Court* en *Re Dale* [1994] Ch 31). Para un análisis más profundo de la figura del *mutual will* ver, KERRIDGE, Roger, *The law of succession*, op. cit., pp. 129-135; SAWYER, Caroline y SPERO, Miriam, *Succession, wills, ...*, op. cit., pp. 106-110.; SLOAN, Brian, *Borkowski's ...*, op. cit., pp. 52-61.

Finalmente, también se contempla un contrato, que podríamos caracterizar como pacto sucesorio en sentido amplio, que no atribuye directamente derechos sucesorios sino un derecho a reclamar. Así, el causante puede pactar que dispondrá de sus bienes en testamento a favor de un tercero. Si se comprometió a legar en su testamento un bien concreto y no lo hizo, la otra parte podrá reclamar el bien o una indemnización a cargo del caudal. El tribunal no puede obligar al causante a otorgar testamento en cumplimiento del contrato, pero sí puede ordenar que el bien le sea adjudicado a la otra parte contratante o, a falta del bien, una indemnización a cargo al caudal relicto. De hecho, tal y como explican SAWYER, Caroline y SPERO, Miriam, *Succession, wills, ...*, op. cit., p. 16, si se establece que el causante adquirió la obligación contractual de transferir un bien a un tercero tras su muerte, el bien (o, en caso de haber sido enajenado, su valor), no llegará a formar parte del caudal relicto, ni podrá ser objeto de una reclamación bajo la normativa de la *family provision*, a menos que pueda probarse que la finalidad del contrato fue eludir la aplicación de dicha reclamación. Las reclamaciones de una prestación alimenticia discrecional (*family provision*) con cargo a la herencia del causante son analizadas más adelante en este trabajo.

entre cuarenta y siete y cien años⁷⁵. En efecto, a pesar de que ciertamente la libertad de testar es un elemento determinante en la tradición jurídica inglesa en materia de sucesiones, sería erróneo afirmar que el Derecho inglés ha conocido siglos de libertad absoluta de disposición *mortis causa*. De hecho, tal y como afirma GREEN, si comparásemos los períodos de libertad y restricción, tendríamos que concluir justamente lo contrario⁷⁶.

Los cambios más importantes que dieron paso a esta etapa de libertad dispositiva comenzaron con la introducción de la *Dower Act* en 1833 que, a pesar de no eliminar la figura de la *dower*, legalizó varias formas de circunscribirla que acabaron por eliminar su uso⁷⁷. También fue instrumental para el cambio la desaparición paulatina de los *strict settlements* y los contratos prematrimoniales que limitaban la libertad de disposición. Finalmente, la libertad de testar quedó recogida en la Ley de Testamentos de 1837 (*Wills Act*), cuyo artículo tercero continúa proclamando hoy en día la absoluta libertad del testador inglés para disponer en su testamento de todos sus bienes, muebles e inmuebles, sin ninguna restricción⁷⁸.

Así, durante un período de tiempo cuya duración es difícil de concretar, pero cuya existencia es indudablemente cierta, el testador inglés gozó de un derecho de disposición absolutamente libre de restricciones tanto sobre sus bienes muebles

⁷⁵ Un análisis detallado sobre la libertad de testar en Inglaterra y, en concreto, sobre su duración, puede encontrarse en BARRIO GALLARDO, Aurelio, *El largo camino...*, op. cit.; BARRIO GALLARDO, Aurelio, *La evolución de...*, pp. 287-291, expone las diferentes líneas mantenidas por la doctrina inglesa en relación al tiempo durante el cual existió en Inglaterra una libertad de testar irrestricta. Algunos expertos juristas ingleses argumentan que esta facultad todopoderosa de dejar a los parientes cercanos sin nada, duró un siglo (desde mediados del siglo XIX a mediados del siglo XX), mientras otros afirman que una completa e ilimitada libertad de testar sólo existió en Inglaterra por un lapso de 47 años (desde 1891 a 1938). BARRIO GALLARDO concluye a favor de la segunda línea doctrinal. La misma opinión expresa KERRIDGE, Roger, "Libertad de testar...", op. cit., p. 240, que señala que, a pesar de que la libertad de testar fue proclamada por la *Wills Act* en 1837, en realidad existieron restricciones para el traspaso de la tierra por causa de muerte hasta 1891, por lo que sólo a partir de esa fecha puede hablarse de una absoluta libertad de testar.

⁷⁶ GREEN, Kate, "The Englishwoman's castle: inheritance and private property today", *The Modern Law Review*, núm. 51, 1988, pp. 190-191.

⁷⁷ La *dower* fue oficialmente abolida en Inglaterra y Gales en 1925 por la ley *Administration of Estates Act*.

⁷⁸ El artículo 3 de la *Wills Act 1837* dispone que: "It shall be lawful for every person to devise, bequeath, or dispose of, by his will executed in manner herein-after required, all real estate and all personal estate which he shall be entitled to, either at law or in equity, at the time of his death...".

(sobre los que ya disponía libremente desde el siglo XV) como sobre sus bienes inmuebles⁷⁹. Numerosas sentencias de la época ratifican esta libertad utilizando expresiones como el derecho del testador a ser “caprichoso” e “irracional”⁸⁰. En una notoria sentencia de 1874, el juez *Lord Justice* James observó lo siguiente:

La libertad de disponer del testador es absoluta y sin restricción respecto al motivo [de sus decisiones]. Un hombre puede dejar en la pobreza a su honesta esposa y a sus merecedores hijos, y entregar la totalidad de su fortuna a sus compañeros más viles y despilfarradores (...) sin que la ley le pueda contradecir, incluso si en su propio testamento proclamara abiertamente su escandalosa indiferencia hacia todo lazo humano y divino⁸¹

1.2.5. Reformas legislativas del siglo XX

A principios del siglo XX el derecho de sucesiones inglés experimentó una transformación radical, impulsada por la voluntad del legislador de diseñar un sistema sucesorio adaptado a la nueva realidad social, que pudiera dar respuesta a los cambios sociopolíticos y económicos que estaban remodelando la sociedad. La nueva legislación reflejó el paso de un sistema dinástico, fundamentado sobre el principio de conservación del patrimonio en la familia de procedencia, que concedía prioridad absoluta a los hijos varones, a un sistema que comenzaba a reconocer la creciente importancia de la familia nuclear y, en particular, la prevalencia de la relación matrimonial sobre los vínculos de sangre⁸². La figura del cónyuge supérstite como heredero legítimo empezó a ser reconocida en las primeras

⁷⁹ SLOAN, Brian, *Borkowski's...*, op. cit., p. 15; PROBERT, Rebecca, “Disquieting thoughts: who will benefit when we are gone?”, en *Current issues in Succession Law*, Brian Hacker y Charles Mitchell (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 32-35.

⁸⁰ BARRIO GALLARDO, Aurelio, *El largo camino...*, op. cit., pp. 257-260.

⁸¹ *Occleston v Fullalove* (1874) LR 9 Ch App 147, p.161: Texto original:

“A testator's bounty is absolute and without control as to motive. A man may leave his virtuous wife and deserving children penniless, and bestow the whole of his fortune upon the vilest companions of his profligacy, the most worthless partners of his vices, the most wicked accomplices of his crimes, and the law cannot gainsay him, even if he should openly flaunt his shocking disregard of all ties human and divine on the very face of his will”

⁸² BURNS, Fiona, “Surviving spouses...”, op. cit., p.90; CRETNEY, Stephen, *Family law...*, op. cit., p. 478.

reformas legislativas de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, para convertirse en el principal, y a menudo, único heredero en la sucesión intestada⁸³.

Para entender este importante cambio de énfasis en la política sucesoria inglesa, es necesario analizar el momento histórico en el que se hallaba Inglaterra a principios del siglo XX. Por un lado, como apuntábamos en epígrafes anteriores, los grandes patrimonios comenzaron a diseñar complejas estructuras jurídicas basadas principalmente en los *trusts*, para ordenar su sucesión evitando la normativa de la sucesión intestada. Por otro lado, el sistema medieval y dinástico de épocas anteriores no encajaba con la nueva economía de una Inglaterra industrializada en la que la mayoría de la población había migrado a las ciudades, adoptando nuevos modelos económicos que se distanciaban mucho de la economía agrícola del ámbito rural. Surgieron categorías de bienes muebles de naturaleza financiera que las nuevas clases medias optaban por distribuir *post mortem* entre el cónyuge superviviente y los hijos, alejándose de la idea del “patrimonio dinástico” vinculado a la familia de origen por lazos de sangre. La situación de la mujer también experimentó cambios importantes a raíz de su incorporación al mercado laboral, con su consecuente aportación a la economía familiar. Se implantó así, de modo paulatino, un modelo de familia moderno centrado en la pareja fundadora y sus hijos, cuya riqueza proviene principalmente de las ganancias adquiridas mediante su trabajo⁸⁴. Esta transformación del modelo de familia tuvo un profundo impacto en las normas sucesorias que pasaron de priorizar la protección de la familia “dinástica” y la conservación del “patrimonio familiar”, a legislar en torno a la figura

⁸³ La primera ley que reconoció al cónyuge viudo (generalmente mujer) como heredero en la sucesión intestada fue la *Intestates Estate Act* de 1890. En palabras de CRETNEY, Stephen, *Family Law...*, op. cit., p. 480, esta ley marcó un importante cambio en la política legislativa inglesa, posicionando a la mujer viuda, por primera vez, por delante de los parientes del causante y reconociéndole una suma de dinero que le asegurara, en la mayoría de los casos, la permanencia en la vivienda familiar. Tras numerosas reformas que fueron mejorando paulatinamente su posición como heredero *ab intestato*, desde 2014 el consorte superviviente es el único heredero del *de cuius* cuando no concurre con descendientes y el máximo beneficiado incluso si concurre con ellos (*Administration of Estates Act* de 1925, modificada por la *Inheritance and Trustees' Powers Act* de 2014).

⁸⁴ Para un análisis teórico de la relación entre los diferentes modelos de familia y la evolución histórica de las concepciones familiares en España, pero extrapolable al fenómeno inglés, ver PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Dykinson, Madrid, 2003.

del cónyuge supérstite al que se le reconoce una posición fundamental en la nueva concepción de familia nuclear⁸⁵.

En el año 1925 se promulgaron una serie de leyes que implementaron una reforma de gran calado en la normativa reguladora de la propiedad en Inglaterra e hicieron posible la transformación del derecho de sucesiones inglés⁸⁶. Sin duda, una de las leyes más importantes en la reforma del Derecho sucesorio fue la Ley de Administración de Patrimonios (*Administration of Estates Act*) de 1925, que incluyó reformas radicales; en opinión de algunos autores, las más radicales en la historia del derecho de sucesiones inglés⁸⁷. Entre otras cosas, esta ley recogió el derecho del cónyuge supérstite, principalmente mujer, a una *statutory provision* o cantidad de dinero establecida por ley, que correspondía *ipso iure* al superviviente en caso de que su cónyuge muriese sin testamento. La actual normativa aplicable a las sucesiones *abintestato* continúa basada en aquella establecida por la *Administration of Estates Act 1925*.

La *Administration of Estates Act* de 1925 acabó con las distinciones entre la transmisión *mortis causa* de la propiedad *real* y *personal* introduciendo una única normativa aplicable a la totalidad del patrimonio del causante⁸⁸. Sin restar importancia a esta homogeneización en el trato de los bienes hereditarios, sin duda el cambio más significativo fue la reubicación del cónyuge supérstite en el orden de llamamientos *ab intestato*, colocándole en un lugar privilegiado por delante de todos los demás familiares. La ley también eliminó toda diferenciación entre hombres y

⁸⁵ En relación a esta evolución de la posición del cónyuge supérstite en la sucesión intestada ver BURNS, Fiona, "The changing patterns...", op. cit., p. 477.

⁸⁶ Estas leyes incluyeron la *Settled Land Act*, la *Trustee Act*, la *Law of Property Act* y la *Land Registration Act*.

⁸⁷ KERRIDGE, Roger, "Intestate succession...", op. cit., p. 327. SANGER, Charles, "Lord Birkenhead's proposals for altering the law of intestate succession in England", *The Yale Law Journal Company Inc.*, vol. 20, núm. 6, pp. 588-592.

⁸⁸ Señala CRETNEY, Stephen, *Family law...*, op. cit., p. 480, que el diferente tratamiento jurídico de la propiedad *real* y *personal* estaba causando muchas complicaciones, por lo que uno de los objetivos de la ley de 1925 fue acabar con esta distinción e introducir una normativa común, aplicable por igual a todos los bienes hereditarios. Observa el autor que se priorizó la homogeneización de la normativa por encima incluso de su contenido, lo que puede explicar la escasa atención que esta ley recibió en el Parlamento inglés, a pesar de su importancia y del radical cambio de política legislativa que supuso.

mujeres, pasando el viudo a recibir la misma protección que la viuda; dicho esto, la doctrina inglesa es unánime en su opinión de que las grandes beneficiadas de esta reforma fueron las viudas, mientras que los grandes perdedores fueron los primogénitos varones⁸⁹.

Otra norma instrumental en la articulación del nuevo ordenamiento sucesorio, esta vez en sede de sucesión voluntaria, fue la ley de Sucesiones (Prestación Familiar) de 1938⁹⁰. Esta ley introdujo una importante, y hasta entonces impensable, excepción a la irrestricta libertad dispositiva del causante, permitiendo que el supérstite (y, en ciertos casos, sus hijos) pudiera impugnar el testamento del finado para solicitar que se le asignase una cantidad a cargo del patrimonio relicto suficiente para cubrir su manutención (*family provision*), es decir, una especie de prestación alimenticia⁹¹. En caso de que la reclamación fuera admitida, la cantidad adjudicada en cada caso quedaba a discreción judicial. La ley de 1938 fue ampliada en 1952 para permitir que esta pensión alimenticia también pudiera ser reclamada en caso de morir el *de cuius* sin haber dejado testamento, si la distribución *ab intestato* del patrimonio hereditario era considerada irracional o injusta. Años más tarde la ley de 1938 será derogada para dar paso a la actual ley reguladora de la normativa de la *family provision*, la ley de Sucesiones (Prestación para Familiares y Dependientes) de 1975⁹².

Lo cierto es que la evolución del Derecho de sucesiones inglés a partir del siglo XX ha estado principalmente dirigida a la mejora de la posición del cónyuge supérstite (y, más tarde, también de la pareja civil), tanto en la sucesión testada, mediante el desarrollo de la figura de la *family provision*, como en la intestada, mediante la

⁸⁹ En palabras de KERRIDGE, Roger, *The law of Succession*, op. cit. p. 23, "Widows gained, eldest sons lost". En el mismo sentido, CRETNEY, Stephen, *Family law...*, op. cit., p. 480; KERRIDGE, Roger, "Intestate succession...", op. cit., p. 327; SLOAN, Brian, *Borkowski's...*, op. cit., p. 17.

⁹⁰ *Inheritance (Family Provision) Act 1938*.

⁹¹ DAINOW, Joseph, "Limitations on...", op. cit., pp. 337-360, recoge un análisis detallado de la evolución histórica de la Ley de 1938, incluyendo los debates parlamentarios correspondientes. Esta ley constituyó una importante interferencia con la libertad de testar del causante inglés y en sus primeros años se aplicó de forma muy restrictiva. Con el paso del tiempo su aplicación se relajó y se amplió como veremos más adelante.

⁹² *The Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*.

ubicación del supérstite como el primer y, a menudo único, heredero legal. Esta situación de favor hacia el cónyuge o pareja supérstite también se extiende a la normativa fiscal sucesoria, cuestión que no entramos a analizar en este trabajo, pero que completa el estatuto sucesorio del supérstite⁹³.

2. LA SUCESIÓN INTESTADA

Como ya hemos señalado, la ley aplicable a la sucesión intestada en Inglaterra está recogida principalmente en la *Administration of Estates Act* (Ley de Administración de Patrimonios) de 1925, que ha sido reformada en varias ocasiones pero continúa siendo uno de los pilares fundamentales de la normativa sucesoria⁹⁴. La ley nació para dar respuesta a la situación de precariedad y desprotección en la que se encontraban muchas viudas, junto con sus hijos menores, tras la muerte intestada del causante. Desde un principio tuvo como objetivo principal que el consorte sobreviviente del causante *ab intestato* heredara la mayor parte del caudal

⁹³ Para entender la situación global del cónyuge y de la pareja civil supérstite en el fenómeno sucesorio es necesario atender a su fiscalidad. Sin entrar en un análisis detallado, baste apuntar que el impuesto sucesorio aplicable en Inglaterra, el *inheritance tax*, grava el patrimonio hereditario sin referencia al grado de parentesco entre el causante y el beneficiario en todos los casos, excepto en el caso del cónyuge y la pareja civil. Actualmente, el tipo impositivo aplicable al caudal hereditario es del 40%, aplicable solamente a herencias de cuantía superior al límite fiscal o *Nil Rate Band*, que hoy en día es 325 000 libras (*Tax Act 1984*, Anexo 1). Dicho de otro modo, los bienes hereditarios están exentos de tributar el impuesto de sucesiones hasta un valor de 325 000 libras y, a partir de ese valor, tributan al 40%. Sin embargo, todos los bienes adquiridos *mortis causa* por el cónyuge o pareja civil supérstite están totalmente exentos del pago del impuesto de sucesiones, independientemente de su cuantía (artículo 18 de la *Tax Act 1984*). Es más, tras el fallecimiento de uno de los cónyuges, si no se utilizó en la liquidación de su herencia la totalidad de la exención fiscal de 325 000 libras, la parte correspondiente que no se utilizó se acumula al límite fiscal del supérstite (Artículo 8(a) de la *Tax Act 1984*). De este modo, cuando el cónyuge supérstite fallece, sus beneficiarios pueden acceder a una reducción de la base imputable de hasta 650 000 libras si, por ejemplo, el único heredero del primer causante fue su cónyuge, quien no hubiera utilizado ninguna parte de la *nil rate band*.

El conviviente *more uxorio* no recibe el mismo trato de favor que el cónyuge o la pareja civil, sino que tributa como cualquier otro beneficiario de la herencia (exento hasta un valor de 325 000 libras y el resto al 40%). Ver, entre otros, SAWYER, Caroline y SPERO, Miriam, *Succession, wills ...*, op. cit., pp. 286-312.

⁹⁴ La Ley de Administración de Patrimonios o *Administration of Estates Act 1925*, ha sido enmendada por las siguientes leyes: *the Intestates' Estates Act 1952*, *the Family Provision Act 1966*, *the Family Law Reform Act 1969*, *the Administration of Justice Act 1977*, *the Family Law Reform Act 1987*, *the Law Reform (Succession) Act 1995*, *the Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996*, *the Civil Partnership Act 2004* y *the Inheritance and Trustees' Powers Act 2014*. Toda referencia en este capítulo a la Ley de Administración de Patrimonios de 1925 incluye las enmiendas introducidas por estas leyes.

hereditario⁹⁵. Esta protección a la mujer viuda, extendida también al supérstite varón, continúa siendo el principio subyacente en la normativa.

En el año 2009, la *Law Commission* de Inglaterra, un organismo independiente cuya función es proponer reformas legislativas al Parlamento británico, llevó a cabo la consulta pública más extensa realizada hasta ese momento sobre la sucesión intestada en Inglaterra y Gales⁹⁶. Dos años más tarde, en 2011, publicó un informe⁹⁷ con propuestas de reformas legislativas que serían adoptadas, casi en su totalidad, por la *Inheritance and Trustees' Powers Act 2014* (ley de Sucesiones y Facultades de los *Trustees*), última ley en reformar la *Administration of Estates Act* de 1925. Una de las razones que llevó a la Comisión Legislativa a revisar la normativa de la sucesión intestada fue el hecho de que dos tercios de la población adulta de Inglaterra y Gales muere sin haber otorgado testamento, lo que nos da una idea de la importancia práctica de esta regulación a la hora de determinar quién se beneficia del patrimonio del causante inglés⁹⁸.

2.1. Evolución histórica de la *Administration of Estates Act* de 1925

Como ya hemos adelantado, el cambio en política legislativa sucesoria que se asocia con la ley de Administración de Patrimonios de 1925, en realidad comenzó a finales

⁹⁵ CRETNEY, Stephen, *Family law...*, op. cit., pp. 480-481, observa que la ley de 1925 estableció el principio, mantenido hasta hoy en día, de protección al supérstite por encima de todos los demás familiares, abandonando la idea, mantenida hasta entonces, de que el patrimonio hereditario, independientemente de su valor económico, debía de repartirse entre el cónyuge sobreviviente y los hijos. A partir de ahora se priorizará la protección de la posición sucesoria del viudo, garantizándole una porción en la herencia de su consorte, lo suficientemente alta como para asegurar su subsistencia y su permanencia en la vivienda familiar. También en este sentido, CRETNEY, Stephen, "Intestacy reforms: the way things were, 1952", *The Denning Law Journal*, núm. 9, 1994, p. 36. Recuperado de <http://ubplj.org/index.php/dlj/article/viewFile/241/268>

⁹⁶ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Documento de consulta Law Com CP 191, 2009.

⁹⁷ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES). *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011.

⁹⁸ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Documento de consulta Law Com CP 191, 2009. El Documento de Consulta señala que entre la mitad y las dos terceras partes de la población adulta consultada no había otorgado testamento al tiempo de la consulta (2007), aunque reconoce que esto no se traduce necesariamente en un número igual de alto de sucesiones intestadas, ya que parte de los consultados en 2007 seguramente otorgarían testamento al alcanzar una edad más avanzada o si su patrimonio aumentase de modo significativo (párrafos 1.4 y 1.5). El análisis de estas cifras y las conclusiones derivadas del mismo son fuertemente

del siglo XIX, cuando la *Intestates' Estates Act 1890* introdujo el concepto, entonces novedoso, de una provisión económica establecida por ley (*statutory legacy*) en favor del cónyuge superviviente, en caso de que el causante muriera sin dejar testamento⁹⁹. En sus albores, este derecho automático a una cantidad a favor de la viuda o viudo estuvo restringido a las sucesiones intestadas en las que no hubiera descendientes por línea recta (*issue*), aunque se aplicaba tanto al patrimonio *real* como *personal* y, crucialmente, priorizaba el pago de la prestación económica al cónyuge superviviente sobre todos los demás parientes; es decir, la *statutory provision* en favor del cónyuge tenía prioridad sobre los derechos del, todavía entonces, heredero único (*heir*)¹⁰⁰. En su versión decimonónica, la cantidad de la provisión legal se estableció en quinientas libras. Si el patrimonio del causante era menor de quinientas libras, el cónyuge superviviente lo recibía en su totalidad. Si el patrimonio excedía las quinientas libras, el cónyuge recibía esa cantidad en plena propiedad (*absolute interest*) y, además, una tercera parte del remanente en calidad de usufructo vitalicio (*life interest*)¹⁰¹.

La *Administration of Estates Act* de 1925 continuó la tendencia marcada por su predecesora y amplió la protección ofrecida al cónyuge superviviente. Bajo esta ley, sólo en aquellos casos en los que el causante no fuera sobrevivido por su cónyuge heredarían los descendientes la totalidad del patrimonio. En caso de concurrir el cónyuge con descendientes, éste recibía una dotación de mil libras, todos los bienes de uso personal (*personal chattels*¹⁰²) y un derecho en usufructo sobre la mitad del

criticados por KERRIDGE, Roger, "Intestacy reform in 2014: unfinished business", en *Current issues in Succession Law*, Brian Hacker y Charles Mitchell (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 1 - 29. El autor señala que a pesar de ser cierto que gran parte de la población inglesa muere sin haber otorgado testamento, un análisis más detallado de los patrimonios afectados por estas muertes muestra que aquellos causantes con patrimonios de alto valor económico generalmente otorgan testamento antes de morir, mientras que aquellos con patrimonios de bajo valor económico y aquellos que mueren jóvenes o cuya muerte no se preveía en un futuro intermedio, normalmente mueren intestados

⁹⁹ En relación a la protección al cónyuge superviviente, y en particular a las mujeres viudas, mediante la introducción de cambios radicales en la normativa de la sucesión intestada, *vid.* CRETNEY, Stephen, *Family law...*, op. cit., pp. 479-494.

¹⁰⁰ KERRIDGE, Roger, "Intestate succession...", op. cit., p. 328.

¹⁰¹ Por "remanente" entendemos en este caso el patrimonio del causante una vez pagadas las deudas, los gastos funerarios y los impuestos por el *personal representative* y tras abonar la provisión legal que le corresponde al cónyuge superviviente.

¹⁰² El artículo 55(1)(x) de la Ley de Administración de Patrimonios de 1925, hasta la reforma de 2014, definía *Personal Chattels* como: "carruajes, caballos, mobiliario y utensilios para el establo, vehículos

remanente; el resto del patrimonio, en caso de haberlo, se distribuía entre los descendientes. Si no había descendientes ni otros parientes “especificados por ley” (*specified relatives*¹⁰³), el cónyuge se constituía heredero único. En caso de concurrir con otros parientes, el supérstite recibía mil libras en concepto de provisión legal o *statutory provision*, los objetos de uso personal y un derecho en usufructo sobre la totalidad del remanente¹⁰⁴. La razón por la que se fijó la cantidad de la *statutory provision* del cónyuge en mil libras fue, precisamente, intentar que recibiera la totalidad, o la mayor parte, del patrimonio hereditario, ya que durante los debates parlamentarios se había constatado que, en los casos de herencias de un valor de mil libras o menos, el testador designaba heredero universal a su cónyuge en la práctica totalidad de los casos, mientras que cuando la herencia era superior a esa cantidad, una *statutory provision* de mil libras era casi siempre suficiente para que se adjudicara la vivienda familiar al sobreviviente¹⁰⁵.

La *Administration of Estates Act* de 1925 se mantuvo intacta hasta 1952, año en el que se introdujeron una serie de cambios destinados a remediar la situación de precariedad a la que nuevamente se enfrentaban muchas viudas¹⁰⁶. Tras finalizar la Segunda Guerra Mundial, Inglaterra experimentó un alto nivel de inflación y un aumento sustancial de los precios de los inmuebles. Al mismo tiempo, miles de

de motor y sus accesorios, utillaje de jardinería, animales domésticos, cubertería, ropa de hogar [sábanas, manteles, toallas etc.], vajilla, vidrio, libros, cuadros, estampados, muebles, joyas, bienes personales del hogar o decorativos, instrumentos y aparatos musicales o científicos, vinos, licores y bienes consumibles, excluyendo los objetos utilizados por el causante antes de su muerte para el ejercicio de su profesión u oficio, así como dinero en metálico o títulos valores”. Tras la reforma de 2014, *Personal Chattels* se define como: “todos los bienes muebles tangibles, salvo dinero en metálico o títulos valores; bienes que el causante utilizaba, exclusivamente o principalmente, para el ejercicio de su profesión hasta el momento de su muerte o; bienes que el causante poseía hasta el momento de su muerte exclusivamente en concepto de inversión”

¹⁰³ Los parientes especificados por ley como herederos legítimos eran el padre y la madre, los hermanos y hermanas, los abuelos y los tíos y tías.

¹⁰⁴ En caso de haber cónyuge ni descendientes, los parientes especificados por la ley heredaban la totalidad del patrimonio, y a falta de cónyuge, descendientes y parientes, la Corona se constituía heredera bajo el concepto de *bona vacantia* o bienes vacantes o sin propietario.

¹⁰⁵ CRETNEY, Stephen, *Family law...*, op. cit., pp. 480-481. El autor cita los debates parlamentarios en la Cámara de los Lores en los que el Ministro de Justicia (*Lord Chancellor*) señalaba que en el 97% de los casos en los que la herencia del testador es de mil libras o inferior, el cónyuge supérstite heredaba la totalidad de la herencia. Asimismo, el Fiscal General (*Solicitor General*) apuntaba que un 98% de las herencias intestadas tenían en aquel momento un valor inferior a mil libras (p. 481).

¹⁰⁶ Los cambios fueron introducidos por la Ley de Sucesiones Intestadas de 1952 (*Intestates' Estates Act 1952*).

hombres habían muerto en la guerra sin otorgar testamento, lo que dejó a muchas mujeres en una situación de penuria a la que difícilmente podían hacer frente con las mil libras fijadas como *statutory provision*, que ya no eran de ningún modo suficientes para adquirir la propiedad sobre la vivienda familiar¹⁰⁷. Para dar respuesta a esta situación, el gobierno creó un comité, compuesto por reconocidos juristas de diferentes afinidades políticas, con el fin de revisar la normativa aplicable a las sucesiones intestadas (*The Committee on the Law of Intestate Succession*¹⁰⁸). El comité recomendó una subida de la *statutory provision* a cinco mil libras cuando el supérstite concurría con descendientes y a veinte mil cuando no había descendientes, pero sí otros parientes. Este incremento sobrepasaba con mucho la tasa de inflación, pero reflejaba la subida en el costo de la vivienda¹⁰⁹. La expectativa del cónyuge también se vio mejorada en otros aspectos. En caso de concurrir con hijos o descendientes del finado, la viuda o viudo mantenían su derecho de usufructo sobre la mitad del patrimonio remanente, pero si concurría con otros parientes, en lugar de un derecho de usufructo vitalicio (*life interest*) sobre la totalidad del remanente, a partir de ahora el cónyuge supérstite obtendría un derecho de propiedad absoluto (*absolute interest*). También se le reconoció al cónyuge la posibilidad de conmutar el pago de la prestación legal por un derecho de plena propiedad sobre la vivienda, introduciendo así por primera vez en la normativa sucesoria un reconocimiento de la importancia de la vivienda familiar¹¹⁰.

¹⁰⁷ Para un comentario sobre la reforma de 1952, ver CRETNEY, Stephen, "Intestacy reforms...", op. cit., pp. 35-51.

¹⁰⁸ El comité publicó un informe: *Report of the Committee on the Law of Intestate Succession*, 1951, Cmnd_8310.

https://archives.parliament.uk/collections/getrecord/GB61_HL_PO_JO_10_11_128_1421. El comité estuvo presidido por el reputado magistrado Lord Morton, por lo que el informe es coloquialmente conocido como el Informe Morton. Dado que la principal razón de la consulta era investigar la situación en la que se encontraban las viudas intestadas, se consideró que el comité debía de contar con una mujer entre sus miembros, cosa altamente inusual en aquella época. La elegida fue una congresista del partido laborista, Dorothy Rees. CRETNEY, S. (1994), p. 38, relata que, al ser preguntados por las cualificaciones de la congresista para formar parte del comité, un colega respondió que era "una mujer sensata y práctica", lo que refleja la actitud condescendiente que soportaban las mujeres de la época,

¹⁰⁹ SLOAN, Brian, *Borkowski's...*, op. cit., p. 17.

¹¹⁰ CRETNEY, Stephen, *Family law...*, op. cit., p. 484.

Por lo tanto, desde su introducción en 1890, la *statutory legacy* ha marcado la dirección de la política sucesoria inglesa, que, como veremos, ha seguido evolucionando sobre la convicción del legislador de que la voluntad del causante es priorizar el bienestar de su cónyuge, incluso en detrimento de otros miembros de su familia, como los hijos y descendientes.

2.2. La figura del *personal representative*

A diferencia del Derecho español, en el que los herederos se subrogan en los derechos y obligaciones del causante mediante la aceptación de la herencia, en el Derecho de sucesiones inglés, tras la muerte del causante los bienes relictos no pasan a los herederos sino que se adjudican por *personal representative*, que es quien se encarga de la administración y atribución de los bienes hereditarios¹¹¹. El *personal representative* puede ser nombrado por el causante mediante testamento (en cuyo caso se le denomina *executor*) o judicialmente si no hay testamento o el testador no nombró representante (en cuyo caso se le denomina *administrator*)¹¹². Su función consiste en inventariar todos los activos y pasivos del *de cuius*, tras lo cual y, en primer lugar, pagará las deudas de la herencia, los gastos funerarios y los impuestos sucesorios. Así, sólo cuando las cargas y obligaciones de la herencia estén satisfechas, si aún quedan activos (*net assets*), procederá el *personal representative* a distribuirlos entre los herederos¹¹³.

En caso de que el causante muera sin haber designado *personal representative*, las personas que pueden ejercer el cargo están previstas en la ley, siendo necesario que su nombramiento sea autorizado por los tribunales. En efecto, la *Administration of*

¹¹¹ Para un análisis comparativo de la figura del *Personal Representative* con figuras similares existentes en el derecho testamentario español, ver MARTÍNEZ MOTOS, Raquel, "La asimetría...", op. cit., pp. 729-741.

¹¹² KERRIDGE, Roger, "Intestate succession...", op. cit., pp. 324-327.

¹¹³ Explica YBARRA BORES, Alfonso, *La sucesión "mortis causa" de ciudadanos británicos...*, op. cit., p. 19, que "no existe en el Derecho inglés la aceptación de la herencia; frente a lo que acontece en nuestro sistema --donde tras el fallecimiento del causante la propiedad de los bienes pasa directamente a los herederos una vez aceptada la herencia-, en el Derecho inglés los bienes de la herencia pasan siempre a un administrador, quien los conserva, liquida y paga las deudas de la masa hereditaria, organiza los bienes restantes y, si finalmente queda algún remanente (*net assets*), distribuye los bienes entre los herederos".

Estates Act especifica quién está legitimado para solicitar a los tribunales que le otorguen la autorización para actuar como administrador o *personal representative* del patrimonio del causante intestado (*grant of letters of administration*¹¹⁴). El cónyuge viudo o la pareja civil registrada tiene prioridad para solicitar el nombramiento, instituyéndose así representante de la herencia¹¹⁵. Hasta que la autorización es otorgada, la oficina pública del *Public Trustee* ostenta la titularidad del patrimonio y lo administra en beneficio de los eventuales herederos¹¹⁶.

El *personal representative* actúa de modo similar a un *trustee* con poder de venta sobre la herencia¹¹⁷. De hecho, el artículo 33 de la *Administration of Estates Act* utiliza la expresión “tener en trust” o *hold in trust* para describir la relación jurídica que el *personal representative* tiene con el patrimonio del causante hasta el momento en el que la herencia sea liquidada. Sin embargo, aunque el cargo es de naturaleza indudablemente fiduciaria, es importante diferenciar la figura del *personal representative* de la del *trustee*. Ambos tienen el deber de actuar de buena fe, pero mientras el primero tiene como función liquidar la herencia y conservar y administrar la masa hereditaria hasta que pueda distribuirla entre los herederos, el segundo no ejerce su cargo en interés de la herencia sino en interés del individuo concreto en favor del cual se haya creado el *trust*. Esto es importante ya que significa que el cargo del *personal representative* es vitalicio, obligándole a retomarlos si tras liquidar la herencia aparecieran nuevos bienes o se interpusiera una reclamación.

¹¹⁴ Cuando existe testamento, el documento que autoriza al *executor* se denomina *grant of probate*. En relación a la naturaleza jurídica del *grant of representation* como título sucesorio, ver YBARRA BORES, Alfonso, *La sucesión "mortis causa" de ciudadanos británicos...*, op. cit., pp. 21-23.

¹¹⁵ El artículo 22 de la *Non-Contentious Probate Rules 1987 (SI 1987/2024)* establece que el cónyuge y los familiares pueden solicitar la autorización judicial para ser *personal representative* en una sucesión intestada. El orden de preferencia es establecido en base a la expectativa que el solicitante tiene sobre caudal relicto, teniendo prioridad aquellos cuyo derecho sobre la herencia es mayor. En concreto, la ley establece la siguiente lista: El cónyuge o pareja civil registrada, los hijos, los nietos, los padres, los hermanos y hermanas de doble vínculo, los sobrinos y sobrinas, los medios hermanos y hermanas, los hijos de los medios hermanos y hermanas, los abuelos, los tíos y tías, los primos, los medios tíos y tías, los hijos e hijas de los medio tíos y tías.

¹¹⁶ El *Public Trustee* es un cargo nombrado por el Secretario de Justicia o *Lord Chancellor*. Puede encontrarse más información sobre el cargo y sus funciones en la página del gobierno <https://www.gov.uk/government/organisations/official-solicitor-and-public-trustee>

¹¹⁷ Artículo 33(1) de la Ley de Administración de Patrimonios de 1925.

La función del *trustee*, por el contrario, termina cuando el *trust* desaparece¹¹⁸. Es posible que ambas figuras se concentren en la misma persona, pero ésta deberá ejercer sus deberes prestando una atención minuciosa al cargo que ocupa en cada acción que lleve a cabo.

La primera responsabilidad del *personal representative* es pagar las deudas de la herencia, los gastos funerarios y los impuestos sucesorios, para lo que puede utilizar el caudal existente en la herencia o enajenar bienes si fuera necesario¹¹⁹. El remanente, si lo hay, se distribuye entre los herederos, y si no lo hay o si el pasivo es mayor que el activo, el administrador liquida las deudas hasta donde permitan los activos y cierra la sucesión¹²⁰.

La distribución del remanente entre los herederos se lleva a cabo atendiendo a la voluntad del causante si la sucesión es testada o a lo establecido en la ley si la sucesión es intestada. En este último caso, como veremos, el resultado es distinto dependiendo de si el intestado es sobrevivido por su cónyuge o pareja civil, si dejó hijos o no, y si estos concurren a la sucesión con el cónyuge o pareja.

2.3. El cónyuge supérstite y el conviviente superviviente

2.3.1. Asimilación de la pareja civil al cónyuge

En la actualidad, el Derecho inglés reconoce los mismos derechos sucesorios al cónyuge supérstite y al miembro superviviente de la pareja civil registrada, ya sea del mismo o diferente sexo (*civil partnership*).

Inicialmente, en 2004, el legislador reconoció derechos sucesorios a los miembros de una unión extramatrimonial que se registrara como pareja civil, sólo si eran del

¹¹⁸ SAWYER, Caroline y SPERO, Miriam, *Succession, wills, ..., op. cit.*, p. 249.

¹¹⁹ Artículo 33(2) de la Ley de Administración de Patrimonios de 1925.

¹²⁰ El artículo 33(4) de la Ley de Administración de Patrimonios define el término remanente o "*residue*" como todo el capital disponible, fondos obtenidos de la venta de bienes de la herencia, fondos invertidos y todos los bienes de la herencia que no se hayan vendido para cubrir gastos, costos e impuestos y que no sea necesario vender para cubrir los gastos de administración de la herencia.

mismo sexo (*Civil Partnership Act 2004*¹²¹). Esta unión o *partnership* fue diseñada de manera análoga al matrimonio con alguna pequeña diferencia de forma. De hecho, a la ley reguladora de las *civil partnerships* le siguió ocho años más tarde la *The Marriage (Same Sex Couples) Act* de 2013, que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo en Inglaterra y Gales, incorporándose estas también al concepto de “cónyuge” a efectos de la normativa sucesoria. El hecho de que la *Civil Partnership Act* de 2004 limitara la posibilidad de unirse como *civil partners* a las parejas del mismo sexo generó mucha polémica¹²² y, por fin, en 2019, la ley fue reformada, extendiéndose su aplicación a las parejas heterosexuales¹²³.

Por lo tanto, atendiendo a la equiparación del cónyuge y la unión civil registrada, en este capítulo el término cónyuge incluye al *civil partner*, a menos que se especifique lo contrario.

2.3.2. La convivencia *more uxorio*: el conviviente o *cohabitant*

Como acabamos de señalar, el Derecho inglés reconoce derechos sucesorios a las parejas del mismo o diferente sexo que contraen matrimonio y a las parejas del mismo o diferente sexo que registran una unión civil o *civil partnership*. Sin embargo, los convivientes de hecho ubicados fuera de estas dos instituciones no tienen ningún derecho en la sucesión intestada de su pareja¹²⁴.

¹²¹ La *Civil Partnership Act* de 2004 definía a la pareja civil como “*a relationship between two people of the same sex (“civil partners”) which is formed when they register as civil partners of each other in England or Wales*”, que puede traducirse como “la relación entre dos personas del mismo sexo (“pareja civil”) la cual se forma cuando las partes se registran como pareja civil en Inglaterra o Gales”.

¹²² En este sentido, *vid.* GAFFNEY-RHYS, Ruth, “Same sex marriage but not mixed sex partnership: should the Civil Partnership Act 2004 be extended to opposite sex couples?”, *Child and Family Law Quarterly*, núm. 26, 2014, pp. 173-194; DRAGHICI, Carmen, “Equal marriage, unequal civil partnership: a bizarre case of discrimination in Europe”, *Child and Family Law Quarterly*, núm. 29, 2017, pp. 313-338.

¹²³ *The Civil Partnership (Opposite-sex Couples) Regulations 2019* entró en vigor el 2 de diciembre de 2019.

¹²⁴ Desde 1971 hasta el 2012, la Oficina Nacional de Estadística (*Office for National Statistics*), el organismo público encargado de recopilar y publicar información estadística sobre economía, población o temas sociales, llevó a cabo encuestas anuales sobre una amplia variedad de temas familiares, incluido el modelo de familia de las personas encuestadas (las llamadas *General Household Survey*, más tarde reemplazadas por la *General Lifestyle Survey* pueden aún encontrarse en los registros de la *Office for National Statistics* en <https://www.ons.gov.uk/>). Estos sondeos mostraron un aumento significativo y exponencial de la convivencia *more uxorio* en la sociedad inglesa, al tiempo

El debate sobre si los miembros de las llamadas uniones libres o extramatrimoniales deben de ser reconocidos como parte de la “familia sucesoria” de su pareja en la sucesión intestada, hace tiempo que llegó al Parlamento británico. En 1989 la *Law Commission* publicó un informe relativo a la distribución de la herencia del causante en la sucesión *ab intestato* en el que, entre otras cosas, se planteó si los convivientes de hecho debían ser llamados a la sucesión del causante intestado. En aquella ocasión, el órgano asesor consideró que reconocer al conviviente *more uxorio* derechos sucesorios análogos a los del cónyuge sería más perjudicial que beneficioso¹²⁵. Sin embargo, la Comisión no podía ignorar completamente la demanda social que reclamaba el reconocimiento de un modelo de familia cada vez más predominante en Inglaterra, por lo que optó por una solución intermedia y recomendó que se reconociera al conviviente *more uxorio* el derecho reclamar parte de la herencia del causante bajo la normativa de la *family provision*¹²⁶. Esta última propuesta fue aceptada por el Parlamento y, desde 1996, el conviviente supérstite está legitimado para interponer una acción de reclamación de herencia bajo la

que el número de matrimonios disminuía. CRETNEY, Stephen, *Family law...*, op. cit., p. 518, señala que las cifras aportadas por las encuestas de la *ONS* mostraban que, en 1989, más del 10% de los hombres de entre 25 y 34 años y más del 12% de las mujeres de entre 20 y 24 años eran miembros de una pareja de hecho. Estos porcentajes aumentaron significativamente durante los siguientes años. En 1998, el 29% de las mujeres de entre 18 y 49 años describían su modelo familiar como una unión de hecho. Las cifras relativas a los registros de nacimientos también mostraban un aumento en el número de progenitores que no estaban casados y que, al registrar el nacimiento de sus hijos, aportaban el mismo domicilio para la madre y el padre. De acuerdo con este autor, la preeminencia del matrimonio como modelo de familia desapareció en un plazo de tres décadas, entre 1960 y 1990.

¹²⁵ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law: Distribution on Intestacy*, Informe Law Com No 187, 1989. La Comisión no recomendó que el conviviente supérstite fuera reconocido en la sucesión intestada, a pesar de que la mayoría de las personas consultadas se pronunciaron a favor de tal reconocimiento. La Comisión observó que incluir al conviviente de hecho en las normas de la sucesión intestada supondría introducir en la legislación un grado de complejidad inaceptable que daría lugar a numerosas disputas. La justificación se encuentra en el párrafo 58 del informe: “*A few consultees argued that the intestacy rules should automatically provide for cohabitants. This view was shared by the majority of the respondents in the public opinion survey. However, we do not favour this approach. To include cohabitants within the intestacy rules would mean that the simplicity and clarity of the rules would be sacrificed. There would have to be very complex provisions to determine how the property should be divided between, for example, a surviving spouse and a surviving cohabitant. As well as making the rules more complex, it would also increase the cost and cause delays in the administration of estates because disputes could easily arise as to whether a particular individual was a cohabitant.*”

¹²⁶ *Ibid.*, párrafos 59-61.

Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975, modificada en este sentido por la *Law Reform (Succession) Act 1995*¹²⁷.

Doce años después, en 2011, la *Law Commission* volvió a estudiar la conveniencia de reconocer al miembro de una unión de hecho no registrada la condición de heredero legal y, esta vez, concluyó que sí se le deberían de reconocer los mismos derechos sucesorios que al cónyuge supérstite¹²⁸. Este radical cambio de postura se justificó aludiendo al enorme aumento en la sociedad de modelos de convivencia situados fuera del formato del matrimonio o de la pareja registrada¹²⁹, por lo que se había constatado un repunte en la opinión pública sobre la importancia de reconocer al conviviente de hecho un lugar en la sucesión intestada de su pareja¹³⁰. Es más, los testimonios recogidos durante la preparación del informe mostraban que gran parte de los encuestados creían, equivocadamente, que el conviviente *more uxorio* gozaba de los mismos derechos que el cónyuge o la pareja civil en la sucesión intestada. El informe señalaba que, tal vez debido a este error sobre el estatus jurídico del conviviente de hecho, era común que el conviviente muriera intestado dejando a su pareja sobreviviente en situación de desamparo, con el único recurso de acudir a la vía judicial para reclamar parte de la herencia de su pareja bajo la legislación de la *family provision*¹³¹. Ante esta situación, la *Law Commission* declaró que “no es práctico ni deseable” que tantos convivientes tengan que interponer una acción legal para reclamar su derecho como herederos legales y propuso una reforma legislativa que equiparaba al sobreviviente de hecho con el cónyuge supérstite en la sucesión

¹²⁷ En relación a la legitimación activa del conviviente *more uxorio* bajo la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, ver el epígrafe 3.2.1 (c).

¹²⁸ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011.

¹²⁹ En concreto, la Comisión recogió una estadística que mostraba el aumento exponencial que se predecía en el número de personas que formarán parte de una unión de hecho en Gran Bretaña en 2033: de 4.7 millones en 2008 a 7.6 millones en 2033 (*ibid.*, párrafos 8.5 y 8.21).

¹³⁰ Aunque es cierto que la opinión pública se mostró mayoritariamente favorable al reconocimiento de derechos sucesorios para el sobreviviente de hecho, las opiniones fueron más dispares a la hora de especificar qué derechos y en qué circunstancias deberían de ser reconocidos (*ibid.*, párrafos 8.27 – 8.35).

¹³¹ *Ibid.*, párrafo 8.21.

intestada¹³². El proyecto incluía como requisitos de la convivencia de hecho que, i) que el causante no estuviera casado o en una *civil partnership* en el momento de su muerte; y ii) que las partes hubieran cohabitado “como marido y mujer” o “como *civil partners*” durante cinco años en el período inmediatamente precedente a la muerte del causante, o durante dos años si tenían hijos en común¹³³.

Finalmente, el Parlamento no adoptó la propuesta de la *Law Commission* dejando pasar la oportunidad de transformar la posición sucesoria de la pareja *more uxorio*. La cautela del legislador es comprensible teniendo en cuenta que, como veremos a continuación, el cónyuge superviviente recibe un trato extremadamente favorable en la sucesión *abintestato*, reduciendo o, casi siempre, eliminando los derechos sucesorios de los hijos y descendientes. Esta situación, que no presenta grandes problemas cuando los hijos son comunes, es mucho más compleja cuando se trata de familias reconstituidas y los hijos son sólo del causante. Ciertamente, la madeja se enreda aún más cuando el superviviente no sólo no es el progenitor de los hijos del causante, sino que ni siquiera es cónyuge o pareja civil registrada, sino conviviente de hecho. Se ha observado –en mi opinión acertadamente– que la propuesta de reforma fracasó porque el Parlamento no quiso entrar a debatir una cuestión tan polémica como la equiparación de los derechos del conviviente de hecho con los del cónyuge o *civil partner* superviviente, lo que posicionaría al conviviente por delante de los hijos del causante en la sucesión legal¹³⁴. Sin embargo, la reticencia del Parlamento hizo un flaco favor tanto a los convivientes como a los hijos y descendientes del causante, ya que la situación sigue siendo insatisfactoria para ambos y no refleja las actitudes y opiniones expresadas en respuesta a las consultas realizadas por la *Law Commission*. Sin duda, en los próximos años, el legislador inglés tendrá que retomar esta cuestión que difícilmente tendrá en un futuro una respuesta más sencilla que la que hubiera tenido en 2011.

¹³² La propuesta de reforma utilizó como referente las normativas existentes en otras jurisdicciones en las que el conviviente *more uxorio* goza de derechos análogos a los del cónyuge. Estas jurisdicciones incluyeron varios estados australianos (Nueva Gales del Sur, Queensland, Tasmania o Victoria), Nueva Zelanda o Alberta y la Colombia Británica en Canadá.

¹³³ *Ibid.*, Parte 8, párrafos 8.1-8.166, pp. 152-185. La recomendación de equiparación de derechos se encuentra en la Parte 9, párrafos 9.1 a 9.32, pp. 190-191.

¹³⁴ Ver, por ejemplo, KERRIDGE, Roger, “Intestacy reform ...”, op. cit., pp. 26-29.

2.3.3. La predilección por el cónyuge o pareja civil supérstite

Como vimos en los antecedentes históricos, el cambio de enfoque experimentado por la legislación sucesoria a lo largo del siglo XX ha colocado al supérstite inglés en un primer plano en la sucesión del causante, otorgándole en la sucesión intestada, un trato difícilmente mejorable. Eso sí, para acceder a esta posición, el supérstite debe sobrevivir al causante intestado veintiocho días¹³⁵ y el matrimonio o la pareja debe estar vigente en el momento de la muerte.

(a) El causante es sobrevivido por su cónyuge e hijos o descendientes

Cuando el cónyuge supérstite concurre a la herencia con los hijos o descendientes del causante, la totalidad de la herencia se reparte entre ellos, excluyendo a todos los demás familiares. El cónyuge recibe (i) una cantidad de dinero establecida por ley (*statutory legacy*), (ii) los bienes personales o *personal chattels* en su totalidad y, (iii) la mitad del remanente una vez descontados los elementos descritos en (i) y (ii). La otra mitad se reparte entre los hijos.

i. Una cantidad de dinero establecida por ley: statutory legacy

Tal y como vimos en la introducción, desde finales del siglo XIX el Derecho inglés ha desarrollado un sistema sucesorio en el que prima la protección de la familia nuclear y, en particular, del cónyuge supérstite¹³⁶. Mientras en la sucesión voluntaria el principio rector es la libertad de disponer del causante, en la sucesión intestada el objetivo es garantizar la situación sucesoria del cónyuge viudo mediante la adjudicación de una cantidad de dinero fijada por ley, que ha ido aumentando significativamente a lo largo de los años y cuya cantidad debe ser revisada, siempre

¹³⁵ Artículo 46(2A) de la Ley de Administración de Patrimonios, reformado por el artículo 1(1) y (3) de la *Law Reform (Succession) Act 1995*.

¹³⁶ La evolución histórica se trata en el epígrafe 1.2 y, en concreto, el epígrafe 1.2.5 trata las reformas legislativas de finales del siglo XIX y siglo XX.

al alza, cada cinco años¹³⁷. En la actualidad, en caso de concurrir el cónyuge supérstite con hijos o descendientes, la ley le garantiza una cantidad de 270 000 libras, libre de “cargas sucesorias”¹³⁸ y con intereses acumulados desde el momento de la muerte del causante¹³⁹.

En la práctica es habitual que después de que el *personal representative* haya pagado las deudas de la herencia, los gastos funerarios y el impuesto sucesorio, el valor del patrimonio relicto sea menor que la cantidad fijada como *statutory provision*. Durante el debate legislativo que precedió a la *Inheritance and Trustees’ Powers Act* de 2014, se aludió al hecho de que menos del diez por ciento de las herencias intestadas sobrepasan el valor de la *statutory legacy*, de lo que resulta que en el noventa por ciento de los casos el cónyuge recibe la totalidad de la herencia y los hijos no reciben nada¹⁴⁰. Recordemos también que, según las normas del derecho patrimonial inglés, si los cónyuges eran copropietarios de la vivienda familiar (o cualquier otro bien) en calidad de *beneficial joint tenants*, la muerte de un cónyuge causa la extinción automática de su derecho, convirtiéndose el supérstite en titular absoluto del bien en virtud de un “*right of survivorship*” o derecho de supervivencia.

¹³⁷ El concepto de *statutory legacy* se introduce por primera vez en 1890 por la *Intestates’ Estates Act* cuando se establece que, si el cónyuge supérstite concurre con hijos o descendientes, le corresponde una cantidad de 500 libras; cantidad que aumentó entre 1925 y 1952 a 1 000 libras. Durante la Segunda Guerra Mundial, el número de fallecidos en Inglaterra aumentó significativamente y, muchos de ellos, jóvenes, murieron sin haber otorgado testamento, lo que, combinado con las difíciles circunstancias económicas y el alto índice de inflación, llevó a muchas viudas a tener que vender la vivienda familiar para poder hacer frente a sus gastos tras la muerte de su marido. Ante esta situación, el Parlamento británico introdujo una modificación en la ley en 1952, incrementando la *statutory legacy* a 5 000 libras. La siguiente reforma aumentó la cantidad de la prestación a 8 750 libras para el período entre 1967 a 1972; más adelante, entre 1972 y 1977 pasó a ser 15 000 libras; y desde 1977 a 1981 aumentó a 25 000 libras. La *statutory provision* ha seguido aumentando y entre 1981 y 1987 se fijó en 40 000 libras, 75 000 libras desde 1987 a 1993; y 125 000 libras desde 1993 a 2009. En 2009 la cantidad establecida por la *Family Provision (Intestate Succession) Order* fue de 250 000 libras, que aumentó a la actual cifra de 270 000 libras en 2020 bajo la *Administration of Estates Act 1925 (Fixed Net Sum) Order 2020*.

¹³⁸ La Ley de Administración de Patrimonios de 1925 establece que la cantidad asignada al supérstite estará exenta de “cargas sucesorias” (*free of death duties*). Las cargas a las que se refiere la Ley han quedado limitadas en la actualidad al pago del impuesto de sucesiones. De cualquier modo, las transmisiones de propiedad entre marido y mujer, ya sean *inter vivos* o *mortis causa*, están siempre exentas del impuesto de sucesiones.

¹³⁹ El tipo de interés aplicable es el establecido por el Banco de Inglaterra el día del fallecimiento del causante (Art. 46(1A) de la Ley de Administración de Patrimonios, modificado por la *Inheritance and Trustees’ Powers Act 2014*).

¹⁴⁰ KERRIDGE, Roger, “Intestacy reform ...”, op. cit., pp. 15-16.

Esto genera una disminución muy significativa del valor de la herencia del causante, ya que la vivienda normalmente es uno de los activos más valiosos, si no el más valioso, del patrimonio de una persona.

ii. *Los bienes de uso personales o personal chattels*

Además de una cantidad de dinero establecida por ley, el cónyuge viudo recibe en propiedad todos los bienes de uso personal del causante¹⁴¹. El artículo 55(1)(x) de la Ley de Administración de Patrimonios de 1925, hasta su reforma en 2014, definía “*Personal Chattels*” como:

carruajes, caballos, mobiliario y utensilios para el establo, vehículos de motor y sus accesorios, utillaje de jardinería, animales domésticos, cubertería, ropa de hogar [sábanas, manteles, toallas etc.], vajilla, vidrio, libros, cuadros, estampados, muebles, joyas, bienes personales del hogar o decorativos, instrumentos y aparatos musicales o científicos, vinos, licores y bienes consumibles, excluyendo los objetos utilizados por el causante antes de su muerte para el ejercicio de su profesión u oficio, así como dinero en metálico o títulos valores.

Esta definición, claramente anticuada y extensamente criticada tanto por los jueces como por la Comisión Legislativa¹⁴², fue sustituida en 2014 por una definición más sencilla e inclusiva introducida por la *Inheritance and Trustees' Powers Act*:

todos los bienes muebles tangibles, salvo dinero en metálico o títulos valores; bienes que el causante utilizaba, *exclusivamente o principalmente*, para el ejercicio de su profesión hasta el momento de su muerte y bienes que el causante poseía hasta el momento de su muerte exclusivamente en concepto de inversión. (Énfasis añadido)

¹⁴¹ Artículo 46 de la Ley de Administración de Patrimonios de 1925.

¹⁴² Ver *Law Commission* (Comisión Legislativa del Parlamento Británico). (2011). *Intestacy and Family Provision Claims on Death. Informe N° 331*.

Es notable que la nueva definición, además de clarificar el término “*personal chattels*”, contribuye a mejorar la posición del cónyuge supérstite, ya que éste ahora también recibe como objetos personales aquellos bienes que eran utilizados por el causante para el ejercicio de su profesión, pero que no estaban “exclusivamente o principalmente” dedicados a la misma¹⁴³.

iii. *Derecho en propiedad sobre la mitad del remanente*

Además de una cantidad de dinero fija (*statutory legacy*) y todos los bienes de uso personal (*personal chattels*), el cónyuge recibe la mitad del remanente de la herencia en propiedad. La otra mitad se reparte entre los hijos o descendientes.

Hasta las reformas de 2014, el cónyuge viudo recibía la mitad del remanente, pero no a título de propietario absoluto sino bajo un derecho vitalicio denominado *life interest*. El *life interest* otorga a su titular (*life tenant*) un derecho de usufructo sobre la propiedad de duración ilimitada (hasta su muerte) que le autoriza a utilizar los bienes, poseerlos y recibir sus frutos o rentas, pero no le autoriza a enajenarlos (aunque sí que puede arrendarlos temporalmente) y, tras su muerte, no pasan a formar parte de su herencia. A efectos sucesorios, el *life interest* se constituía mediante un *trust* en el que el causante era el *settlor*, el cónyuge viudo el beneficiario y el *personal representative* el *trustee*, complicando así el proceso sucesorio y alargando la labor del *personal representative*¹⁴⁴. A la muerte del cónyuge, la propiedad sobre los bienes pasaba a los hijos. En aras de la simplicidad y, en opinión de la doctrina, para favorecer aún más al cónyuge viudo, la *Inheritance and Trustees' Powers Act* de 2014 eliminó el *life interest* y lo sustituyó por un derecho de propiedad absoluto¹⁴⁵. La consecuencia directa de este cambio fue que la parte de los hijos se redujo aún más, al no recibir automáticamente los bienes tras la muerte del cónyuge supérstite, mientras que la parte que le corresponde al cónyuge aumentó al pasar de tener un derecho de usufructo sobre los bienes a tener el dominio absoluto de los

¹⁴³ Para una discusión más detallada de este tema y, en concreto, un repaso de las sentencias más notables, ver SLOAN, Brian, *Borkowski's...*, op. cit., pp. 24-27.

¹⁴⁴ *Ibid.*, pp. 27-29.

¹⁴⁵ BURNS, Fiona, “Surviving spouses...”, op. cit., pp. 85-118.

mismos. Este cambio se introdujo a propuesta de la Comisión Legislativa del Parlamento británico que, tras considerar los intereses en conflicto y reconociendo que el cambio tendría un impacto negativo sobre los hijos, declaró que lo principal era asegurar que el efecto de la reforma fuese la mejora de la posición del supérstite¹⁴⁶.

(b) El causante es sobrevivido por su cónyuge, pero no hay hijos o descendientes

Cuando el causante no deja descendencia, el cónyuge o pareja civil sobreviviente hereda la totalidad del patrimonio hereditario.

Los parientes por línea ascendente o colateral no heredan nada. Hasta las reformas de 2014, cuando el causante era sobrevivido por sus padres, sus hermanos o sobrinos, el cónyuge recibía 450 000 libras de la herencia del causante en calidad de *statutory provision*, los bienes de uso personal y la mitad del remanente de forma absoluta (es decir, un derecho de propiedad absoluto y no un *life interest*). La otra mitad del remanente se repartía entre los familiares¹⁴⁷. Sin embargo, a partir de la reforma de 2014, cuando no hay hijos o descendientes el cónyuge recibe la totalidad de la herencia.

¹⁴⁶ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES, *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, párrafos 2-58 y 2-59: “A half share is attractive for a number of reasons. Most significantly, there is no case in which a surviving spouse of a person who dies intestate would do less well under this reform than under the current law (...). However, the corollary is that, where the estate exceeds the level of the statutory legacy, the children of the deceased will receive less. They will inherit immediately the same amount as under the current law, but will lose the expectation of the capital subject to the surviving spouse’s life interest on his or her subsequent death. We are persuaded that it is more important to ensure that no surviving spouse would receive less under our reforms than under the current law. As we noted above, consultation responses (...) revealed very strong support for maintaining the priority that is accorded to a surviving spouse under the current intestacy rules”.

¹⁴⁷ Los primeros llamados a heredar eran los padres, a partes iguales, o en su totalidad si solo había uno; a falta de padres eran llamados los hermanos y hermanas; a falta de éstos, eran llamados los sobrinos y sobrinas.

(c) La vivienda matrimonial

El legislador inglés muestra una preocupación especial por asegurar que el supérstite no se vea privado de la vivienda matrimonial (o la residencia habitual de la pareja civil) tras la muerte de su pareja. Como venimos apuntando, una de las principales razones por las que la *statutory legacy* ha aumentado tan significativamente desde su implantación, es la percepción del legislador de que el cónyuge o pareja civil sobreviviente debe recibir una cantidad suficiente para permitirle adquirir la vivienda familiar si ésta no estuviera a su nombre a la muerte del causante.

En el año 2005, el Ministerio de Justicia británico consultó la opinión de la sociedad con respecto a la cantidad de dinero que debía recibir el cónyuge supérstite en calidad de *statutory legacy*¹⁴⁸. La intención del Ministerio de ajustar la legislación a la opinión pública, una práctica ciertamente envidiable, quedó en este caso socavada por la información errónea que contenía el documento consultivo. El documento describía la difícil situación en la que se hallaban miles de viudas y viudos que, a menudo, se veían forzados a vender su vivienda para poder satisfacer la parte de la herencia que correspondía a los hijos u otros familiares del causante. La solución al problema, según el Ministerio de Justicia, consistía en aumentar la *statutory legacy* a 350 000 libras cuando el cónyuge concurría con descendientes y a 650 000 libras en caso de no haber descendientes, para equiparar el incremento de la prestación a la subida del precio de las viviendas¹⁴⁹. El argumento hacía ver que, de no llevarse a cabo este aumento, la mayoría de viudos y viudas no podrían retener sus viviendas¹⁵⁰. En su respuesta a la consulta del gobierno, el jurista KERRIDGE señaló que el Ministerio se había basado en datos erróneos, ya que para calcular la probabilidad estadística de que la *statutory legacy* no fuera suficiente para adquirir

¹⁴⁸ Consulta relativa a la cantidad fijada para la *statutory legacy*: MINISTERIO DE JUSTICIA BRITÁNICO, *Administration of Estates: Review of the Statutory Legacy*, Departamento de asuntos constitucionales, Documento de Consulta, CP 11/05, 2005.

¹⁴⁹ KERRIDGE, Roger, "Intestacy reform ...", op. cit., pp. 8-10.

¹⁵⁰ MINISTERIO DE JUSTICIA BRITÁNICO, *Administration of Estates: Review of the Statutory Legacy*, Departamento de asuntos constitucionales, Documento de Consulta, CP 11/05, 2005, p. 3 y pp. 50-51.

la vivienda matrimonial, sería necesario en primer lugar calcular qué número de causantes eran propietarios únicos de la vivienda (en lugar de copropietarios con su pareja). La consulta se basaba en el hecho innegable de que el precio de las viviendas había aumentado muy por encima del nivel de inflación desde 1993, pero se equivocó al suponer que todos los causantes eran dueños únicos de la vivienda matrimonial. Este error le llevó a afirmar que, de las personas casadas que morían en Inglaterra sin haber otorgado testamento, aproximadamente un 35 por cien eran titulares únicos de sus viviendas. El número correcto era, sin embargo, mucho más cercano a un seis por cien. El Ministerio de Justicia reconoció este error en el informe que publicó tras la consulta¹⁵¹. Las nuevas cifras mostraban que el ochenta por cien de las personas que morían intestadas en Inglaterra eran copropietarias de sus viviendas junto con su cónyuge o pareja en calidad de *beneficial joint tenants*, por lo que, a la muerte del causante, el supérstite copropietario adquiría la propiedad sobre la vivienda *ipso iure*. Por lo tanto, curiosamente, el informe del Ministerio de Justicia acabó probando justo lo contrario de la hipótesis que presentaba, es decir, que la mayoría de los viudos y viudas que compartían vivienda con el causante, recibían un trato muy favorable bajo las normas de la sucesión intestada, ya que a pesar de ser titulares de la vivienda familiar, recibían extensos derechos sobre el caudal relicto¹⁵². A pesar de esta constatación, el informe ministerial recomendó el aumento de la *statutory legacy*, aunque el incremento fue menor que el originalmente propuesto (250 000 libras en caso de concurrir cónyuge y descendientes, y 450 000 libras si no había descendientes)¹⁵³.

Como ya se ha indicado, la última reforma introducida por la *Inheritance and Trustees' Powers Act* en 2014, volvió a mejorar el estatuto del cónyuge al establecer que la cantidad de la *statutory legacy* debe ser revisada cada cinco años y sólo puede

¹⁵¹ MINISTERIO DE JUSTICIA BRITÁNICO, *Administration of Estates: Review of the Statutory Legacy*, Departamento de asuntos constitucionales, Documento de Consulta, CP 11/05, 2005. El informe, originalmente publicado en 2005, fue modificado en 2008. El Anexo III de la versión modificada contiene las cifras que nos interesan aquí con respecto al porcentaje de viviendas en *joint ownership* en Inglaterra y Gales.

¹⁵² En 2005, el derecho del supérstite sobre la mitad del remanente todavía era un derecho de usufructo vitalicio (*life interest*). Este derecho pasó a ser un derecho en propiedad tras las reformas de 2014.

¹⁵³ KERRIDGE, Roger, "Intestacy reform ...", op. cit., p. 9.

ser incrementada y nunca reducida. En efecto, en 2020 la cantidad se incrementó de 250 000 libras a la actual de 270 000 libras¹⁵⁴. La justificación del aumento continúa siendo la convicción del legislador de que la *statutory legacy* tiene que aumentar al mismo ritmo que los precios de las viviendas para evitar que el cónyuge viudo pierda su casa, haciendo caso omiso de la clara prevalencia del régimen de copropiedad *beneficial joint ownership*.

Otro elemento contemplado en la normativa sucesoria para asegurar la permanencia del supérstite en la vivienda matrimonial son las disposiciones relativas a la adjudicación de dicha vivienda. En los pocos casos en los que el cónyuge no hereda la totalidad del patrimonio (cuando concurre con descendientes y el patrimonio excede la suma de la *statutory legacy* y los *personal chattels*) y la vivienda no le pertenece por virtud del derecho de supervivencia, la ley le ofrece tres formas distintas de adquirir la vivienda matrimonial¹⁵⁵.

La primera opción es que el *personal representative* adjudique la vivienda al supérstite en pago de la *statutory legacy*, *personal chattels* y/o la mitad del remanente, dependiendo del valor de la vivienda. La posibilidad de adjudicar un bien concreto de la herencia en pago de un legado u otro derecho sucesorio, es uno de los poderes otorgados al *personal representative* desde la primera versión de la ley de Administración de Patrimonios en 1925, pero requiere que el bien adjudicado no tenga un valor superior al derecho que se conmuta¹⁵⁶. La única excepción a esta regla se admite en relación a la vivienda familiar, en cuyo caso, si el valor de la vivienda supera la parte de la herencia que le corresponde al cónyuge o pareja civil, éste aún puede adquirirla mediante pago al *personal representative* de la diferencia, utilizando su propio dinero (*equality money*)¹⁵⁷. La segunda opción con la que

¹⁵⁴ Anexo 1A de la Ley de Administración de Patrimonios de 1925 y la *Administration of Estates Act 1925 (Fixed Net Sum) Order 2020*.

¹⁵⁵ Es interesante observar que la ley no requiere que el causante habitara en la vivienda matrimonial con su cónyuge, sino que es suficiente con que el supérstite viviera en ella en el momento de la muerte del causante (párrafo 1(1) del Anexo II de la *Intestates' Estates Act 1952*). Ver también SLOAN, Brian, *Borkowski's...*, op. cit., p. 29-32; KERRIDGE, Roger, *The Law of Succession*, op. cit., pp. 14-15.

¹⁵⁶ Artículo 41 de la Ley de Administración de Patrimonios de 1925.

¹⁵⁷ Párrafo 5(2) del Anexo II de la *Intestates' Estates Act 1952*.

cuenta el supérstite es la de requerir al *personal representative* que le adjudique la vivienda que habita en el momento de la muerte del causante toda vez que ésta forme parte del remanente. Cabe apreciar que sólo el cónyuge o pareja civil gozan del derecho de requerir que se les atribuya un bien concreto¹⁵⁸. Finalmente, si el supérstite actúa como *personal representative*, la ley le permite comprar la vivienda familiar antes de que la herencia sea repartida, siempre y cuando no sea el único *personal representative* o, en caso de serlo, obtenga autorización judicial¹⁵⁹.

2.4. Los hijos y descendientes (*issue*)

Como ya hemos visto, cuando los hijos o descendientes (por naturaleza o por adopción) concurren con el cónyuge supérstite, la normativa sucesoria les asigna la mitad del remanente hereditario, es decir, la mitad de lo que quede una vez pagadas las deudas, los gastos y los impuestos sucesorios y satisfechos los derechos del cónyuge supérstite.

Cuando no hay cónyuge sobreviviente, los hijos y descendientes reciben la totalidad de la herencia. Los hijos son llamados en primer lugar, a partes iguales¹⁶⁰. Si uno de los hijos del causante le premuere, los hijos del premuerto (nietos del causante) heredan en representación de su padre o madre, en cuyo caso los nietos heredan por estirpes la porción que le hubiera correspondido a su progenitor¹⁶¹

Resulta curioso que el lenguaje legislativo inglés aún utiliza el término, un tanto arcaico, *issue* para referirse a los descendientes en línea recta, ignorando el intento de la *Law Commission* de modernizar el lenguaje sucesorio con el uso de “descendientes”, término más acorde con el lenguaje actual. En cualquier caso, *issue*, incluye todos los parientes del causante en línea recta descendente, siempre y cuando estén vivos en el momento de su muerte (se incluye al *nasciturus*). Asimismo, la filiación adoptiva produce los mismos efectos que la filiación

¹⁵⁸ Párrafo 1(1) del Anexo II de la *Intestates' Estates Act 1952*.

¹⁵⁹ Párrafo 5(2) del Anexo II de la *Intestates' Estates Act 1952*.

¹⁶⁰ Artículo 47(1)(i) de la Ley de Administración de Patrimonios de 1925.

¹⁶¹ *Ibid.*

natural¹⁶². Hasta la reforma legislativa introducida por la *Family Law Reform* en 1969, los hijos nacidos fuera de matrimonio (aún denominados “ilegítimos” en el Derecho inglés) no tenían derechos sucesorios si sus padres morían intestados¹⁶³. La situación cambió parcialmente con la entrada en vigor de dicha ley, que reconoció los mismos derechos a todos los hijos, independientemente de si habían nacido dentro o fuera del matrimonio¹⁶⁴. Sin embargo, la reforma no alteró la posición de los hijos extramatrimoniales con respecto a la herencia de sus hermanos, tíos o abuelos, en relación a la cual no se les reconocía derecho alguno, al igual que éstos no tenían derechos sobre la herencia del hijo extramatrimonial. En caso de que éste muriera intestado y sus padres no le sobrevivieran, su patrimonio pasaba al Estado¹⁶⁵. Finalmente, en 1987, la *Family Reform Act* estableció que las relaciones familiares entre dos personas deben fijarse a efectos legales sin referencia alguna al estado civil de sus padres, lo que permitió que los hijos nacidos fuera del matrimonio heredaran y fueran heredados por sus familiares en la sucesión intestada¹⁶⁶.

En caso de que los hijos y descendientes sean llamados a la herencia cuando aún son menores de edad, los bienes hereditarios se depositan en un *trust* creado por disposición legal (*statutory trust*) hasta que alcancen la mayoría de edad o contraigan matrimonio¹⁶⁷. Mientras tanto, el titular de la “propiedad legal” de los bienes hereditarios (*legal ownership*) es el *trustee*, mientras que el menor, beneficiario del *trust*, ostenta un derecho de propiedad “en equidad” (*beneficial ownership*). En la sucesión intestada el *trustee* es, normalmente, aunque no necesariamente, el *personal representative* y sus funciones incluyen administrar la propiedad en beneficio de los descendientes y sufragar sus gastos de

¹⁶² Artículos 67 y 144(4) de la *Adoption and Children Act 2002*.

¹⁶³ SAWYER, Caroline y SPERO, Miriam, *Succession, wills, ...*, op. cit., p. 163; KERRIDGE, Roger, *The Law of Succession*, op. cit., p.18; SLOAN, Brian, *Borkowski's...*, op. cit., p. 33.

¹⁶⁴ Artículo 14 *Family Law Reform 1969*.

¹⁶⁵ SAWYER, Caroline y SPERO, Miriam, *Succession, wills, ...*, op. cit., p. 163; KERRIDGE, Roger, *The Law of Succession*, op. cit., p. 18; SLOAN, Brian, *Borkowski's...*, op. cit., p. 33.

¹⁶⁶ Artículo 18 *Family Reform Act 1987*.

¹⁶⁷ Artículo 47 de la Ley de Administración de Patrimonios de 1925. La mayoría de edad se alcanza a los 18 años y la edad mínima para casarse es de 16 años. Hasta la entrada en vigor de la *Family Law Reform Act 1969*, la mayoría de edad no se alcanzaba hasta los 21 años.

mantenimiento, alimentos, educación etc. Al alcanzar la mayoría de edad o contraer matrimonio, el *trust* se disuelve y el hijo o descendiente adquiere el dominio absoluto sobre los bienes¹⁶⁸.

Si los descendientes llamados a heredar no alcanzan la mayoría de edad ni contraen matrimonio, nunca llegan a adquirir el dominio sobre los bienes. Es decir, el *trust* se crea *ipso iure* en el momento de la muerte del causante y el menor adquiere en ese momento un derecho en equidad a recibir los frutos del capital que gestiona el *trustee*. Sin embargo, no tendrá la capacidad jurídica necesaria para ser titular del bien hasta alcanzar los 18 años o casarse. Si esto nunca llega a suceder, su parte acrecerá a los coherederos (a menos que tuviera descendientes, en cuyo caso entraría en juego el derecho de representación¹⁶⁹). Si ninguno de los hijos o descendientes alcanza la capacidad jurídica requerida por ley, se entiende que estamos ante una sucesión sin hijos o descendientes y los bienes pasan a la siguiente categoría de herederos (o, en el caso de concurrir con el cónyuge, éste hereda la totalidad del patrimonio)¹⁷⁰.

2.5. Otros parientes

Cuando el causante no es sobrevivido por su cónyuge o *civil partner* ni deja hijos o descendientes, la ley defiere la herencia a los parientes del difunto. Los primeros llamados a heredar son la madre y el padre por partes iguales, a menos que sólo viva uno de los progenitores, en cuyo caso heredará la totalidad del patrimonio¹⁷¹. A falta de progenitores, suceden los hermanos y hermanas de doble vínculo, a los que se les aplican las mismas normas relativas a los *statutory trusts* que a los hijos¹⁷². En caso de no existir hermanos y hermanas de doble vínculo, heredan los medio hermanos, también bajo *statutory trust*. En ausencia de las categorías anteriores, suceden los

¹⁶⁸ SAWYER, Caroline y SPERO, Miriam, *Succession, wills, ...*, op. cit., p. 164; KERRIDGE, Roger, *The Law of Succession*, op. cit., pp. 16-17, SLOAN, Brian, *Borkowski's...*, op. cit., pp. 35-36.

¹⁶⁹ Artículo 47(4B) de la Ley de Administración de Patrimonios de 1925.

¹⁷⁰ Artículo 47(2A) de la Ley de Administración de Patrimonios de 1925.

¹⁷¹ Artículo 46(1)(iii) de la Ley de Administración de Patrimonios de 1925.

¹⁷² Artículo 46(1)(v) de la Ley de Administración de Patrimonios de 1925.

abuelos por partes iguales y, en caso de existir sólo uno, heredará aquél la totalidad del patrimonio. Tras los abuelos heredan los tíos y tías de doble vínculo y finalmente los medio tíos y tías¹⁷³.

2.6. El Estado: *bona vacantia*

A falta de cónyuge o *civil partner*, hijos o descendientes o parientes con derecho a heredar, el *personal representative* adjudica la herencia del causante a la Corona (*the Crown*) en una sucesión denominada *bona vacantia*¹⁷⁴.

La Corona, bajo su absoluta discreción, puede realizar pagos a personas que hayan sido económicamente dependientes del causante en vida de éste o en favor de las cuales hubiera sido “razonable” que el causante hubiera dispuesto una prestación económica, independientemente de si les unía una relación de parentesco o no. Estos pagos se realizan a discreción del Estado, sin que exista una legitimación activa para reclamarlos¹⁷⁵.

En caso de que el llamado a heredar repudiara la herencia (tanto en la sucesión voluntaria como en la legítima), se le tratará como si hubiera premuerto al causante, por lo que no se considerará que la herencia es *bona vacantia*, sino que se constituye heredero aquel a quien le hubiera correspondido serlo en caso de que el designado heredero hubiera premuerto al causante¹⁷⁶.

2.7. Cónyuge *versus* descendientes: la apuesta del legislador inglés

Sin duda, determinar qué familiares, en qué orden y en qué medida deben beneficiarse del patrimonio del causante en ausencia de testamento, representa un reto en todos los ordenamientos jurídicos. Como reiteradamente venimos señalando, a principios del siglo XX el legislador inglés introdujo un marcado giro en

¹⁷³ Artículo 46(1)(v) de la Ley de Administración de Patrimonios de 1925.

¹⁷⁴ Literalmente “bienes sin dueño”.

¹⁷⁵ KERRIDGE, Roger, *The Law of Succession*, op. cit., pp. 20-21.

¹⁷⁶ SAWYER, Caroline y SPERO, Miriam, *Succession, wills, ...*, op. cit., p. 167.

su política legislativa optando firmemente por un sistema sucesorio legal que, sobre todo y a pesar de todos, protegiera al cónyuge sobreviviente. Lo que empezó con un derecho, más bien modesto, a recibir una pequeña cantidad de dinero siempre y cuando el cónyuge no concurriera a la sucesión con descendientes, se ha convertido en un derecho que, a menudo, le atribuye la totalidad del patrimonio hereditario.

Es inevitable preguntarse, ante un giro tan radical y, aparentemente, inexorable, si el péndulo se ha inclinado demasiado a favor del cónyuge y en perjuicio de los hijos y descendientes. Las normas de la sucesión intestada han pasado de procurar la preservación de los bienes de la familia para futuras generaciones, a priorizar casi absolutamente los intereses del supérstite. Mientras los derechos sucesorios del cónyuge están perfectamente definidos en la ley, los derechos sucesorios de los hijos quedan indeterminados, dependiendo primero de si concurren con el viudo o *civil partner* supérstite y, después, del tamaño de la herencia. Las claves para entender este cambio de enfoque se encuentran en los informes de la *Law Commission* que venimos mencionando y que analizamos en más detalle a continuación.

2.7.1. Informe publicado por la Law Commission en 1989

En 1989 la *Law Commission* publicó un informe que tituló *Family Law: Distribution on Intestacy*¹⁷⁷. Por primera vez, el informe se basó en los resultados de extensas consultas de opinión en materia de sucesiones¹⁷⁸. Hasta entonces, el método utilizado por la Comisión para conocer la voluntad sucesoria presunta del causante medio (*presumed intention*), había consistido en revisar regularmente cientos de testamentos redactados en condiciones diversas por testadores diferentes¹⁷⁹. De este modo, se intentaba reproducir en la sucesión legal el testamento que el causante hubiera escrito si hubiera tenido la oportunidad. Sin embargo, para la preparación

¹⁷⁷ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law: Distribution on Intestacy*, Informe Law Com No 187, 1989.

¹⁷⁸ Creo que esta práctica de la *Law Commission* de consultar la opinión de la sociedad antes de elaborar las propuestas legislativas que presenta al Parlamento es verdaderamente envidiable y, sin duda, es una forma directa y eficaz de ajustar las leyes a la realidad social.

¹⁷⁹ PARLAMENTO BRITÁNICO, *Report of the Committee on the Law of Intestate Succession*, Comité Parlamentario, 1951, Cmnd. 8310, p. 3.

de este informe, el órgano asesor del Parlamento abandonó este método (al menos como recurso principal) y se basó en extensas encuestas de la opinión pública, así como en consultas realizadas a la profesión jurídica¹⁸⁰.

El informe publicado en 1989 propuso cambios importantes en la normativa sucesoria, algunos de los cuales fueron adoptados y contribuyeron a consolidar la tendencia hacia un sistema que priorizaba al cónyuge superviviente sobre los demás familiares. Sin embargo, la propuesta más radical no fue aceptada por el Parlamento, ya que planteaba un sistema sucesorio que podría resumirse como “todo para el cónyuge en todos los casos”, independientemente de la existencia de otros familiares.

La propuesta de la *Law Commission* se fundamentaba en dos objetivos principales: por un lado, otorgar al superviviente un estatuto sucesorio adecuado que le permitiera seguir habitando en la vivienda matrimonial y, por otro, construir un sistema sucesorio sencillo, que fuera fácil de entender y de aplicar¹⁸¹. A partir de ahí, y teniendo en cuenta que una consulta previa había constatado la preocupación de la sociedad por la situación económica del superviviente tras la muerte de su pareja, la Comisión entendió que era infinitamente preferible adjudicar la totalidad de la herencia del causante al cónyuge superviviente antes que introducir un sistema de sucesión legal complicado, que no fuera fácil de aplicar¹⁸².

Una vez establecido que lo principal era diseñar una ley simple y clara, se pasó a analizar la posición en la que quedaban tanto el cónyuge superviviente como los hijos

¹⁸⁰ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law: Distribution on Intestacy*, Documento de consulta Law Com CP 108, 1988. Tras considerar la metodología utilizada hasta entonces, la Comisión decidió que la intención presunta del testador medio raramente constituye el enfoque adecuado para la sucesión intestada. El testador medio normalmente ha estado casado durante largo tiempo y tiene una idea bien formada de quién debe heredar su patrimonio, así como unas circunstancias propias que se reflejan en su testamento como, por ejemplo, las consideraciones fiscales. Con respecto a estas últimas, la Comisión observó que muchas disposiciones testamentarias, lejos de reflejar la voluntad del testador, reflejan cómo ha ordenado sus bienes para obtener la mayor ventaja fiscal y evitar pagar impuestos sucesorios. Por lo tanto, los testamentos pueden ser indicativos de la voluntad del testador medio, pero no sirven como base única ni principal de la normativa sobre sucesión legítima.

¹⁸¹ *Ibid.*, párrafos 25 y 26.

¹⁸² *Ibid.*, párrafos 28-36.

del causante, para determinar quién estaba más necesitado de protección. El análisis planteaba que en una sociedad en la que la esperanza de vida ha aumentado de forma significativa, la edad media del causante intestado es, lógicamente, también mayor. Asimismo, dado que los hombres por lo general mueren antes que las mujeres, el escenario más habitual es que el cónyuge supérstite sea mujer y que sobreviva a su marido un número de años, mientras que sus hijos posiblemente sean adultos de mediana edad, con recursos económicos suficientes para mantenerse a sí mismos sin necesidad de recurrir al patrimonio del causante¹⁸³. Siendo esto así, la Comisión concluyó que el interés más necesitado de protección era el de la viuda y recomendó que, para protegerlo, se le adjudicara la totalidad de la herencia, a pesar de que la consecuencia fuera que no se atribuyera a los hijos ningún derecho sucesorio. Esta conclusión, aparentemente obvia en el escenario descrito por el órgano asesor, tiene difícil encaje, sin embargo, en una situación en la que existan hijos menores o discapacitados, particularmente cuando no lo son del cónyuge supérstite. La Comisión despachó este asunto de un modo, a mi parecer, excesivamente simplista, apuntando que los hijos menores están mejor protegidos cuanto mayor sea la provisión para el supérstite, quien “generalmente se hace cargo de su manutención”¹⁸⁴. Esta generalización puede ser acertada en los casos de hijos comunes (y, aun así, no siempre), pero no cuando los hijos del causante no lo son también del cónyuge supérstite.

De hecho, la propuesta de “todo para el cónyuge” no fue aceptada precisamente porque no daba respuesta a la situación de los hijos y descendientes¹⁸⁵. El Parlamento británico no se atrevió a adoptar una medida cuya consecuencia directa era privar a los hijos de derechos sucesorios siempre que el cónyuge sobreviviera al causante. Tal y como se expuso durante los debates parlamentarios, a pesar de que

¹⁸³ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law: Distribution on Intestacy, Documento de consulta Law Com CP 108, 1988*, párrafo 4.5.

¹⁸⁴ *Ibid.*, párrafo 4.5; LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law: Distribution on Intestacy, Informe Law Com No 187, 1989*, párrafo 37.

¹⁸⁵ CRETNEY, Stephen, “Intestacy reforms...”, *op. cit.*, p. 51; BURNS, Fiona, “The changing patterns...”, *op. cit.*, pp. 487-488; KERRIDGE, Roger, “Intestate succession...”, *op. cit.*, pp. 333-334; KERRIDGE, Roger, “Intestacy reform ...”, *op. cit.*, pp. 4-8; O’SULLIVAN, Kathryn, “Distribution of intestate estates in non-traditional families. A way forward?”, *Common Law World Review*, vol. 46, núm. 1, pp. 21-41.

las consultas realizadas confirmaban que la sociedad inglesa era partidaria de mejorar la situación sucesoria del cónyuge, también mostraban una preocupación por la despatrimonialización que sufrirían los hijos del causante en caso de que el superviviente recibiera la totalidad de la herencia, sobre todo en el caso de las familias reconstituidas¹⁸⁶. Lord Mishcon, en su intervención en la Cámara de los Lores, hizo hincapié en este punto:

Tanto yo como muchos miembros de la profesión jurídica, así como especialistas en Derecho de familia, estamos profundamente preocupados por la recomendación indiscriminada de la Comisión de adjudicar todo al cónyuge superviviente, incluso cuando el causante es sobrevivido por sus hijos. Entiendo perfectamente el deseo de la Comisión de garantizar que las normas sobre la sucesión intestada ofrezcan seguridad jurídica y sean claras y simples, tanto para su comprensión como para su aplicación. Pero si [esta simplicidad] da lugar a demasiados casos de difícil solución, debe concluirse que la legislación es deficiente¹⁸⁷.

2.7.2. Informe publicado por la Law Commission en 2011

Siguiendo con la tendencia establecida en 1989, la Comisión Legislativa se basó en encuestas, grupos focales y sondeos de opinión para elaborar un informe en 2011 que tituló *Intestacy and Family Provision Claims on Death*¹⁸⁸. Las encuestas confirmaron actitudes positivas hacia una sucesión intestada favorable no sólo al cónyuge superviviente y a la pareja civil, sino, como ya adelantamos, también a la pareja de hecho que cohabitaba con el finado¹⁸⁹. La opinión pública también se mostró

¹⁸⁶ PARLAMENTO BRITÁNICO, Debates Parlamentarios, Cámara de los Lores, 16 de junio 1992, volumen 538, columnas 171 y 172. Recuperado de <https://hansard.parliament.uk/Lords/1992-06-16/debates/65675bb4-03b7-4cc5-ad52-6fc71c254dca/IntestacyLawCommissionReport>

¹⁸⁷ *Ibid.* Texto original: “I am, however, unhappy, as are many members of the legal profession and those familiar with family problems, about the Commission’s unqualified recommendation that a surviving spouse gets all even where there are children of the intestate surviving. I appreciate to the full the desire of the Commission that intestacy rules should be certain, clear and simple both to understand and to operate. But if that is liable to produce too many hard cases, it makes bad law”.

¹⁸⁸ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, párrafos 1.30-1.35.

¹⁸⁹ En referencia al conviviente *more uxorio*, ver epígrafe 2.3.2.

preocupada por la situación de los hijos del causante, principalmente si eran menores o discapacitados y si el causante había contraído segundas nupcias. A pesar de contar con toda esta información, las propuestas legislativas elaboradas por la Comisión sólo reflejaron las actitudes favorables al cónyuge o pareja civil y a la pareja conviviente, pero ignoraron la preocupación expresada en relación a los hijos menores, discapacitados o de primeros matrimonios¹⁹⁰.

(a) Predilección por el cónyuge, pero sin dotación absoluta

Actuando esta vez con más cautela, la *Law Commission* no recomendó que el cónyuge superviviente recibiera la totalidad de la herencia en todos los casos, aunque argumentó que, en ciertas circunstancias (principalmente cuando no había hijos de un primer matrimonio), dicha propuesta contaba con el apoyo de la opinión pública¹⁹¹. Sin embargo, recomendó una serie de cambios que, aplicados en su totalidad, supusieron que, en la práctica, el cónyuge recibiría la totalidad del patrimonio del causante en la gran mayoría de los casos.

Las dos propuestas principales fueron las siguientes: primero, cuando no hubiera descendientes, el cónyuge recibiría la totalidad de la herencia, es decir, ya no tendría que compartirla con los padres o hermanos y hermanas del causante¹⁹²; y segundo, cuando el cónyuge concurriera con descendientes, se mantendría la distribución existente (la *statutory legacy*, los *personal chattels* y la mitad del remanente), excepto que, a partir de ahora, el derecho sobre la mitad del remanente no sería en usufructo sino en propiedad¹⁹³. De esta manera, se aumentaban los derechos del cónyuge, con la correspondiente disminución de los derechos sucesorios de los hijos, que perdían la nuda propiedad sobre la mitad del remanente. La Comisión reconoció que el cambio tendría un impacto negativo sobre los descendientes, pero

¹⁹⁰ KERRIDGE, Roger, "Intestate succession...", op. cit., p. 338, apunta a este respecto que "parece que a la Comisión Legislativa no le gustaban las complicaciones, pero, en su intento de evitarlas, tuvo que ignorar los resultados de las encuestas de la opinión pública que ella misma había encargado".

¹⁹¹ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, párrafos 2.28-2.38.

¹⁹² *Ibid.*, párrafo 2.25. Recomendación 9.1.

¹⁹³ *Ibid.*, párrafos 2.58-2.59 y 2.62. Recomendación 9.2.

consideró que estaba justificado a cambio de mantener la simplicidad del sistema y garantizar que cualquier cambio que se introdujera fuera siempre en beneficio del cónyuge superviviente, ya que así lo reclamaba la sociedad¹⁹⁴. Este es un claro ejemplo de cómo el órgano asesor del Parlamento utilizó las partes de los sondeos de opinión que le interesaban, ignorando las que no encajaban tan fácilmente con su objetivo de evitar introducir medidas complejas en la legislación.

El informe propuso otros dos cambios de menor calado, pero que junto con las recomendaciones principales contribuyeron a consolidar la posición de cónyuge como heredero principal y, casi siempre, único. Por un lado, se propuso la expansión del concepto de “*personal chattels*”, que ahora podía incluir bienes utilizados por el causante en el ejercicio de su profesión, siempre que no estuvieran “principalmente” dedicados a la misma¹⁹⁵. Por otro lado, aunque no se propuso aumentar la *statutory provision* en aquel momento, sí se propuso que su cantidad fuera revisada cada cinco años, teniendo en cuenta el índice de precios al consumo y no pudiendo nunca ser revisada a la baja¹⁹⁶. De este modo, la Comisión quiso garantizar que la cantidad de la *statutory legacy* siempre fuera suficiente para que el superviviente pudiera permanecer en la vivienda familiar en los casos en los que ésta no hubiera pertenecido a ambos esposos en régimen de *beneficial joint ownership*¹⁹⁷.

Como ya se ha apuntado, la referencia al precio de la vivienda a la hora de establecer la cantidad de la *statutory legacy* pierde su sentido en aquellos casos en los que el superviviente es copropietario en calidad de *beneficial joint owner*, razón por la que parte de la doctrina considera, en mi opinión acertadamente, que el modo en el que se ejerce la propiedad sobre la vivienda es un dato fundamental a la hora de determinar la cantidad de prestación legal¹⁹⁸. Y es que, teniendo en cuenta que la

¹⁹⁴ *Ibid.*, párrafos 2.58-2.59.

¹⁹⁵ El cambio en la definición de *personal chattels* se ha tratado en el epígrafe 2.3.3 (a)(ii).

¹⁹⁶ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, párrafos 2.122-2.128. Recomendación 9.4.

¹⁹⁷ *Ibid.*, párrafo 2.122. En relación al régimen de copropiedad *beneficial joint ownership*, ver epígrafe 1.1.1.

¹⁹⁸ KERRIDGE, Roger, “Intestacy reform ...”, op. cit., pp. 8-10; BURNS, Fiona, “The changing patterns...”, op. cit., pp. 496-498, SLOAN, Brian, *Borkowski’s...*, op. cit., p. 32.

principal razón por la que la *statutory legacy* se fija en una cantidad tan alta, es la necesidad de asegurar la permanencia del supérstite en la vivienda familiar, parece obvio que dicha cantidad debería de ser ajustada cuando la propiedad de dicha vivienda pasa automáticamente al supérstite. Lamentablemente, la Comisión consideró que esta variable introduciría demasiada complejidad en la sucesión legal y dejó pasar la oportunidad de acometer una reforma que hubiera mejorado la posición de los descendientes sin causar un perjuicio excesivo al supérstite¹⁹⁹.

Finalmente, todas las recomendaciones del informe de 2011 descritas en este epígrafe fueron incorporadas a la *Administration of Estates Act* por la *Inheritance and Trustees' Powers Act 2014*.

(b) Hijos y descendientes: los grandes perjudicados

A pesar de que la Comisión no llegó a recomendar que el cónyuge o pareja civil supérstite heredara la totalidad de la herencia del causante en todos los casos, como se ha visto, la combinación de sus propuestas vino a dar el mismo resultado. El derecho reconocido a los hijos sobre la mitad del remanente de la herencia de su progenitor una vez satisfechos los derechos del supérstite es, en la mayoría de los casos, puramente simbólico. La propia Comisión reconoció en su informe que en el noventa por cien de los casos en los que el supérstite concurría a la herencia con descendientes, aquel heredaba la totalidad del patrimonio. Este porcentaje aumentaba al noventa y ocho por cien cuando no había descendientes, pero sí hermanos o ascendientes²⁰⁰. A pesar de esto, en lugar de proponer medidas que mejoraran la situación de los descendientes, nuevamente se recomendaron medidas que mejorarían aún más la situación del cónyuge o pareja civil supérstite.

¹⁹⁹ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, párrafo 2.47. La *Law Commission* mantuvo que sus consultas revelaban poco interés en vincular la cantidad de la *statutory legacy* a la titularidad de la vivienda.

²⁰⁰ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, párrafo 2.6.

Como ya vimos, la *Law Commission* mantuvo en su informe de 1989 que la mejor manera de proteger los intereses de los hijos menores de edad era reforzar la situación del supérstite, al entender que éste tiene la obligación de cuidarles y mantenerles²⁰¹. Esta postura está basada en la denominada “*conduit theory*”, según la cual el cónyuge sobreviviente actúa como conducto de los bienes del causante, transfiriéndoselos a los hijos tras su muerte y utilizándolos entretanto para su propio sustento y el de sus hijos²⁰². De acuerdo con esta teoría, no se les niegan los derechos sucesorios a los hijos, sino que se simplemente se posponen²⁰³. Sin embargo, tal y como ya se dijo, la afirmación de que el supérstite cuidará y mantendrá a los hijos del causante presenta problemas cuando no es el progenitor de dichos hijos. En efecto, mientras la teoría de la conducción de bienes de padres a hijos se cumple en la mayoría de los casos en que los hijos del causante lo son también del supérstite (aunque inevitablemente no en todos), cuando los hijos son sólo del causante, es raro que el supérstite se haga cargo de ellos y, más aún, que les transmita los bienes heredados del causante tras su propia muerte²⁰⁴. La propia Comisión reconoció que el cónyuge o pareja no es un conducto fiable en los casos en los que los hijos no son suyos, pero consideró –en mi opinión desacertadamente– que esta circunstancia no justificaba la introducción de reformas que inevitablemente introducirían un mayor grado de complejidad en el sistema sucesorio. Sin embargo, como si intuyera que la decisión de no introducir ninguna cautela para el caso de las familias reconstituidas exigía una mayor justificación, el órgano asesor añadió, de un modo un tanto cuestionable, que tratar de forma diferente al supérstite dependiendo de la existencia de hijos de relaciones previas,

²⁰¹ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law: Distribution on Intestacy*, Informe Law Com No 187, 1989, párrafo 37.

²⁰² En relación a la teoría de conducción de bienes de padres a hijos, ver KERRIDGE, Roger, “Intestate succession...”, op. cit., pp. 337-338; O’SULLIVAN, Kathryn, “Distribution of intestate...”, op. cit., pp. 25-27.

²⁰³ O’SULLIVAN, Kathryn, “Distribution of intestate...”, op. cit., p. 26.

²⁰⁴ En 2009 se llevó a cabo un amplio sondeo de la opinión pública sobre varios temas relacionados con la sucesión intestada en el que participaron 1.556 personas. Una de las estadísticas resultantes de este sondeo fue que el 36% de los encuestados que habían hecho testamento convivían con los hijos de su pareja, pero solo el 3% les había incluido en su testamento. Ver DOUGLAS, Gillian, WOODWARD, Hilary, HUMPHREY, Alun, MILLS, Lisa y MORRELL, Gareth, “Enduring love? Attitudes to family and inheritance in England and Wales”, *Journal of Law and Society*, vol. 38, núm. 2, 2011, p. 268.

equivaldría a castigarle por circunstancias que están fuera de su control²⁰⁵. Finalmente, optó por mantener la simplicidad y claridad de la norma, contemplando las mismas reglas para todos los descendientes, independientemente de si son menores, discapacitados o fruto de relaciones previas.

Sin embargo, la sociedad inglesa es clara en su deseo de que los hijos reciban *mortis causa* parte del patrimonio de sus progenitores. Así lo expresó contundentemente en su reacción a la anteriormente citada propuesta de “todo para el cónyuge” en 1989 y lo reiteró en respuesta a las consultas y sondeos de opinión realizados en preparación del informe de 2011²⁰⁶. La propia *Law Commission* reconoció que, a pesar de que los consultados confirmaron su preferencia por un sistema sucesorio que proteja al cónyuge supérstite, “parece existir un fuerte apego a la idea de que la propiedad debe ser transferida por línea recta descendente a los hijos, nietos, etc.”²⁰⁷. La legislación, sin embargo, no refleja esta demanda social y los descendientes que concurren a la herencia con el supérstite, raramente acceden a sus derechos sucesorios²⁰⁸. Es cierto que los hijos pueden reclamar una especie de prestación alimenticia bajo la normativa de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, tanto en la sucesión testada como en la intestada, pero sus posibilidades de éxito son limitadas. Como veremos más adelante, la prestación alimenticia se adjudica en base a un criterio de necesidad y no de legitimidad o merecimiento²⁰⁹, por lo que la parte de la herencia que se le asigne al hijo

²⁰⁵ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, párrafos 2.67-2.82.

²⁰⁶ PARLAMENTO BRITÁNICO, Debates Parlamentarios, Cámara de los Lores, 16 de junio 1992, volumen 538, columna 171 y 172. Recuperado de <https://hansard.parliament.uk/Lords/1992-06-16/debates/65675bb4-03b7-4cc5-ad52-6fc71c254dca/IntestacyLawCommissionReport>; MORRELL, Gareth, BARNARD, Matt y LEGARD, Robin, “The law of intestate succession: Exploring attitudes among non-traditional families. Final report for the Law Commission of England and Wales”, *National Centre for Social Research*, Londres, 2009, pp. 1-36; LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, párrafos 2.79-2.82.

²⁰⁷ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Documento de consulta Law Com CP 191, 2009, párrafo 3.50.

²⁰⁸ La Comisión reconoce que, en caso de concurrir con el cónyuge, los hijos acceden a parte de la herencia en menos del diez por cien de las herencias registradas. LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, párrafo 2.7.

²⁰⁹ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, párrafo 1.19.

corresponderá, en todo caso, a lo que el juez considere razonable para cubrir sus necesidades alimenticias básicas. En cualquier caso, la jurisprudencia revela que las acciones ejercidas por los hijos adultos bajo esta normativa raramente prosperan, mientras que los hijos menores o discapacitados, aunque con mejores expectativas de triunfo, tampoco pueden reclamar nada más que una prestación suficiente para subsistir²¹⁰.

A la vista de lo expuesto, es fácil de comprender la frustración que autores y juristas ingleses expresan ante la oportunidad que se perdió en 2011 de diseñar una normativa que, aunque algo más compleja, reconociera que los hijos deberían de tener un derecho más amplio sobre el patrimonio de sus padres²¹¹. Una de las voces más críticas con las últimas reformas legislativas, KERRIDGE, considera que se deberían haber recomendado cambios, al menos, con respecto al supuesto en el que el supérstite concurre con hijos o descendientes sólo del causante²¹². Supongamos que A se casa con B y tienen hijos. A muere sin otorgar testamento y B hereda la totalidad de su patrimonio, que tiene un valor inferior a 270 000 libras. Los hijos no reciben nada en la herencia de su madre. B contrae segundas nupcias con C. Si B también muere intestado, C recibirá la totalidad (o la gran parte) de la herencia de B, mientras que sus hijos no recibirán nada ni del patrimonio de su padre ni del de su madre. En caso de que C muera intestada, su patrimonio no pasará a los hijos de B (a menos que los hubiera adoptado). Por supuesto, C tiene libertad absoluta para disponer de los bienes por testamento, excluyendo, si así lo desea, a los hijos de B. La situación es obviamente insatisfactoria²¹³. El autor propone que, en estos casos, el supérstite debería adquirir un derecho de usufructo vitalicio sobre los bienes del

²¹⁰ Con respecto a las expectativas de los hijos bajo la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* de 1975, ver O'SULLIVAN, Kathryn, "Distribution of ...", op. cit., p. 22; BURNS, Fiona, "Surviving spouses ...", op. cit., p. 107.

²¹¹ KERRIDGE, Roger, "Intestacy reform ...", op. cit., pp. 1-29; BURNS, Fiona, "Surviving spouses ...", op. cit., pp. 110-118; BURNS, Fiona, "The changing patterns ...", op. cit., pp. 493-496 y 509-513.

²¹² KERRIDGE, Roger, "Intestacy reform ...", op. cit., pp. 4-8; KERRIDGE, Roger, "Intestate succession...", op. cit., pp. 337-338.

²¹³ Elizabeth Cooke (miembro de la Comisión Legislativa), se refirió a esta situación como "el problema de la madrastra" en un artículo dedicado a la carrera profesional de Stephen Cretney: COOKE, Elisabeth, "The law of succession: doing the best we can", en *Fifty years in family law. Essays for Stephen Cretney*, Rebecca Probert y Charles Barton (eds.), Intersentia Publishing Ltd., Cambridge, 2012, pp. 133-146.

causante, revirtiendo éstos tras su muerte a los hijos, tanto comunes como de sólo del causante²¹⁴. La *Law Commission* rechazó esta propuesta argumentando, una vez más, que requeriría un sistema sucesorio demasiado complejo.

Es importante señalar que la Comisión –y, a través de ella, el legislador- sabe que la normativa actual no da una respuesta equitativa a todos los posibles supuestos sucesorios, particularmente en el caso de las familias recompuestas, pero opta por dejar a los tribunales la tarea de reparar situaciones que resulten irracionales o injustas mediante la aplicación de la normativa de la *family provision*²¹⁵. En mi opinión, sin embargo, incluso si aceptamos como posible solución la delegación en la discreción de los jueces -a pesar de lo insatisfactorio de la incertidumbre que genera- la vía judicial en ningún caso ofrece una solución equitativa para los hijos, que se ven forzados a acudir a los tribunales para impugnar una distribución hereditaria dispuesta por la ley. Por si esto fuera poco, si su reclamación prospera, la máxima cantidad que un juez puede atribuirles bajo la normativa de la *family provision* está limitada a lo estrictamente necesario para cubrir sus necesidades alimenticias básicas.

La doctrina inglesa ha propuesto variadas reformas que mejorarían la posición de los hijos, con un mayor o menor impacto sobre la situación del supérstite²¹⁶. Estas incluyen, *inter alia*, i) mantener el derecho del cónyuge a recibir una cantidad de dinero fija y los objetos de uso personal, pero otorgarle un usufructo sobre el remanente (en lugar del dominio sobre la mitad) asignando a los hijos la nuda propiedad; ii) adjudicar al supérstite la totalidad del patrimonio hereditario, pero reservando un pequeño porcentaje para cada hijo; iii) adjudicar al supérstite la

²¹⁴ KERRIDGE, Roger, "Intestate succession ...", op. cit., pp. 327-328; KERRIDGE, Roger, *The law of Succession*, op. cit., pp. 10-13. KERRIDGE señala que otra posible solución sería reducir la cantidad de *statutory provision* adjudicada al cónyuge supérstite en los casos en los que lo sea en segundas o ulteriores nupcias y concorra con hijos menores de relaciones anteriores, tal y como ya se ha hecho en Australia o Nueva Zelanda.

²¹⁵ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law: Distribution on Intestacy*, Informe Law Com No 187, 1989.

²¹⁶ KERRIDGE, Roger, "Intestate succession...", op. cit., pp. 327-328; BURNS, Fiona, "The changing patterns ...", op. cit., pp. 512-513; O'SULLIVAN, Kathryn, "Distribution of ...", op. cit., pp. 29-32; CRETNEY, Stephen, "Succession: discretion or whim, freedom of choice or caprice", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 6, núm. 2, 1986, pp. 299-303.

totalidad del patrimonio hereditario, con la excepción de un porcentaje reservado solamente para los hijos más vulnerables, como son los menores, los discapacitados y los hijos sólo del causante; iv) introducir un sistema que tenga en cuenta si la vivienda familiar es propiedad del causante y su cónyuge o pareja a título de *joint ownership*, en cuyo caso se reduciría la cantidad de la *statutory provision*²¹⁷.

Una propuesta que, en mi opinión, ofrece una solución equilibrada, que encaja bien con el principio rector de la sucesión legal inglesa de proteger principalmente al supérstite, pero que, a su vez, atiende también a la situación de los hijos, es la que plantea BURNS. La autora plantea un sistema de distribución que diferencie clases de beneficiarios dependiendo de su vulnerabilidad económica, lo que permitiría un mayor grado de flexibilidad a la hora de atender a las diferentes circunstancias familiares de cada causante²¹⁸. Su propuesta se basa en la presunción de que, ante familiares con necesidades económicas diferentes, el causante medio, de haber hecho testamento, hubiera querido favorecer a los más vulnerables, otorgando tal vez pequeñas cantidades al resto de los familiares. Se sugieren tres clases de personas vulnerables: las personas de edad avanzada, los menores y los discapacitados. La propuesta tiene la ventaja de incorporar al cónyuge o pareja supérstite en la primera categoría en la mayoría de los casos –de hecho, precisamente cuando, por su edad, es particularmente vulnerable–, asegurando su continuada protección bajo la normativa sucesoria, pero reequilibrando la balanza para reconocer otras categorías de personas vulnerables y merecedoras de protección, como son los hijos menores de edad y los adultos discapacitados. Los perjudicados bajo esta propuesta serían los hijos adultos, que quedarían excluidos como posibles beneficiarios. La crítica más obvia a esta propuesta es la complejidad que introduciría en la normativa sucesoria, lo que, en opinión de la autora estaría justificado a cambio de dar respuesta a la preocupación social por proteger a los hijos menores y a los discapacitados justifica dicha complejidad²¹⁹.

²¹⁷ Entre otros, BURNS, Fiona, “The changing patterns ...”, op. cit., pp. 512-513.

²¹⁸ BURNS, Fiona, “Surviving spouses ...”, op. cit., pp. 113-115.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 114.

Lo cierto es que abundan las propuestas, ideas y sugerencias para el cambio y hay quien se refiere a las últimas reformas legislativas como “un capítulo inacabado”²²⁰. Sin embargo, considero improbable que el legislador inglés introduzca reformas que resulten en un empeoramiento de la situación del supérstite, aunque mejoren la posición de los hijos menores, discapacitados o hijos sólo del causante. Hay que tener en cuenta que la demografía de Inglaterra, como la de la mayoría de los países europeos, ha cambiado radicalmente en los últimos cien años. En la época en la que los hijos primogénitos heredaban preferentemente, y a exclusión del cónyuge, la esperanza de vida era mucho menor, siendo habitual que los padres no pasaran de la mediana edad y que los hijos quedaran huérfanos en su niñez. Esta situación hace tiempo que no refleja la realidad. La Oficina Nacional de Estadística (*ONS*) del Reino Unido, prevé que para el año 2034 el veintitrés por cien de la población sobrepasará los sesenta y cinco años y el cinco por cien superará los ochenta y cinco años²²¹. La sociedad está en proceso de envejecimiento, al mismo tiempo que descienden las tasas de natalidad y mortalidad. Las personas de edad avanzada son más propensas a enfermar o a sufrir una invalidez, con el consecuente aumento de situaciones de dependencia con un alto costo sanitario y de cuidados médicos y residenciales. Se estima que el costo medio de una residencia para ancianos en Inglaterra es de 2 816 libras (3 268 euros) al mes, aumentando a 3 552 libras (4 122 euros) si la residencia está medicalizada²²².

Es razonable presumir que el legislador inglés incluye este tipo de consideraciones económicas en el diseño y desarrollo de su política sucesoria, junto, por supuesto, con otras más convencionales como las obligaciones familiares y las relaciones de parentesco. Ante la muy real posibilidad de que el supérstite anciano, posiblemente mujer, quede en situación de vulnerabilidad económica, difícilmente adoptará el legislador medidas que lleven a una reducción de su cuota. De hecho, ciertas estadísticas aportadas por la *Law Commission* en los informes publicados en 2009 y

²²⁰ KERRIDGE, Roger, “Intestacy reform ...”, op. cit., pp. 1-29; O’SULLIVAN, Kathryn, “Distribution of ...”, op. cit., p. 33.

²²¹ Office of National Statistics (UK). Population: aging, fastest increase in the “oldest old”. Recuperado de <http://www.statistics.gov.uk/cci/nugget.asp?id=949>.

²²² Datos actualizados en abril de 2022, obtenidos de <https://www.carehome.co.uk/>.

2011 reflejan la importancia de la demografía en este ámbito. La edad media del causante intestado en Inglaterra es de 73 años²²³ y la mayoría de las personas que mueren sin haber otorgado testamento superan los 60 años²²⁴. Ante estos datos, la Comisión mantiene, acertadamente, que en el momento de la muerte del *de cuius*, el supérstite de edad avanzada tendrá más necesidad que los hijos, posiblemente ya adultos, de recibir el patrimonio del causante para poder financiar los cuidados médicos y residenciales que seguramente va a necesitar²²⁵. La doctrina sugiere que este tipo de consideraciones son, en gran parte, la razón por la que en los últimos años se han introducido reformas tan favorables al supérstite²²⁶. Ante la perspectiva de que las arcas públicas tengan que hacerse cargo del cuidado de esta creciente parte de la población, es probable que el legislador siga optando por favorecer al cónyuge o pareja civil supérstite para que éste pueda financiar, al menos en parte, los cuidados que necesitará en su vejez.

3. FAMILY PROVISION O PRESTACIÓN FAMILIAR EN LA SUCESIÓN TESTADA E INTESTADA

El Derecho de sucesiones inglés se basa en tres pilares: la sucesión voluntaria en la que se prevé una libertad de testar absoluta, la sucesión intestada ordenada por ministerio de la ley y la *family provision*, que introduce un mecanismo corrector *ex post facto* aplicable tanto en la sucesión testada como en la intestada.

La *family provision* es una prestación alimenticia otorgada, a discreción de los jueces, a ciertos familiares y personas dependientes del causante cuando la distribución

²²³ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Documento de consulta Law Com CP 191, 2009, párrafo 1.40; LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, párrafo 3.12.

²²⁴ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Documento de consulta Law Com CP 191, 2009, Apéndice C, Gráficos 5 y 6; LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, Apéndice D, Gráficos 5 y 6.

²²⁵ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Documento de consulta Law Com CP 191, 2009, párrafos 3.43-3.49.

²²⁶ BURNS, Fiona, "Surviving spouses ...", op. cit., pp. 117-118; KERRIDGE, Roger, "Intestate succession ...", op. cit., p. 340.

hereditaria del patrimonio del finado da lugar a un resultado injusto o irracional. Lo que se reclama es una porción de la herencia del causante que podríamos describir como un crédito alimenticio en forma de prestación económica²²⁷. Esta prestación familiar discrecional condiciona de manera absoluta tanto la sucesión intestada como la testada, ya que autoriza al órgano judicial a modificar la última voluntad del causante reordenando la distribución de su patrimonio en caso de considerarla irracional²²⁸. En otras palabras, la *family provision* opera como una limitación *post mortem* de la libertad de disposición del causante²²⁹. Podríamos decir que es la vía escogida por el legislador inglés para dar respuesta a la difícil cuestión de cómo proteger la libertad del testador de disponer de su propiedad como se le antoje, sin ignorar su deber de atender a ciertas obligaciones familiares con respecto a un grupo de personas consideradas, a estos efectos, parte de la familia sucesoria del causante²³⁰. No obstante, la doctrina académica y jurisprudencial inglesa insiste en que la libertad del testador continúa siendo irrestricta, salvo en la medida en que no haya hecho una adecuada provisión para la manutención y el sustento de aquellos que tenían derecho a ello²³¹. Tanto es así, que la *Law Commission* califica la

²²⁷ VAQUER ALOY, Antoni, y IBARZ LÓPEZ, Noelia, “Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal”, *Revista de Derecho civil*, vol. IV, núm. 4, octubre-diciembre 2017, p. 220, sugieren que, pese a las notables diferencias entre ambas figuras, la *family provision* puede asimilarse funcionalmente a la legítima española. Como veremos a lo largo de este capítulo, las diferencias entre ambas figuras son profundas, pero es cierto que el objetivo es el mismo: la protección sucesoria *ex lege* de ciertas personas para con las que el causante tiene una obligación en vida que se extiende más allá de su muerte. La identidad de esas personas y la manera en la que acceden a esa protección es, sin embargo, fundamentalmente distinta.

²²⁸ Es importante indicar que la *family provision* no pone en cuestión la validez del testamento, sino que lo que se cuestiona es si la distribución del patrimonio hereditario es razonable. Por supuesto, el testamento puede ser impugnado por varias razones como la falta de capacidad del testador o la existencia de vicios en el consentimiento, ya sea por influencia indebida en su voluntad o si el testamento se otorgó bajo amenaza o intimidación.

²²⁹ BARRIO GALLARDO, Aurelio, *El largo camino ...*, op. cit., p. 276, señala que tras el principio “tan inglés” de razonabilidad reside la conclusión de que la intervención estatal en materia sucesoria es indispensable, lo que se manifiesta en el caso inglés, en la revisión y corrección judicial de la voluntad del causante, variando, modificando o reescribiendo su testamento, en aquellos supuestos extremos en los que el testador no haya realizado una distribución hereditaria razonable o equitativa, en función de las circunstancias del caso concreto.

²³⁰ Con respecto a la transformación del concepto de familia y, consiguientemente, la noción de “obligaciones familiares” a efectos sucesorios, véase FINCH, Janet, *Family obligations and social change*, Polity Press, Cambridge, 1989 FINCH, Janet y MASON, Jennifer, *Passing on: kinship and inheritance in England*, Routledge, London, 2000.

²³¹ Sirva como ejemplo la reciente sentencia del Tribunal Supremo en *Ilott v. The Blue Cross and Others* [2017] UKSC, 17, que analizaremos más adelante. Con respecto a la insistencia de la doctrina y la jurisprudencia inglesa sobre la primacía del principio de libertad testamentaria, BARRIO GALLARDO

jurisdicción discrecional de la *family provision* como supletoria de la normativa de la sucesión testada e intestada, de modo que sólo se puede recurrir a ella cuando la aplicación de las normas sucesorias no genere una distribución razonable del patrimonio hereditario²³². En cualquier caso, independientemente de su naturaleza supletoria, cabe preguntarse si un sistema que corrige la voluntad del testador tras su muerte, no porque el testamento fuera inválido sino porque el resultado es, a juicio de los tribunales, irracional, es verdaderamente respetuoso del principio de libertad de testar.

Sea como fuere, no cabe duda de que la normativa de la *family provision* constituye una limitación importante al principio de libertad de disposición sobre el que se funda la normativa sucesoria. De hecho, aunque la libertad de disponer constituye la base del actual Derecho de sucesiones inglés, lo cierto es que dicha libertad no existió en este ordenamiento hasta el nacimiento de las ideas liberales sobre el derecho a la propiedad privada²³³. Tal y como apunta CROUCHER²³⁴, la libertad de testar, al igual que la libre contratación o la economía del *laissez-faire*, nació como corolario del pensamiento liberal clásico imperante en Inglaterra en los siglos XVII y XVIII, liderado por filósofos y economistas como John Locke (1632-1704) y más tarde Adam Smith (1723-1790). Esta corriente de pensamiento libertario defendía el alejamiento de las ideas feudales sobre la propiedad y el reconocimiento del derecho de propiedad privada del individuo, con la correspondiente libertad de disposición absoluta sobre sus bienes, tanto durante su vida como tras su muerte. Por lo tanto, la idea de que el causante inglés debe ser libre para disponer de su patrimonio no se instauró hasta el siglo XVI, pero es cierto que desde entonces se ha

observa “que la imposición legislativa de esta suerte de prestación alimentaria resulta más liviana y tal vez más sencilla de sobrellevar para el testador si se compara con la legítima continental, no significa, empero, como insisten otros, que la “pensión familiar” no constituya un freno o un límite efectivo de la libertad de la persona; se es libre, pero sólo en la medida en que las necesidades más básicas de la familia han quedado cubiertas con anterioridad: una vez cumplido el mandato del legislador, siempre se goza de autonomía para actuar como se tenga por conveniente, de igual forma que existiría bajo el *Civil Law* una plena libertad de testar en ausencia de legitimarios...” Vid. BARRIO GALLARDO, Aurelio, *El largo camino ...*, op. cit., p. 278.

²³² LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, párrafos 1.4 y 1.5.

²³³ CROUCHER, Rosalind, “How free is free...”, op. cit., pp. 10-15; GREEN, Kate, “The Englishwoman’s ...”, op. cit., pp. 187-190.

²³⁴ CROUCHER, Rosalind, “How free is free...”, op. cit., pp. 10-15.

ido expandiendo y afianzando hasta convertirse en una máxima incontestable, particularmente entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, cuando existió en Inglaterra una de libertad de disposición *mortis causa* absoluta. Como ya vimos, este período de libertad irrestricta fue breve y pronto dio paso a otra etapa en la que las leyes, mediante la jurisdicción discrecional que ahora nos ocupa, dieron respuesta a la preocupación de la sociedad por proteger al cónyuge supérstite (inicialmente a la mujer viuda) y a los hijos del causante, introduciendo límites a una libertad de testar que a menudo generaba situaciones de desamparo entre los familiares del causante.

3.1. De la libertad de testar a la posibilidad de modificar la distribución hereditaria *post mortem*

Dejando a un lado las diferentes teorías con respecto a la duración exacta del período durante el que el testador inglés tuvo absoluta libertad a la hora de disponer de sus bienes mediante testamento, es incuestionable que dicha libertad existió a finales del siglo XIX y principios del siglo XX²³⁵. Existen numerosas sentencias que avalan el derecho del testador inglés a ser “caprichoso e incluso rencoroso” en la disposición de su herencia. El magistrado Sir James Hannen lo resumía en el año 1873 en *Boughton v Knight*²³⁶:

Por lo tanto, de acuerdo con las leyes de Inglaterra, toda persona es libre de elegir, sin restricción alguna, a favor de quién dispone su patrimonio tras su muerte. [El testador] puede desheredar a sus hijos, total o parcialmente, y dejar su patrimonio a un extraño para satisfacer su rencor, o a la beneficencia

²³⁵ Con respecto al período en el que existió una libertad de disposición absoluta en Inglaterra, ver epígrafe 1.2.4.

²³⁶ *Boughton v Knight* (1873) LR 3 P&D 64, Recuperado de <https://swarb.co.uk/boughton-v-knight-1873/>. Texto original: “Accordingly, by the law of England everyone is left free to choose the person upon whom he will bestow his property after death entirely unfettered in the selection he may think proper to make. He may disinherit, either wholly or partially, his children, and leave his property to strangers to gratify his spite, or to charities to gratify his pride, and we must give effect to his will, however much we may condemn the course he has pursued. In this respect the law of England differs from that of other countries. It is thought better to risk the chance of an abuse of the power arising from such liberty than to deprive men of the right to make such a selection as their knowledge of the characters, of the past history, and future prospects of their children or other relatives may demand”.

para satisfacer su orgullo, y habremos de respetar su deseo por mucho que condenemos el camino que ha elegido. En este sentido, la ley de Inglaterra difiere de la de otros países. Es preferible correr el riesgo de que se abuse de esa libertad antes de privar a un hombre de su derecho a decidir, basándose en su conocimiento de los individuos, de los hechos del pasado y de las necesidades futuras que puedan tener sus hijos u otros familiares.

Esta visión individualista del derecho del hombre (que no así de la mujer) a disponer de sus bienes como creyera adecuado, pronto dio paso a una preocupación social sobre la situación en la que a menudo quedaba el cónyuge supérstite, casi siempre mujer, y junto a ella, sus hijos. En el siglo XIX la sociedad inglesa comenzaba a reconocer derechos a las mujeres y a finales del siglo, un importante movimiento social impulsado principalmente por mujeres, presionó al gobierno para que presentara en el Parlamento una propuesta de reforma del sistema sucesorio vigente; en su opinión, la libertad de testar proclamada por el sistema existente era, en realidad, la libertad de los maridos para privar a sus esposas de derechos sucesorios²³⁷. Este argumento fue tomando fuerza durante los años siguientes, aumentando la presión sobre el legislador²³⁸. A pesar de que no hubo cambio normativo hasta 1938, el Parlamento inglés debatió por primera vez en 1908 una posible atenuación de la libertad de testar, basándose en un estudio comparativo de los sistemas sucesorios de otros países²³⁹. Finalmente, tras varios intentos fallidos, en 1938 se aprobó la *Inheritance (Family Provision) Act* y se introdujo un sistema de libertad de disposición relativa, inspirado en los que ya existían en Australia y,

²³⁷ CROUCHER, Rosalind, "How free is free ...", op. cit., p. 16.

²³⁸ La NUSEC o Unión Nacional de Asociaciones para la Igualdad de los Ciudadanos (*National Union of Societies for Equal Citizenship*) fue instrumental en la implementación de estos cambios. Esta organización, principalmente compuesta por mujeres, lideró una campaña durante los años 1920 a 1930, para exigir la igualdad de derechos entre el marido y la mujer con respecto a los ingresos económicos de la pareja. Entre otras cosas, la NUSEC denunciaba que la obligación del marido de mantener a su mujer en vida, no se extendiera tras su muerte. Su insistente militancia logró que, finalmente, la situación de la mujer viuda tras la muerte intestada de su marido fuera llevada a debate en el Parlamento inglés. También fue decisivo en este respecto el hecho de que la mujer consiguiera el derecho al voto y pudiera ejercerlo por primera vez en las Elecciones Generales de 1929, lo que puso el foco sobre este tema, en un intento de atraer el voto femenino. Ver a este respecto CRETNEY, Stephen, *Family law ...*, op. cit., pp. 485-487.

²³⁹ Un análisis detallado de la evolución histórica de la *Inheritance (Family Provision) Act* 1938 puede encontrarse en DAINOW, Joseph, "Limitations on ...", op. cit., pp. 337-360.

principalmente, en Nueva Zelanda²⁴⁰. Estos dos ordenamientos proponen una solución intermedia entre la rigidez de las legítimas de los sistemas de tradición civil y el individualismo excesivo de los sistemas del *Common Law*²⁴¹. A pesar de que no introducen una cuota forzosa, la libertad de disposición del causante se ve reducida al permitir la posibilidad de que ciertos familiares, económicamente dependientes del causante, como las viudas y los hijos menores de edad, puedan solicitar a los tribunales una prestación alimenticia (*maintenance*) con cargo a la herencia del causante. La atribución de esta prestación es contingente, ya que depende de la apreciación judicial, y variable, ya que no es una cantidad fija establecida por ley sino una dotación económica cuya cuantía depende de las circunstancias del caso concreto²⁴².

Las actas de los debates del Parlamento británico sobre la conveniencia de introducir un sistema que, aparentemente, proponía un alejamiento radical del principio de libertad de testar, reflejan la enorme tensión que este tema generó en la sociedad inglesa²⁴³. Las primeras propuestas de reforma fueron recibidas con absoluto escepticismo y condenadas como un ataque inaceptable a un principio jurídico fundamental del Derecho de propiedad inglés²⁴⁴. Más adelante, los

²⁴⁰ En su relato sobre la evolución histórica de las leyes de 1938 y 1975, CRETNEY describe las diferentes actitudes hacia la introducción de una legislación restrictiva de la libertad de disposición *mortis causa*. Los defensores del derecho de la viuda a recibir, al menos, parte del caudal relicto de su esposo se enfrentaban a un imponente grupo de brillantes juristas que consideraba que cualquier restricción a la libertad de testar del causante era, no solo inviable, sino inaceptable. Sin embargo, incluso estos juristas aceptaban que era necesario introducir un sistema similar al establecido en Nueva Zelanda y Australia, que permitiera la interferencia de los tribunales en aquellos casos en que la viuda y los hijos menores del causante hubieran sido desposeídos a consecuencia de la distribución hereditaria, quedando en situación de desamparo y precariedad. *Vid.* CRETNEY, Stephen, *Family law...*, op. cit., p. 488. Ver también a este respecto BARRIO GALLARDO, Aurelio, *El largo camino ...*, op. cit., pp. 260-278.

²⁴¹ GREEN, Kate, "The Englishwoman's ...", op. cit., p. 192.

²⁴² BARRIO GALLARDO apunta a este respecto que "La doctrina inglesa se ocupa (...) de aclarar que su "family provision" poco o nada tiene que ver con la legítima continental – llámese "forced share", "Pflichtteil", "rèserve légale" o "legítima portio" – entre otros motivos porque su atribución es contingente, pues depende de la apreciación judicial, y fluctuante ya que no se está ante una "fixed share", sino ante una concesión económica que oscila en función de las circunstancias concretas del caso. *Vid.* BARRIO GALLARDO, Aurelio, *El largo camino ...*, op. cit., p. 274.

²⁴³ DAINOW, Joseph, "Limitations on ...", op. cit., pp. 337-360. Para un análisis del proceso parlamentario que llevó a la entrada en vigor de la Ley de 1938, ver HEDLUND, Richard, "The end of testamentary freedom", *Legal Studies*, vol. 41, núm. 1, 2021, pp. 55-72.

²⁴⁴ DAINOW, Joseph, "Limitations on ...", op. cit., p. 346.

argumentos utilizados por aquellos que se resistían al cambio se centraron en la complejidad de la normativa propuesta. La enorme variedad de situaciones familiares que la legislación tendría que regular requeriría una normativa tan detallada que, en opinión de sus detractores, haría imposible una aplicación consistente de la norma, lo que generaría niveles inaceptables de inseguridad jurídica²⁴⁵. Pero las propuestas siguieron presentándose y acumulando respaldo en el Parlamento, hasta que en 1938 la *Inheritance (Family Provision) Act* (Ley de Sucesiones (Prestación Familiar)) fue aprobada por mayoría²⁴⁶. Entre los argumentos expuestos en el Parlamento se hizo hincapié en el hecho de que las responsabilidades económicas inherentes al matrimonio deben actuar como una limitación importante de la libertad de disposición, la cual perdura tras la muerte del causante²⁴⁷. Por consiguiente, el derecho del testador a disponer libremente de su propiedad *mortis causa* también debe de estar afectado por las limitaciones que emanan de su responsabilidad, en vida, como cónyuge y, en su caso, como progenitor.

Debido probablemente a la fuerte oposición a la que se enfrentó, el texto finalmente aprobado en 1938 introdujo un sistema de libertad de disposición relativa bastante limitado. La *Inheritance (Family Provision) Act* de 1938 permitía solicitar una prestación o pensión familiar a cargo de la herencia del causante, pero ésta estaba estrictamente restringida a un pago periódico destinado a cubrir las necesidades alimenticias básicas de los reclamantes y limitado en el tiempo al período durante el que la situación de necesidad perdurase²⁴⁸. La reclamación sólo podía hacerse en sede de sucesión voluntaria y la lista de personas legitimadas para impugnar el testamento era muy limitada: (i) el cónyuge supérstite, (ii) las hijas solteras o incapacitadas, y (iii) los hijos menores o adultos incapacitados. La ley también restringía la parte del patrimonio hereditario al que podía acceder un reclamante;

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 348.

²⁴⁶ GREEN ofrece una interesante reflexión sobre las razones que pueden llevar a que una sociedad considere la libertad de testar como un principio deseable en un momento determinado de su historia y, en cambio, indeseable en un momento histórico diferente. GREEN, Kate, "The Englishwoman's ...", op. cit., pp. 192-193.

²⁴⁷ DAINOW, Joseph, "Limitations on ...", op. cit., p. 355.

²⁴⁸ *Vid.* CRETNEY, Stephen, *Family law ...*, op. cit., p. 495.

en concreto, si el reclamante era el cónyuge supérstite y tenía a su cargo al menos un hijo menor, la cantidad máxima que podía recibir era de dos tercios de la herencia del causante²⁴⁹. En el resto de los supuestos, la *family provision* estaba limitada a un máximo de la mitad del valor de los bienes relictos. A pesar de las limitaciones de la ley, la doctrina de la época anunció, un tanto dramáticamente, el fin de la libertad de testar y predijo un aumento insostenible de demandas que colapsaría los juzgados²⁵⁰. Los jueces también compartieron inicialmente este recelo ejerciendo su jurisdicción de modo muy restrictivo²⁵¹. A pesar de estos comienzos un tanto dubitativos, la ley de 1938 abrió la puerta a una nueva etapa en la que, por primera vez, la voluntad del testador podía ser modificada *post mortem*²⁵².

A pesar de los prejuicios iniciales hacia una normativa que, indudablemente, operaba como una restricción a la libertad de disposición del causante inglés, el ámbito de aplicación de la ley se amplió de forma notable durante los siguientes años y los tribunales adoptaron una actitud menos restrictiva en su interpretación. En 1952 la posibilidad de reclamar parte de la herencia del causante bajo la *family provision* se extendió a las sucesiones intestadas²⁵³ y en 1958 se amplió el grupo de legitimados activos para incluir a las exesposas (todavía no exmaridos) del causante,

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ DAINOW, Joseph, "Limitations on ...", op. cit., p. 357.

²⁵¹ CRETNEY recoge sentencias de la época en las que los jueces declaraban la necesidad de ser cautos y de aplicar la nueva ley con mucha "circunspección y de modo limitado" *Vid.* CRETNEY, Stephen, *Family law ...*, op. cit., p. 496.

²⁵² PROBERT, Rebecca, "Disquieting thoughts ...", op. cit., pp. 33-34.

²⁵³ *The Intestates' Estates Act 1952*. Recordemos que esta ley es la misma que, en base a las propuestas del Comité Morton, incrementó la cantidad asignada por ley al supérstite en la sucesión intestada (*statutory provision*) de mil libras a cinco mil libras cuando concurría con los hijos del causante y 20 000 libras si concurría con otros parientes. El Comité reconoció que la mejora de la situación del cónyuge tendría un efecto directo y perjudicial en la expectativa de otros parientes, principalmente los hijos. Un miembro del Comité observó que "cuanto más reciba la viuda, mayor es la necesidad de proteger a los hijos" ("*the more the widow is to take, the more need there is to protect the children*"). Esta línea de pensamiento fue la que desencadenó el debate entre los miembros del Comité Morton sobre si debería de extenderse la posibilidad de impugnar el testamento a la sucesión intestada, concluyendo que las necesidades de aquellas personas que ahora estaban legitimadas para impugnar el reparto de la herencia bajo la ley de 1938 eran las mismas, independientemente de si la distribución hereditaria era el resultado de la ejecución del testamento o de la normativa de la sucesión intestada, entendida como la voluntad presunta del testador. El Comité recomendó la extensión de la posibilidad de reclamar parte de la herencia del causante bajo la normativa de la *family provision* a la sucesión intestada. A este respecto *vid.* CRETNEY, Stephen, *Family law...*, op. cit., pp. 499-501.

siempre que no se hubieran vuelto a casar²⁵⁴. En 1966 se eliminaron las restricciones sobre la cuantía que los jueces podían adjudicar en concepto de prestación familiar, que ahora podía satisfacerse con un pago único en lugar de mediante el pago de una pensión periódica, y se incluyeron pequeños cambios en el procedimiento que facilitaban la aplicación de la legislación²⁵⁵. Sin embargo, las mayores reformas estaban aún por llegar.

En 1973, la *Law Commission* consideró la posibilidad de desarrollar un sistema de cuota forzosa que garantizara una porción de la herencia al cónyuge supérstite, pero concluyó que no era “necesario ni deseable” introducir este tipo de régimen en el Derecho inglés²⁵⁶. El órgano asesor del Parlamento estimó que las ventajas que indudablemente presentaba la creación de una legítima vidual, principalmente la certeza y la seguridad jurídica, no justificaban las desventajas de su rigidez, que no encajaba en un sistema basado en la flexibilidad y discrecionalidad de los jueces como el que se prevé en la normativa reguladora de la *family provision*²⁵⁷. No obstante, sí consideró deseable diseñar un sistema que, siempre y cuando las circunstancias lo avalasen, asegurara al supérstite una parte de la herencia de su cónyuge al menos igual a la que hubiera recibido en caso de que el vínculo conyugal se hubiera disuelto por divorcio. Hacía tiempo que en los procedimientos de divorcio se reconocía la contribución de los cónyuges a las labores domésticas en la división del patrimonio conyugal y, en sede matrimonial, la jurisprudencia aceptaba como *ratio decidendi* que el causante que ha formado parte de un matrimonio

²⁵⁴ *The Matrimonial Causes (Property and Maintenance) Act 1958*.

²⁵⁵ *The Family Provision Act 1966*. CRETNEY observa que la ley de 1966, aunque a primera vista parece introducir reformas de poca importancia, tomadas en su conjunto estas reformas reflejan el salto ideológico que dio el legislador que aceptó, por fin, la bondad de la jurisdicción discrecional de los jueces para alterar la voluntad del causante. CRETNEY, Stephen, *Family law...*, op. cit., pp. 499-501.

²⁵⁶ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law: First Report on Family Property. A New Approach*, Informe Law Com No 52, 1974. La Comisión reconoció los beneficios de un sistema que garantizara una cuota fija al cónyuge, que pudiera determinarse en cada caso sin necesidad de intervención judicial, pero consideró que este tipo de sistema no tiene la flexibilidad ni ofrece las posibilidades de adaptación al supuesto concreto que ofrece la jurisdicción discrecional de la *family provision* (párrafo 4.65). Es más, las consultas llevadas a cabo por la Comisión revelaron que la gran mayoría de los juristas y académicos consultados se mostraban contrarios a la introducción de una legítima para el cónyuge supérstite (párrafo 33).

²⁵⁷ CRETNEY, Stephen, *Family law...*, op. cit., p. 508.

“tradicional” no puede gozar de total libertad de disposición sobre sus bienes ya que, moralmente, debe entenderse que comparte la titularidad de esos bienes con su cónyuge²⁵⁸. La necesidad de actualizar la legislación sucesoria para reconocer este modo de entender la contribución de los cónyuges al matrimonio dio lugar a otro informe de la *Law Commission* publicado al año siguiente²⁵⁹, que constituyó la base de la actual *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975* (Ley de Sucesiones (Prestación para Familiares y Dependientes)).

La *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* de 1975 expandió de forma considerable las categorías de personas que pueden reclamar una prestación familiar, añadiendo (i) antiguos cónyuges (esta vez tanto exesposa como exmarido) que no hubieran contraído nuevas nupcias, (ii) todos los hijos del causante sin diferenciación de sexo o edad, (iii) toda persona que hubiera sido “tratada por el causante como un hijo de la familia” dentro del contexto de un matrimonio (categoría utilizada principalmente para incorporar a los hijos del cónyuge del causante que no hubieran sido formalmente adoptados por éste) y, (iv) cualquier persona que, inmediatamente antes de la muerte del causante, hubiera sido mantenida, de forma total o parcial, por el causante²⁶⁰. Por primera vez se reconoció el derecho a reclamar parte de la herencia del causante a personas que, sin ser su cónyuge o parientes consanguíneos, dependían económicamente del causante.

La inclusión como posibles demandantes de personas que hubieran sido “mantenidas” por el causante generó mucho interés, pero curiosamente, poca polémica²⁶¹. El principal objetivo de esta reforma fue ofrecer al conviviente

²⁵⁸ SAWYER, Caroline y SPERO, Miriam, *Succession, wills, ...*, op. cit., pp. 317-318. Este argumento continúa estando presente en muchas decisiones judiciales en el ámbito de la *Family Provision*. Hay que tener en cuenta que el derecho de familia inglés no reconoce el régimen económico matrimonial como tal, sino que al “patrimonio matrimonial” se le aplican las normas generales del Derecho patrimonial. En cuanto a qué se considera un matrimonio “tradicional”, la respuesta queda en gran medida supeditada a la valoración subjetiva de los jueces de familia.

²⁵⁹ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Second Report on Family Property*, Informe Law Com No 61, 1974.

²⁶⁰ Artículos 1(1)(b), 1(1)(c), 1(1)(d), 1(1) (e) y artículo 1(3) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*.

²⁶¹ PROBERT, Rebecca, “Disquieting thoughts ...”, op. cit., p. 35.

supérstite (*cohabitant*) una categoría bajo la cual poder reclamar parte de la herencia de su pareja²⁶². De hecho, algunos autores y periódicos de la época describieron la norma como la “ley de las amantes”, lo que disgustó enormemente al Ministerio de Justicia, que quiso recalcar que la finalidad de la norma no era promover la promiscuidad, sino proteger a aquella persona (se suponía mujer) que durante años había actuado como “devota esclava” del causante, a pesar de no haber contraído matrimonio²⁶³. Lo cierto es que, en la práctica, esta categoría de personas “mantenidas” por el causante ha terminado utilizándose de forma bastante más amplia, incluyendo hermanas y hermanos u otros individuos sin relación de consanguinidad, siempre que puedan probar una relación de dependencia económica con el causante.

El otro gran cambio introducido por la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975* fue la ampliación de la cantidad de la prestación que el cónyuge podía recibir bajo esta normativa. El supérstite podía ahora reclamar una “prestación que, teniendo en cuenta todas las circunstancias presentes en el caso concreto, constituya una prestación razonable para el marido o la mujer” sin estar limitada a lo estrictamente necesario para su subsistencia²⁶⁴. Este nuevo estándar posibilitó la concesión al supérstite de una prestación superior a la que pueden recibir el resto de demandantes, cuya reclamación está limitada a la cantidad mínima para cubrir sus necesidades alimenticias básicas.

Desde su entrada en vigor, la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* ha sido reformada en varias ocasiones y ha experimentado cambios importantes. El primero llegó como consecuencia del informe de la *Law Commission* sobre la Distribución de la Propiedad en la Sucesión Intestada publicado en 1989²⁶⁵. Como

²⁶² Un detallado análisis de la historia de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975* y de las principales sentencias que la siguieron puede encontrarse en GREEN, Kate, “The Englishwoman’s ...”, op. cit., *in totum*.

²⁶³ GREEN, Kate, “The Englishwoman’s ...”, op. cit., p. 195, haciendo referencia a la intervención del *Lord Chancellor* durante los debates parlamentarios sobre la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Bill*.

²⁶⁴ Artículo 1(2)(a) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*.

²⁶⁵ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law: Distribution on Intestacy*, Informe Law Com No 187, 1989.

ya vimos en sede de sucesión intestada, el informe analizaba si los convivientes de hecho debían ser llamados a la sucesión legal de su pareja del mismo modo que lo eran los cónyuges sobrevivientes²⁶⁶. Como ya se sabe, la Comisión no recomendó que se llamara al conviviente como heredero legal, pero sí que se le concediera el derecho a reclamar una prestación familiar bajo la ley de la *family provision*. Este cambio fue introducido por la *Law Reform (Succession) Act* de 1995, que reconoció legitimación activa a la persona que hubiera convivido con el causante como su marido o mujer, en la misma vivienda, siempre y cuando dicha convivencia persistiera en el momento inmediatamente anterior a la muerte del causante y hubiera tenido una duración mínima de dos años²⁶⁷.

En 2004, la *Civil Partnership Act* introdujo otro cambio en la normativa al equiparar los derechos del cónyuge supérstite y los de la pareja civil (*civil partner*) que, como ya se ha indicado, desde 2019 incluye tanto parejas homosexuales como heterosexuales²⁶⁸.

Finalmente, en 2014, la *Inheritance and Trustees' Powers Act* introdujo una reforma dirigida a clarificar la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* mediante una serie de criterios o parámetros que los tribunales deben tener en cuenta a la hora de determinar quién tiene legitimación activa bajo la ley; en particular, quién es considerado “hijo de la familia” o quién es una persona “dependiente del causante”.

3.2. Prestación Familiar con cargo a la herencia

La *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* de 1975 ha sido definida por la doctrina inglesa como el intento del legislador de encontrar el equilibrio entre la libertad de disposición *mortis causa* del causante y el derecho de ciertos familiares y personas dependientes a reclamar una parte de la herencia.

²⁶⁶ A este respecto, ver epígrafe 2.3.2.

²⁶⁷ Artículo 1(1A) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* 1975.

²⁶⁸ Artículo 1 de la *Civil Partnership Act 2004* y *Civil Partnership (Opposite Sex Couples) Regulations 2019*. Este reglamento entró en vigor el 2 de diciembre de 2019.

3.2.1. Criterios de elegibilidad: ¿quién puede reclamar?

Tal y como hemos visto en el epígrafe anterior, los actores legitimados para entablar una acción bajo la normativa de la *family provision* han aumentado de forma significativa desde que la legislación se introdujo por primera vez en 1938. Hoy en día, la ley reconoce seis categorías de demandantes:

- a) el cónyuge o pareja civil del causante²⁶⁹;
- b) el anterior cónyuge o pareja civil del causante, siempre y cuando no haya vuelto a contraer matrimonio o no se haya registrado como miembro de otra pareja civil²⁷⁰;
- c) la persona que convivió con el causante, como cónyuge o pareja civil, en la misma vivienda, siempre y cuando dicha convivencia persistiera en el momento inmediatamente anterior a la muerte y hubiera tenido una duración de al menos dos años²⁷¹;
- d) los hijos del causante²⁷²;
- e) toda persona que hubiera sido tratada por el causante como si fuera un “hijo de la familia” dentro del contexto de un matrimonio o pareja civil del que el causante formó parte, o dentro del contexto de una familia en la que el causante desempeñó el papel de madre o padre²⁷³; y

²⁶⁹ Artículo 1(1)(a) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*.

²⁷⁰ Artículo 1(1)(b) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*.

²⁷¹ Artículo 1(1) (ba) y artículo 1(A) y 1(B) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*. Reforma introducida por la *Law Reform (Succession) Act 1995* y enmendada por la *Civil Partnership Act 2004*.

²⁷² Artículo 1(1) (c) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*.

²⁷³ Artículo 1(1) (d), de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*, reformada por la *Inheritance and Trustees' Powers Act 2014*.

- f) toda persona que, inmediatamente antes de la muerte del causante hubiera sido mantenida, total o parcialmente, por el causante²⁷⁴.

La expectativa de los diferentes actores es distinta en base a su relación con el causante. Todos reclaman una prestación económica razonable (*reasonable financial provision*) a cargo del caudal hereditario, pero mientras que el *quantum* razonable para un cónyuge o pareja civil no está determinado por lo estrictamente necesario para subsistir, el estándar aplicado al resto de categorías de demandantes sí está limitado a cubrir sus necesidades alimenticias básicas²⁷⁵.

(a) El cónyuge o pareja civil supérstite

El artículo 1(1)(a) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* otorga *locus standi* al cónyuge o pareja civil del causante para reclamar una cantidad a cargo de la herencia cuando las disposiciones del testamento o la aplicación de las normas de la sucesión intestada no le asignan una dotación económica razonable.

A pesar de que la ley vigente no distingue entre hombres y mujeres, durante los primeros años de aplicación de la norma, las reclamaciones interpuestas por viudas a la herencia de sus maridos fueron concedidas con mayor facilidad que aquellas interpuestas por viudos sobre el patrimonio hereditario de sus esposas²⁷⁶. Este trato diferente hacia las mujeres debe entenderse dentro del contexto de la evolución histórica de los derechos patrimoniales de las mujeres casadas en

²⁷⁴ Artículo 1(1) (e) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*.

²⁷⁵ Artículo 1(2) (a) y (b) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*. La *Law Commission*, en el Informe que publicó en 2011, realizó un análisis detallado de la normativa de la sucesión intestada y la prestación familiar discrecional. LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011. En este Informe, la Comisión señala el carácter discrecional de la prestación familiar y hace hincapié en la importancia de utilizar esta jurisdicción de modo subsidiario y solamente en aquellos “inusuales” casos en los que la aplicación del testamento o de la sucesión intestada producen un resultado “irracional” o injusto (párrafo 1.16). En relación al estándar jurídico aplicado por los tribunales para determinar qué cuantía representa una prestación “razonable” en el caso concreto, la Comisión recalca que, excepto en el caso del supérstite, la prestación debe de estar limitada a lo estrictamente necesario para subsistir, con el fin de respetar en la mayor medida posible, la voluntad del causante y, por tanto, el principio de libertad de testar (párrafo 1.21).

²⁷⁶ SAWYER, Caroline y SPERO, Miriam, *Succession, wills, ...*, op. cit., p. 326.

Inglaterra²⁷⁷. Como ya vimos en los antecedentes históricos, la mujer casada no pudo ostentar la titularidad sobre sus bienes hasta finales del siglo XIX²⁷⁸. Los derechos patrimoniales de la mujer soltera pasaban automáticamente a su marido al contraer matrimonio, ya que la esposa no gozaba de identidad jurídica propia, sino que formaba parte de la personalidad jurídica de su marido²⁷⁹. En caso de quedarse viuda, la mujer no tenía ningún derecho sobre los bienes matrimoniales, por lo que dependía para su subsistencia de que su marido le hubiera incluido en su testamento. Recordemos que esta situación empeoró notablemente tras la abolición de la figura de la *downer*, que otorgaba a la esposa un derecho de usufructo sobre un tercio del patrimonio relicto de su marido. En este sentido, resultan de interés las reflexiones de CROUCHER con respecto a la abolición de la *dower* en Nueva Zelanda, que pueden aplicarse igualmente a la situación en Inglaterra. En opinión de la autora, el rápido desarrollo de la economía durante la revolución industrial del siglo XIX influyó enormemente en la decisión de eliminar los derechos de usufructo vitalicio otorgados a la viuda, ya que limitaban la libertad de disposición de los nudos propietarios y entorpecían la compraventa de bienes hereditarios. Sin embargo, con la desaparición de la *dower* desapareció también la única protección de la que gozaban las mujeres viudas, cuya expectativa sucesoria quedó reducida a la esperanza de que sus maridos se acordaran de ellas en sus testamentos²⁸⁰.

La situación de enorme penuria y pobreza en la que quedaron muchas mujeres viudas a finales del siglo XIX y principios del siglo XX fue el principal motor que impulsó la *Inheritance (Family Provision) Act* de 1938, la primera ley que introdujo el concepto de *family provision* o prestación familiar. Los debates parlamentarios

²⁷⁷ El epígrafe 1.2.2 (a) relativo a los antecedentes históricos, trata la transmisión de la propiedad inmobiliaria en Inglaterra y la situación de la mujer casada.

²⁷⁸ La *Married Women's Property Act 1870* supuso el principio de un reconocimiento del derecho de las mujeres casadas a la titularidad sobre su patrimonio que fue extendiéndose en sucesivas leyes, todas denominadas *Married Women's Property Act*, hasta que, en 1893, se reconoció el derecho de las mujeres casadas a otorgar testamento sin el consentimiento de sus maridos.

²⁷⁹ CROUCHER, Rosalind, "How free is free ...", op. cit., pp. 15-17. Ver también el comentario de BLACKSTONE, William, *Commentaries on ...*, op. cit., pp. 442-445, sobre las consecuencias para la mujer de que su personalidad jurídica quedara subsumida en la de su marido al contraer matrimonio (la sección relevante fue citada en el epígrafe 1.2.2 (a), al tratar los antecedentes históricos).

²⁸⁰ CROUCHER, Rosalind, "How free is free ...", op. cit., pp. 15-16.

que precedieron a esta legislación reflejan la creciente preocupación social por la coyuntura de las viudas, apuntando a “un número no insignificante de testamentos” en los que las disposiciones testamentarias no aseguraban el sustento de la esposa viuda y de sus hijos, quedando estos en situación de desamparo²⁸¹. Ante esta tesitura, es lógico que la judicatura de la época estuviera más dispuesta a recibir favorablemente reclamaciones interpuestas por mujeres, aunque siempre con el único objetivo de aliviar una situación de penuria económica y sin entrar a valorar la decisión del testador de omitir a su esposa e hijos en su testamento²⁸².

Ciertamente, la situación jurídica de la mujer ha evolucionado mucho desde la introducción de la *family provision* a principios del siglo XX y, entre las numerosas modificaciones incorporadas a la normativa, se incluye la eliminación de toda discriminación por razón de género y la equiparación de los derechos de la pareja civil a los derechos del cónyuge²⁸³.

Por lo que se refiere a la legitimación del cónyuge o pareja civil para interponer una reclamación bajo la normativa de la *family provision*, la ley requiere prueba de que el matrimonio o la pareja existía en el momento de la muerte, pero no es necesario probar que la convivencia persistía en ese momento. Por lo tanto, siempre y cuando no exista una sentencia de divorcio firme (*decree absolute*) o una orden de disolución de la pareja civil, el cónyuge o pareja superviviente tiene legitimación activa conforme a la ley de 1975. En caso de separación judicial, el cónyuge supérstite podrá reclamar la pensión familiar a menos que, en el momento de la

²⁸¹ En referencia a la evolución histórica que llevó a la entrada en vigor de la *Inheritance (Family Provision) Act 1938*, ver el epígrafe 3.1. Ver también DAINOW, Joseph, “Limitations on ...”, op. cit., pp. 337-360.

²⁸² DAINOW, Joseph, “Limitations on ...”, op. cit., p. 350.

²⁸³ A pesar de que es indudable que la situación jurídica de la mujer en Inglaterra ha evolucionado de forma exponencial desde el siglo XIX, su posición social tal vez no haya evolucionado al mismo ritmo. Ver, en este sentido, la reflexión realizada por SAWYER, Caroline y SPERO, Miriam, *Succession, wills, ...*, op. cit., p. 326, con respecto al hecho de que, hoy en día, los hombres continúan teniendo más propiedades a su nombre que sus mujeres, reciben mayores salarios y tienden a ser los que continúan trabajando la jornada completa mientras sus mujeres se ocupan de la familia de modo no retribuido. Las autoras apuntan que, en las parejas heterosexuales, los hombres tienden a ser mayores que sus mujeres y habitualmente mueren a una edad más temprana que ellas, por lo que hay más viudas que viudos. Sin embargo, la normativa relativa a la *family provision* no hace diferencias entre los distintos sexos, cuestión que, tal vez, debería revisarse.

separación, el causante hubiera obtenido una orden judicial prohibiendo expresamente a su cónyuge la posibilidad de reclamar a cargo de su herencia. En caso de matrimonio nulo, la parte superviviente puede reclamar como cónyuge si el causante muere antes de la publicación de la sentencia de nulidad²⁸⁴.

(b) Anterior cónyuge o pareja civil

El excónyuge o expareja del causante puede reclamar bajo la normativa de la *family provision*, siempre que no haya contraído nuevas nupcias o registrado una nueva pareja civil²⁸⁵. La ley especifica que se entiende como excónyuge una persona cuyo matrimonio con el causante haya sido disuelto mediante sentencia firme de divorcio o nulidad (u orden de disolución de la pareja en caso de pareja civil)²⁸⁶.

La inclusión del cónyuge o pareja civil anterior puede parecer, a primera vista, extraña. Aunque es cierto que pocas reclamaciones provenientes de esta categoría de demandante prosperan, existen precedentes en los que los juzgados han otorgado una pensión familiar a un excónyuge²⁸⁷. La compensación económica acordada durante el proceso de divorcio, disolución de la pareja civil o nulidad es considerada, en la mayoría de los casos, compensación suficiente para el excónyuge o expareja superviviente, particularmente cuando el acuerdo económico consiste en un único pago (*clean break*)²⁸⁸. Sin embargo, cuando la compensación económica es una pensión pagadera a lo largo de un período de tiempo, los jueces son más proclives a aceptar una reclamación al amparo de la ley de la *family provision*, particularmente cuando el causante muere al poco tiempo de haberse formalizado el divorcio y comenzado el pago de la pensión²⁸⁹.

²⁸⁴ KERRIDGE, Roger, *The Law of Succession*, op. cit., p. 200, SLOAN, Brian, *Borkowski's ...*, op. cit., p. 267.

²⁸⁵ Artículo 1 (1) (b) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*.

²⁸⁶ Artículo 25 (1) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*.

²⁸⁷ SAWYER, Caroline y SPERO, Miriam, op. cit., pp. 328-329.

²⁸⁸ SLOAN, Brian, *Borkowski's ...*, op. cit., p. 268.

²⁸⁹ SAWYER, Caroline y SPERO, Miriam, *Succession, wills, ...*, op. cit., p. 329, citando la sentencia *Re Farrow [1987] 1 FLR, 205* en la que el causante murió sin otorgar testamento, menos de un año tras formalizarse el divorcio.

En los casos de divorcio, disolución de la pareja o nulidad, las partes tienen la opción de solicitar que se incluya en la sentencia una disposición que prohíba a la expareja reclamar la *family provision*. Como es habitual en los juzgados de familia ingleses, la decisión queda sujeta a la discreción del tribunal que dictará un auto en ese sentido “siempre que lo considere justo”²⁹⁰. En cualquier caso, aunque la sentencia de divorcio, disolución o nulidad prohíba la reclamación, el excónyuge o expareja podría reclamar como conviviente de hecho, si cumpliera las condiciones de dicha categoría²⁹¹.

(c) El conviviente *more uxorio*

Como ya se sabe, el conviviente *more uxorio* sobreviviente está legitimado para reclamar una parte de la herencia de su pareja desde la reforma de 1995²⁹². Tal y como se ha mencionado en epígrafes anteriores, esta reforma fue propuesta por la *Law Commission* para paliar la situación de desprotección del conviviente de hecho en la sucesión intestada de su pareja, a la que no es llamado, concediéndole la posibilidad de reclamar por vía judicial. Sin embargo, para poder acceder a esta vía, el miembro sobreviviente de la pareja *more uxorio* debe probar su condición de “conviviente”²⁹³. La ley exige que se cumplan los siguientes requisitos: (i) el reclamante debió de convivir con el causante, en la misma vivienda, (ii) la convivencia tuvo que ser análoga a la de cónyuge o pareja civil (“como marido y mujer”), y (iii) la convivencia debió durar al menos dos años y persistir en el momento inmediatamente anterior a la muerte del finado²⁹⁴.

En un intento de aclarar lo que significa “convivir en la misma vivienda”, los tribunales ingleses han dejado claro que lo que se requiere no es, necesariamente,

²⁹⁰ Artículo 15 de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*.

²⁹¹ Este principio fue establecido en *Chekov v Fryer and Another* [2015] EWHC, 1642 (Ch.)

²⁹² Reforma introducida por la *Law Reform (Succession) Act 1995*.

²⁹³ Al contrario que el cónyuge o la pareja civil, que solo con probar el vínculo por medio de contrato de matrimonio o acta registral de la pareja, acceden automáticamente a la jurisdicción.

²⁹⁴ Artículo 1(1) (ba) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*.

que la pareja comparta domicilio de forma exclusiva, sino que es posible que pasen tiempo en viviendas diferentes siempre que su voluntad sea la convivencia, expresada judicialmente en términos como “permanencia”, “frecuencia de contacto íntimo”, “ayuda mutua”, “comunidad de recursos” o “una limitación de las libertades personales ejercida voluntariamente por los miembros de la pareja”²⁹⁵.

Más complejo resulta determinar cuándo una pareja que ha optado por no casarse, convive “como marido y mujer”. La ley no ofrece definición ni orientación alguna, por lo que son los jueces quienes deben decidir si, en el caso concreto, la pareja convivió “como marido y mujer”. En su proceso de deliberación el juez aplica un concepto jurídico indeterminado, a menudo utilizado en el ordenamiento jurídico inglés, como es “la percepción razonable del ciudadano medio”; es decir, el juez considera si en opinión de una persona razonable con una capacidad de percepción normal, la pareja en cuestión convivió como marido y mujer, teniendo en cuenta la gran diversidad que existe en la convivencia matrimonial. El problema con esta referencia a la “percepción del ciudadano medio” es que requiere que la relación de la pareja fuera pública y notoria, excluyendo por tanto aquellas relaciones en las que los convivientes hubieran optado por mantener la unión en secreto²⁹⁶. La existencia o ausencia de relaciones sexuales no se considera determinante a la hora de concluir si la pareja convivió como marido y mujer, ya que, en la opinión del juez inglés, no es extraño encontrar matrimonios, “perfectamente felices”, que optan por la abstinencia sexual²⁹⁷.

Es incuestionable que el reconocimiento expreso del conviviente *more uxorio* como legitimado a reclamar parte de la herencia de su pareja fue un paso importante en la lucha por los derechos de la pareja extramatrimonial no registrada. Sin embargo,

²⁹⁵ SLOAN, Brian, *Borkowski's ...*, op. cit., p. 276; ver también *Churchill v Roach* [2002] EWHC 3230 (Ch).

²⁹⁶ Esta falta de publicidad fue la razón por la que el juez denegó la reclamación en *Baynes v Hedger* [2008] EWHC, 1587 (Ch), a pesar de que la ley de 1975 no incluye la publicidad de la relación como un requisito de la convivencia de hecho. Existe una sentencia posterior, sin embargo, en la que la idea de la publicidad como requisito necesario fue rechazada; *vid. Lindop v Agus, Bass and Hedley* [2010] FLR, 231.

²⁹⁷ *Ibid.* Ver también PROBERT, Rebecca y HARDING, Maebh, *Cretney and Probert's Family Law*, Sweet and Maxwell, Londres, 2018, pp. 218-220.

la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* le otorga un trato muy inferior al del cónyuge o pareja civil registrada, exigiéndole que pruebe que su relación con el causante cumplía determinadas condiciones y, cuando consigue probarlo, limitando su reclamación a una prestación alimenticia básica²⁹⁸.

(d) Los hijos del causante

Los hijos del causante pueden reclamar una parte del patrimonio hereditario de su progenitor, independientemente de su edad, sexo o de si son hijos biológicos o adoptivos²⁹⁹. La norma utiliza el término “*child of the deceased*” en lugar de “*issue*”, que es el término que se utiliza en la *Administration of Estates Act 1925* para referirse a los hijos y descendientes. La distinción es importante, ya que el derecho a reclamar reconocido a los hijos bajo la normativa de la *family provision*, no se extiende a los nietos u otros descendientes. En caso de que quisieran reclamar, los nietos y demás descendientes deberán hacerlo bajo la categoría de persona económicamente dependiente del causante³⁰⁰.

Como ya vimos, la primera versión de la normativa introducida en 1938 limitaba el acceso a esta jurisdicción a las hijas no casadas o incapacitadas y a los hijos menores de edad o incapacitados. Esta limitación fue derogada por la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* de 1975 y, actualmente, el derecho a reclamar de los hijos adultos no está cuestionado, aunque, como veremos más adelante, las posibilidades de éxito de sus reclamaciones son muy limitadas porque, lo que sí se cuestiona, es el derecho de un hijo adulto a ser mantenido con cargo a la herencia de su padre o de su madre. En cualquier caso, posiblemente debido al desfavorable trato que los hijos reciben en la sucesión intestada cuando concurren con el cónyuge

²⁹⁸ SLOAN, Brian, “The concept of coupledom in Succession Law”, *Cambridge Law Journal*, vol. 70, núm. 3, 2011, pp. 623-648.

²⁹⁹ Artículo 1(1)(c) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*.

³⁰⁰ En el reciente caso de *Delaforte v Flood* [2021] WTLR 499, el *County Court* de Londres rechazó la reclamación que la nieta de la causante interpuso bajo el artículo 1(1)(c) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, pero, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, admitió la reclamación bajo el artículo 1(1)(e), es decir, bajo la categoría de persona económicamente dependiente del causante.

o pareja civil supérstite, la jurisdicción de la *family provision* es, a menudo, la única opción para acceder a la herencia de su progenitor.

(e) Los “hijos de la familia”

Están legitimados para reclamar la prestación familiar aquellas personas que, no siendo hijos del causante, hubieran sido tratadas por el causante como un “hijo de la familia” dentro del contexto de un matrimonio o pareja civil del que el causante hubiera formado parte. Este requisito de que la relación se hubiese desarrollado dentro de un matrimonio o pareja civil se relajó en 2014 para incluir también otras situaciones en las que la relación se hubiese desarrollado dentro de cualquier contexto familiar en el que el causante hubiese desempeñado el papel de madre o padre hacia el demandante³⁰¹. Es decir, para calificar a una persona como “hijo de la familia”, ya no es requisito previo que el causante hubiese estado casado o hubiese formado una pareja civil con su progenitor y, de hecho, es posible que los únicos miembros de esa familia sean el causante y el demandante. La ampliación de esta categoría constituye el reconocimiento de un nuevo concepto de la familia, más centrado en la naturaleza de las relaciones y su calidad emocional, que en su aspecto formal³⁰². Tras su ampliación, esta categoría incluye, *inter alia*, a los hijos del conviviente del causante o a personas que convivieron con el causante en régimen de acogida, sin llegar nunca a ser adoptadas legalmente.

³⁰¹ Artículo 1(1) (d) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*, reformado por la *Inheritance and Trustees' Powers Act 2014*. Durante los debates parlamentarios previos a la *Inheritance and Trustees' Powers Act* de 2014 se reconoció que la normativa creaba una situación injusta al tratar de modo diferente a una persona, dependiendo de si su progenitor estuvo casado o formó una pareja civil con el causante, o si decidieron convivir juntos sin formalizar la relación. Durante la segunda lectura de la propuesta de ley se indicó que el objetivo de la reforma era modernizar el Derecho de sucesiones con el fin de que reflejara mejor el concepto moderno de “familia” para evitar que alguien que fue como un hijo para el causante no pueda reclamar parte de la herencia por falta de legitimación (Simon Hugues MP: “*We are trying to modernise the law of succession so that we better reflect the realities of modern family life and ensure that a claim by a deserving child for financial help will no longer be barred simply on the basis of the status of his or her parents.*”). El acta del debate de la segunda lectura de la propuesta de ley puede consultarse en los Debates Parlamentarios de la Cámara de los Lores, Segundo Debate sobre la *Inheritance and Trustees Powers Bill*, 3 de marzo de 2014, <https://publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmpublic/inheritance/140303/pm/140303s01.htm>

³⁰² PROBERT, Rebecca, “Disquieting thoughts ...”, op. cit., p. 36.

El criterio determinante de esta categoría es la naturaleza de la relación entre el causante y el demandante. En este sentido, la edad del demandante resulta irrelevante pudiendo haber sido tratado por el causante como un “hijo de la familia” no sólo si es un menor, sino también siendo adulto. Por ejemplo, los tribunales han considerado que existía una relación análoga a la paterno filial cuando ha podido probarse la estrecha relación del causante con los hijos del demandante (tratándoles como si fueran sus nietos) o los cuidados ofrecidos por el demandante al causante³⁰³.

(f) Persona “dependiente” del causante

La última categoría de posibles demandantes prevista en la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975* incluye a “toda persona que, inmediatamente antes de la muerte del causante, hubiera sido mantenida por el causante, total o parcialmente”³⁰⁴.

La inclusión de la “persona dependiente” como legitimada para demandar parte de la herencia del causante fue una de las reformas más polémicas que introdujo la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act*. En efecto, la norma fue duramente criticada por introducir la posibilidad de que personas que no formaban parte de la “familia” (entendida en su formato más tradicional) pudieran beneficiarse de la herencia del causante³⁰⁵. Recordemos que, en sus primeros años, la reforma fue coloquialmente conocida como “la ley de las amantes”, ya que inicialmente se concibió como una vía de reclamación para la pareja *more uxorio* que, hasta entonces, había estado desprotegida tanto en la sucesión intestada, como en la testada³⁰⁶. Sin embargo, en la práctica su uso ha sido mucho más amplio al permitir reclamaciones de cualquiera que, sin ser cónyuge o hijo del causante, haya sido “mantenido” económicamente por él inmediatamente antes de su deceso.

³⁰³ *Ibid.*, p.35-41

³⁰⁴ Artículo 1(1)(e) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*.

³⁰⁵ Ver, for ejemplo, GREEN, Kate, “The Englishwoman’s ...”, op. cit., pp. 187-209.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 196. Ver también los argumentos de la *Law Commission* sobre la necesidad de proteger al conviviente supérstite en el informe que precedió a la introducción de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* de 1975 en LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Second Report on Family Property*, Informe Law Com No 61, 1974.

La *Law Commission* recomendó la inclusión de la “persona dependiente” del causante para evitar que personas que en vida del finado dependían económicamente de él, quedasen en situación de penuria tras su muerte “de forma accidental” o “injusta”³⁰⁷. El órgano asesor predijo que sería difícil concretar el significado del término “persona mantenida por el causante” y determinar en cada caso concreto la existencia de “dependencia”. No obstante, lejos de dar una respuesta a estas cuestiones, se limitó a ofrecer la siguiente reflexión:

En nuestra opinión, estas cuestiones pueden ser resueltas por los tribunales utilizando el sentido común. Desde nuestro punto de vista, debe entenderse que una persona fue mantenida por el causante, total o parcialmente, cuando el causante contribuyó de modo sustancial, ya sea en dinero o en especie, a financiar las necesidades razonables del demandante, siempre que no lo hiciera a cambio de contraprestación³⁰⁸.

Lamentablemente, la Comisión no aclaró qué constituye sentido común en este contexto o el sentido común de quién debe de aplicarse para resolver estas cuestiones. Ante la falta de directrices, los tribunales han interpretado el requisito de ser “mantenido por el causante” del mismo modo en el que se venía haciendo en los casos de separación o divorcio. Se entiende que la cantidad que se adjudique al demandante debe establecerse con referencia al nivel de vida del que gozaba cuando el causante estaba vivo (al igual que se hace para calcular la pensión compensatoria) y, por lo tanto, la cantidad otorgada variará según las circunstancias del caso³⁰⁹. Los jueces también han establecido de forma reiterada que “mantener” a una persona debe entenderse, en este contexto, como un concepto sostenido en el tiempo; es

³⁰⁷ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Second Report on Family Property*, Informe Law Com No 61, 1974.

³⁰⁸ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Second Report on Family Property*, Informe Law Com No 61, 1974, párrafo 98. Texto original: “*We think that these questions can be resolved by the court on common sense lines. The principle in our view is that a person should be treated as having been maintained by the deceased, either wholly or partly, as the case may be, if the deceased was, otherwise than for full consideration, making a substantial contribution in cash or kind, towards that person's reasonable needs.*”

³⁰⁹ SLOAN, Brian, *Borkowski's ...*, op. cit., pp. 270-271.

decir, un pago o una ayuda ocasional no significa que el causante estuviera manteniendo a esa persona y no puede formar la base de una reclamación sobre la herencia del causante³¹⁰.

Mayor dificultad presentó inicialmente el requisito de que el causante no hubiera mantenido al demandante a cambio de una “contraprestación plena”. El artículo 1(3) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* establece que,

... se debe considerar que una persona estaba siendo mantenida por el causante (total o parcialmente) sólo en el caso de que el causante hubiera contribuido de modo sustancial a satisfacer las necesidades razonables de esa persona, mediante dinero o contribución equivalente a dinero, siempre que dicha contribución no fuera a cambio de una contraprestación económica acordada en un contrato de naturaleza comercial³¹¹.

Este artículo fue modificado en 2014 sustituyéndose las palabras “a cambio de contraprestación económica” por el texto actual: “a cambio de una contraprestación económica acordada en un contrato de naturaleza comercial”³¹². La aclaración fue necesaria debido a la desafortunada interpretación que se venía aplicando a este requisito, que exigía que el causante contribuyera de modo sustancial al “mantenimiento razonable” del demandante. Inicialmente se entendió que los tribunales debían de completar una especie de inventario en el que se contabilizaban las contribuciones del causante y se comparaban con aquellas del demandante; por ejemplo, el causante aportó la vivienda y el demandante aportó asistencia y cuidados durante una enfermedad; ¿qué valor se adjudica a estas aportaciones?, ¿cómo se valoran los años de cuidados que una persona haya podido dedicar a su pareja enferma?, ¿y el cuidado de la casa?, ¿y la compañía? Los

³¹⁰ *Ibid.*, p. 271.

³¹¹ Artículo 1(3) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*. Texto original: “a person is to be treated as being maintained by the deceased (either wholly or partly, as the case may be) only if the deceased was making a substantial contribution in money or money’s worth towards the reasonable needs of that person, other than a contribution made for full valuable consideration pursuant to an arrangement of a commercial nature”.

³¹² Reforma introducida por la *Inheritance and Trustees’ Powers Act 2014*.

tribunales afrontaron estas preguntas con dificultad y las trataron como si de una cuenta contable se tratara; si la aportación del causante a las necesidades alimenticias razonables del demandante fue mayor que la aportación realizada por el demandante al causante, el demandante tenía derecho a reclamar. Por el contrario, cuando la contribución del demandante era valorada en una cantidad mayor que la aportada por el causante, la reclamación era denegada. Este enfoque tuvo la desafortunada consecuencia de favorecer al demandante que, en vida del causante, le aportó poco o nada, mientras perjudicaba al demandante que se hubiera desvivido por el causante, ofreciéndole todo tipo de atenciones y cuidados. Las sentencias publicadas en esta época constituyeron, en ocasiones, decisiones palmariamente injustas que premiaban la conducta equivocada, ya que cuanto menos se hiciera por el causante en vida, más posibilidades existían de reclamar una porción de su herencia tras su muerte³¹³.

La reforma de 2014 fue un intento del legislador de dejar atrás un sistema fallido basado en la comparación de las contribuciones de las partes, recogiendo expresamente en la norma la posibilidad de reclamar en circunstancias en las que la contribución del demandante hubiera sido mayor que la del causante. El único requisito en la legislación vigente es que la aportación hecha por el causante a la manutención del demandante, no haya sido consecuencia de un contrato comercial entre las dos partes; es decir, un empleado doméstico o un enfermero asalariado, no puede reclamar como persona dependiente del causante, mientras que una persona que ha vivido con el causante puede reclamar bajo esta categoría sin tener que presentar un listado de lo que cada parte contribuyó durante la relación³¹⁴. Ejemplos de demandantes a los que se les ha reconocido legitimación activa incluyen, *inter alia*, la hermana del causante, la hermana de la viuda del causante, un concuñado e incluso un amigo que convivió con el causante compartiendo gastos³¹⁵.

³¹³ KERRIDGE, Roger, *The Law of Succession*, op. cit., pp. 218-219; DOUGLAS, Gillian, "Family provision and family practices: the discretionary regime of the Inheritance Act of England and Wales", *Oñati socio legal series*, vol. 4, núm. 2, 2014, pp. 229-232.

³¹⁴ DOUGLAS, Gillian, "Family provision ...", op. cit., p. 219; SLOAN, Brian, *Borkowski's ...*, op. cit., pp. 270-273.

³¹⁵ La *Law Commission*, en su consulta sobre las actitudes de la sociedad ante la normativa de la provisión familiar, utilizó como ejemplo de persona "dependiente del causante" el supuesto de dos

En cualquier caso, la labor de los jueces sigue siendo extremadamente difícil ya que, si es posible ser económicamente dependiente del causante contribuyendo más de lo que se ha recibido, será complicado definir qué se entiende por “dependencia”. La jurisdicción de los tribunales es completamente discrecional e, inevitablemente, los jueces afrontan estas cuestiones desde su experiencia personal haciendo referencia al “sentido común”, lo que introduce un elemento de apreciación subjetiva que caracteriza el derecho de familia inglés en general y la aplicación de la normativa reguladora de la *family provision* en particular³¹⁶.

(g) ¿Otras categorías de demandante?

La lista de legitimados incluida en la normativa de la prestación familiar ha sido objeto de crítica por una parte importante de la doctrina, que considera que sucesivas reformas legislativas han ido ampliando la lista como respuesta a situaciones concretas y no en base a una estrategia global que justifique la inclusión de una determinada categoría de demandantes³¹⁷. Recordemos que la normativa de la *family provision* constituye una limitación importante, y sin precedentes en el ordenamiento legal inglés, al principio de libertad de testar irrestricta, permitiendo a los juzgados modificar la voluntad del causante tras su muerte, en respuesta a una reclamación interpuesta por ciertas personas. A medida que la lista de reclamantes se amplía, las posibilidades de reducir la libertad de disposición del causante aumentan.

hermanos o dos amigos que viven juntos, aunando recursos, contribuyendo al alquiler y a los gastos comunes por igual y compartiendo las tareas domésticas. La combinación de sus ingresos les permite alcanzar un mejor nivel de vida que si vivieran de forma independiente. Al morir uno de ellos, el sobreviviente no puede continuar haciendo frente a sus gastos razonables solamente con sus ingresos. LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES, *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Documento de consulta Law Com CP 191, 2009, párrafo 6.22. Ver también SAWYER, Caroline y SPERO, Miriam, *Succession, wills, ...*, op. cit., pp. 334-338; PROBERT, Rebecca, “Disquieting thoughts ...”, op. cit., p. 43.

³¹⁶ Un análisis más detallado de la subjetividad de las decisiones judiciales en este ámbito en DOUGLAS, Gillian, “Family provision ...”, op. cit., pp. 222-242.

³¹⁷ Ver, entre otros, ECKELAAR, John, *Family law and personal life*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 48; SLOAN, Brian, “The concept of coupledness ...”, op. cit., pp. 623-648.

Lo cierto es que la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* nos sitúa en el centro del debate sobre qué se entiende por “familia”, qué son las “relaciones familiares” y qué relaciones familiares deben de estar protegidas por ley. Tal y como apunta DOUGLAS, si analizamos los criterios utilizados para determinar quién puede reclamar bajo la normativa de la prestación familiar, junto con los principios jurídicos que informan el arbitrio judicial en este ámbito, podemos vislumbrar el intento del legislador de conciliar la concepción tradicional de “familia” y “derechos y obligaciones familiares”, con una realidad social en constante evolución, con percepciones cambiantes sobre qué relaciones familiares deben de ser protegidas por ley³¹⁸. En este sentido, cabe destacar la diferencia entre la amplitud de la lista de individuos que reciben protección bajo la normativa de la *family provision* y aquellos protegidos bajo la normativa de la sucesión intestada, que continúa estando definida en base a una visión muy convencional de la familia del causante, que incluye solamente al cónyuge y a la parentela de sangre o adoptiva.

En el año 2009, la *Law Commission* consideró la posibilidad de ampliar la lista de personas legitimadas para reclamar la prestación familiar en base a su relación con el causante sugiriendo, por ejemplo, la inclusión de padres, hermanas y hermanos³¹⁹. La respuesta general a la consulta fue negativa por miedo a que ampliar las categorías con derecho a reclamar resultara en un aumento inasumible de demandas. El debate se centró nuevamente en el conflicto entre la libertad de testar del causante y sus obligaciones familiares. ¿Es aceptable modificar la voluntad del causante tras su muerte, cuando en vida decidió no disponer en favor de sus padres o hermanos?, ¿tiene el causante la obligación moral de disponer en favor de éstos? Finalmente, la Comisión no recomendó la ampliación de la lista de actores argumentando que los padres, hermanas o hermanos pueden reclamar bajo

³¹⁸ DOUGLAS, Gillian, “Family provision ...”, op. cit., p. 225.

³¹⁹ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, párrafo 6.83. En particular, las organizaciones benéficas o de caridad se mostraron en contra de esta propuesta por considerar que la inclusión de hermanos, hermanas o padres aumentaría de forma sustancial las impugnaciones de los legados otorgados a favor de dichas organizaciones.

la categoría de “persona económicamente dependiente del causante”³²⁰. En este sentido, es interesante el diferente trato que reciben los padres y hermanos en la sucesión intestada, bajo la que heredan por ley (primero los padres y, a falta de estos, los hermanos), cuando no hay cónyuge supérstite o descendientes. Bajo la normativa de la *family provision*, sin embargo, deben de probar que existió una relación de dependencia económica con el causante para poder reclamar una parte en su herencia. Entendemos que esta diferencia se debe a que la normativa reguladora de la prestación familiar no pretende garantizar un derecho basado en la relación de parentesco con el causante, sino dar respuesta a la situación de “necesidad” en la que se encuentra el demandante que, independientemente de ser padre, madre, hermano o amigo, dependía económicamente del causante³²¹. En este sentido, los tribunales ingleses han indicado que el objetivo de la ley es “remediar, siempre que sea posible, la injusticia generada por el causante al permitir que una persona dependa económicamente de él en vida y, tras su muerte, ya sea de forma voluntaria o involuntaria, se vea privada de sustento económico.”³²²

El otro grupo de individuos cuya inclusión en la legislación genera controversia son las personas que, sin necesariamente tener lazos familiares con el causante, le ofrecieron atenciones y cuidados durante los últimos años de su vida. Teniendo en cuenta que la esperanza de vida es cada vez mayor y que los cuidados asistenciales a menudo son proporcionados por personas ajenas a la familia (entendida como familia nuclear), éste es un debate cada vez más presente. Por ahora, sin embargo, si estos “cuidadores” quieren recibir parte de la herencia del causante, deben de reclamar bajo la categoría de “persona dependiente del causante”, a menos, obviamente, que el causante disponga voluntariamente a su favor en su testamento³²³.

³²⁰ OLDHAM, Mika, “Financial obligations within the family: Aspects of intergenerational maintenance and succession in England and France”, *Cambridge Law Journal*, vol. 60, núm.1, pp. 128-177.

³²¹ Ver, en este sentido, las reflexiones de PROBERT, Rebecca, “Disquieting thoughts ...”, op. cit., p. 47.

³²² *Jelley v Iliffe* (1981) Fam 128 (CA).

³²³ SLOAN, Brian, *Borkowski’s ...*, op. cit., p. 277.

3.2.2. *Una disposición económica razonable*

Una vez establecida la legitimación activa del demandante, el juez lleva a cabo un análisis que distingue dos fases: (i) una primera fase “jurisdiccional” cuyo objetivo es determinar si el testamento del causante o, en su defecto, las normas sobre la sucesión intestada (o una combinación de ambas en el caso de una sucesión mixta), dan lugar a una distribución hereditaria razonable o equitativa para el demandante (“*reasonable financial provision*”)³²⁴ y, (ii) una segunda fase arbitraria o “discrecional”, a la que se accede sólo si el juez concluye que la disposición hereditaria no ha sido razonable, en la que el órgano judicial determina qué constituye una distribución hereditaria razonable o equitativa en el supuesto concreto y qué medidas debe dictar para conseguirla³²⁵. Los tribunales ingleses gozan de absoluta discreción en la determinación de la cuantía y la naturaleza de las medidas necesarias para lograr una distribución hereditaria razonable³²⁶, pero dicha discreción debe de ejercerse dentro de los parámetros y criterios recogidos en la ley³²⁷.

El Tribunal Supremo inglés señaló en *Ilott v The Blue Cross*³²⁸ que, en la fase jurisdiccional el juez ejercita un juicio de valor para determinar si la distribución hereditaria fue razonable, mientras que en la segunda fase ejercita su discreción en relación a las medidas a tomar para lograr dicho reparto razonable. Sin embargo, el Tribunal reconoció que en la mayoría de los casos las dos fases se solapan y el juez aplica los criterios y parámetros contenidos en la ley, ajustados al caso concreto

³²⁴ Artículo 2(1) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) 1975*. La ley establece que una persona puede reclamar si “la disposición patrimonial, ya sea realizada por el causante en su testamento o por las normas de la sucesión intestada, o por la combinación del testamento y la sucesión intestada, es tal que no prevé una disposición económica razonable para el demandante.”

³²⁵ Una descripción de las diferentes medidas que los tribunales pueden dictar en el ejercicio de su jurisdicción discrecional puede encontrarse en KERRIDGE, Roger, *The Law of Succession*, op. cit., pp. 224-238.

³²⁶ En *Berger v. Berger* [2013] EWCA Civ 1305, el Tribunal de Apelaciones británico (*Court of Appeal*) confirmó que los tribunales gozan de absoluta discreción a la hora de aplicar la ley de 1975 sobre la prestación familiar, siempre que la discreción se ejercite de forma “justa” y “correcta” (“*in accordance with what is right and proper*”).

³²⁷ Artículo 3 de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*.

³²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo *Ilott v The Blue Cross and Others* [2017] UKSC, 17.

ejercitando su discreción, tanto para decidir si la distribución hereditaria fue razonable, como para determinar, en caso de que no lo fuera, qué distribución debe ordenarse³²⁹.

(a) Una distribución razonable: primera fase del análisis jurídico

La primera labor del órgano judicial es determinar si el testamento, o la aplicación de las normas de la sucesión intestada, ha resultado en una distribución razonable del patrimonio del causante en las circunstancias concretas de cada reclamación. La cuestión a resolver por el tribunal es puramente objetiva. El tribunal no entra en apreciaciones subjetivas sobre si el causante obró de forma irracional al dejar al demandante fuera de su testamento o si fue injusto al legarle una cantidad determinada. La cuestión a valorar es si la disposición en sí es razonable para atender al sustento del actor. En palabras del tribunal inglés “la cuestión no es si el testador debe ser acusado de irracionalidad, sino si la disposición hereditaria es, en sí, razonable”³³⁰.

En una de sus primeras sentencias tras la aprobación de la ley de 1975³³¹, el Tribunal de Apelación (*Court of Appeal*) estableció el fundamento jurídico subyacente en el concepto de “disposición hereditaria razonable”. De acuerdo con el Tribunal, la distribución del caudal relicto no es razonable cuando, teniendo en cuenta todos los

³²⁹ *Ibid.*, párrafo 23. Texto original: “It has become conventional to treat the consideration of a claim under the 1975 Act as a two-stage process, viz (1) has there been a failure to make reasonable financial provision and if so (2) what order ought to be made? That approach is founded to an extent on the terms of the Act, for it addresses the two questions successively in, first, section 1(1) and 1(2) and, second, section 2. In *re Coventry* at 487 Goff LJ referred to these as distinct questions, and indeed described the first as one of value judgment and the second as one of discretion. However, there is in most cases a very large degree of overlap between the two stages. Although section 2 does not in terms enjoin the court, if it has determined that the will or intestacy does not make reasonable financial provision for the claimant, to tailor its order to what is in all the circumstances reasonable, this is clearly the objective. Section 3(1) of the Act, in introducing the factors to be considered by the court, makes them applicable equally to both stages. Thus the two questions will usually become: (1) did the will/intestacy make reasonable financial provision for the claimant and (2) if not, what reasonable financial provision ought now to be made for him? ”

³³⁰ Ver sentencias del *High Court*, *Re Goodwin* [1968] 1 Ch 283, p. 287; *Re Shannahan* [1972] 2 W.L.R., 63.

³³¹ *Re Coventry (Deceased)* CA 3 Jan 1979. Recuperado de <https://swarb.co.uk/category/wills-and-probate/>. Tras esta sentencia, este principio ha sido repetido en numerosas ocasiones, incluida la reciente sentencia del Tribunal Supremo en *Ilott v. The Blue Cross* [2017] UKSC, 17.

factores presentes en el supuesto concreto, la disposición hereditaria no es apta para satisfacer las necesidades alimenticias del reclamante. Por lo tanto, la labor del juez no es otorgar legados o recompensar conductas consideradas encomiables como, por ejemplo, que el reclamante hubiera cuidado del causante en su vejez, sino determinar la razonabilidad de la distribución hereditaria respetando lo más posible la libertad del testador inglés para decidir cómo quiso ordenar su patrimonio tras su muerte³³². En palabras del propio Tribunal, “el juez no tiene carta blanca para modificar las disposiciones previstas por el causante [en su testamento] o por la ley, adaptándolas a lo que él hubiera considerado sensato de haber estado en el lugar del causante”³³³. Sin embargo, es indiscutible que la normativa de la *family provision* impone una limitación a la libertad de testar del causante que queda, en ocasiones, sujeta al arbitrio judicial, aunque en opinión del Tribunal, esto solo sucede en aquellas “excepcionales” ocasiones en las que el testador no ha previsto un reparto razonable con provisión suficiente para asegurar el sustento del demandante³³⁴.

Para que la valoración que realiza el juez sobre la racionalidad de la distribución hereditaria sea “objetiva”, éste debe analizar todas las circunstancias que puedan ser relevantes en el momento en el que se interpone la reclamación, incluso aquellas que hayan ocurrido después de la muerte del causante, ya que lo que se analiza no es la decisión del testador, sino la razonabilidad de la disposición hereditaria³³⁵.

³³² *Re Coventry (Deceased)* CA 3 Jan 1979. Recuperado de <https://swarb.co.uk/category/wills-and-probate/>

³³³ *Ibid.*

³³⁴ *Ibid.* Texto original “...it is not the purpose of the Act to provide legacies or rewards for meritorious conduct. Subject to the court’s powers under the Act and to fiscal demands, an Englishman still remains at liberty at his death to dispose of his own property in whatever way he pleases or, if he chooses to do so, to leave that disposition to be regulated by the laws of intestate succession. In order to enable the court to interfere with and reform those dispositions it must, in my judgment, be shown not that the deceased acted unreasonably, but that, looked at objectively, his disposition or lack of disposition produces an unreasonable result in that it does not make any, or any greater, provision (...) for the applicant’s maintenance.”

³³⁵ En este sentido KERRIDGE, Roger, *The Law of Succession*, op. cit., p. 192, señala que, para poder realizar un análisis objetivo de la disposición hereditaria, los tribunales pueden admitir a prueba hechos ocurridos tras la muerte del causante que pueden acabar siendo materiales en su decisión. En *Re Shanahan* [1972] 2 W.L.R., p.63, el causante otorgó testamento en favor de su segunda esposa sin hacer disposición alguna en favor de la primera, quien se había divorciado del causante quince años antes, alegando crueldad y abandono. Desde su divorcio y hasta su muerte, el causante pagó una pensión a su exmujer de 400 libras al año. La primera mujer sufría de una artritis aguda que le

Sin perjuicio de la objetividad del análisis, la valoración de los tribunales en esta primera fase conlleva, sin duda, una valoración subjetiva o, tal y como lo describe el propio Tribunal, “una decisión cualitativa”³³⁶. Esto no es extraño o particularmente complejo para el juez inglés, ya que los tribunales de familia están acostumbrados a operar con un alto grado de discrecionalidad en sus decisiones. Sin embargo, al jurista de tradición civil puede resultarle llamativo que, a pesar de afirmarse reiteradamente que la función del órgano jurisdiccional inglés no consiste en valorar si el causante fue moralmente injusto o cruel, la jurisprudencia está repleta de valoraciones subjetivas sobre lo que constituye una conducta familiar “apropiada” y de juicios sobre las consiguientes obligaciones familiares que dicha conducta genera para el causante. El propio tribunal ha intentado aclarar esta aparente contradicción explicando que, para poder determinar qué constituye una disposición económica razonable en un caso determinado, es necesario tener en cuenta los “valores familiares” vigentes en la sociedad, lo que requiere que el juez considere sus propias experiencias y nociones de familia para poder alcanzar una solución justa y adecuada a la realidad social³³⁷.

dejó parcialmente discapacitada. Sentando un principio de lo que en años sucesivos se convertiría en jurisprudencia incontestada, el tribunal señaló que existe una diferencia crucial entre considerar la razonabilidad de la disposición desde el punto de vista del causante o desde el punto de vista del tribunal. El causante tendría sus razones para disponer como lo hizo, ya fuera un deseo de proteger a su segunda esposa o un resentimiento hacia la primera o incluso puede que no conociera la enfermedad incapacitante de su primera esposa. El tribunal no entra a valorar estas cuestiones subjetivas que, al fin y al cabo, sólo el causante podría justificar. La labor del tribunal es llevar a cabo un análisis puramente objetivo de la razonabilidad de la disposición en sí, valorando para ello todas las circunstancias relevantes en el caso concreto, en el momento de la reclamación. Para un análisis más detallado de *Re Shanahan*, ver HALL, Joan Kelly, “Reasonable provision for a dependant”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 30, núm. 1, 1972, pp. 50-53.

³³⁶ Ver, entre otras sentencias, *Ilott v. Mitson* [2011] EWCA Civ., p.346. Para un comentario más general sobre el juicio de valor llevado a cabo por los tribunales de familia en éste área, ver DOUGLAS, Gillian, “Family provision ...”, op. cit., p. 232; GREEN, Kate, “The Englishwoman’s ...”, op. cit., p. 199; JOHNSON, Irene D., “There is a will, but no way: whatever happened to the doctrine of testamentary freedom and what can (should) we do to restore it?”, *Estate Planning and Community Property Law Journal*, núm. 4, 2011, pp. 105-126. Recuperado de <http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/824/>; CONWAY, Heather, “Where there is a will...: law and emotion in sibling inheritance disputes”, en *The emotional dynamics of law and legal discourse*, Heather Conway y John Stannard (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 35-57.

³³⁷ *Ilott v. Mitson* [2011] EWCA Civ., párrafos 67 y 68.

Inevitablemente, los jueces, enfrentados a situaciones familiares complejas y a menudo altamente emocionales, basan sus decisiones en juicios de valor formados en torno a las normas socio-culturales prevalentes que establecen qué relaciones familiares deben de ser favorecidas o alentadas³³⁸. Durante los debates en el Parlamento británico sobre la introducción de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* de 1975, un parlamentario describió del siguiente modo el enorme reto al que se enfrentan los tribunales:

Es verdaderamente difícil (...) intentar determinar qué es justo y razonable para una persona de cuya vida [el juez] sabe poco, qué es justo y razonable para su exmujer, su viuda, tal vez su amante, los hijos que tuvo fuera del matrimonio... Decidir cómo adjudicar méritos y deméritos entre estas personas es doloroso y extremadamente difícil.³³⁹

En opinión de gran parte de la doctrina, estas decisiones, aparentemente objetivas, están basadas en juicios morales que los jueces intentan camuflar con referencias a parámetros y criterios legales³⁴⁰. Estos parámetros están recogidos en la ley como factores que el juez debe tener en cuenta a la hora de determinar la razonabilidad de la distribución hereditaria, pero, inevitablemente, aunque los criterios dispuestos en la ley ofrecen cierto grado de certeza, el concepto de “razonabilidad” es indeterminado y requiere que los jueces lleven a cabo una apreciación subjetiva.

(b) El doble criterio de razonabilidad

La expectativa de los legitimados al interponer una reclamación bajo la ley de 1975 es diferente dependiendo de su relación con el causante. Todos reclaman un crédito alimenticio con cargo al patrimonio hereditario en forma de prestación económica razonable (“*reasonable financial provision*”), pero lo que se considera una

³³⁸ CONWAY, Heather, “Where there is a will ...”, op. cit., pp. 35-57.

³³⁹ Cita obtenida de GREEN, Kate “The Englishwoman’s ...”, op. cit., p. 201.

³⁴⁰ GREEN, Kate, “The Englishwoman’s ...”, op. cit., p. 200.

disposición razonable para el cónyuge o pareja civil es notablemente diferente de la expectativa razonable del resto de los demandantes³⁴¹.

El artículo 1(2) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* establece dos estándares para determinar si una disposición hereditaria es razonable: el “estándar del cónyuge superviviente” y el “estándar de alimentos”.

i. El estándar del cónyuge superviviente

Una disposición económica razonable para el cónyuge o pareja civil superviviente debe entenderse como “una dotación económica que, atendiendo a todas las circunstancias del caso, es razonable asignar a un cónyuge o pareja civil, independientemente de que dicha dotación sea necesaria para su sustento y alimentación”³⁴². Como ya se ha señalado, el derecho a impugnar el testamento para reclamar una prestación familiar “razonable” también puede ejercerse en sede de sucesión *ab intestato* para impugnar el reparto hereditario resultante de la aplicación de la ley; sin embargo, en el caso del cónyuge o pareja civil, es mucho menos frecuente debido al trato tan favorable que obtiene el superviviente en la sucesión intestada.

A diferencia de la primera *Inheritance Act* aprobada en 1938, que, como vimos, otorgaba a los tribunales un poder limitado a la asignación de una pensión periódica

³⁴¹ La Comisión Legislativa del Parlamento inglés describió el contenido de la ley de 1975 en el Informe publicado en 2011 y observó que el término “*reasonable financial provision*” utilizado en los artículos 1(1), 2(1) y 3(1) de la ley, tiene dos significados alternativos dependiendo de si el actor es el cónyuge superviviente u otra categoría de reclamante. LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, párrafo 1.66).

³⁴² Artículos 1(2)(a) y 1(2)(aa) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*: “*In this Act ‘reasonable financial provision - (...) (a) in the case of an application made by virtue of subsection (1)(a) above by the husband or wife of the deceased (except where the marriage with the deceased was the subject of a decree of judicial separation and at the date of death the decree was in force and the separation was continuing), means such financial provision as it would be reasonable in all the circumstances of the case for a husband or wife to receive, whether or not that provision is required for his or her maintenance; (aa) in the case of an application made by virtue of subsection (1)(a) above by the civil partner of the deceased (except where, at the date of death, a separation order under Chapter 2 of Part 2 of the Civil Partnership Act 2004 was in force in relation to the civil partnership and the separation was continuing), means such financial provision as it would be reasonable in all the circumstances of the case for a civil partner to receive, whether or not that provision is required for his or her maintenance.*”

mínima, la legislación actual mejora la expectativa del cónyuge o pareja civil estableciendo el derecho a reclamar una prestación cuya cantidad no está limitada a las necesidades alimenticias básicas³⁴³. La mejora se introdujo a sugerencia de la *Law Commission* que, en un informe publicado en 1974, subrayó la incoherencia derivada del hecho de que la pensión compensatoria otorgada a un excónyuge en caso de disolución del matrimonio por divorcio era, a menudo, más generosa que la prestación adjudicada al viudo o viuda en caso de disolución del matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges. La Comisión observó que el estándar para determinar la pensión compensatoria no estaba fijado con referencia a lo que un excónyuge necesita para subsistir, por lo que carecía de sentido que esta limitación se impusiera cuando el matrimonio se disuelve por el fallecimiento de una de las partes. La recomendación de la Comisión, recogida en la ley de 1975, fue que el cónyuge superviviente tuviera un derecho al menos igual al que tendría en caso de divorcio³⁴⁴.

El estándar del cónyuge superviviente es aplicable a la viuda, al viudo, a la pareja civil superviviente y a la persona que contrajo matrimonio con el causante de buena fe, aunque sea declarado nulo tras su muerte. Obviamente, este estándar no se aplica en caso de divorcio o separación judicial del matrimonio o disolución de la pareja civil³⁴⁵, pero tampoco, y por razones menos obvias, en los casos de convivencia *more uxorio*³⁴⁶.

³⁴³ KERRIDGE, Roger, *The law of Succession*, op. cit., pp. 189- 190.

³⁴⁴ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Second Report on Family Property, Informe Law Com No 61, 1974*, párrafos 12-18 y 26-30.

³⁴⁵ Artículos 1(2)(a) y 1(1)(b) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*. Sin embargo, artículo 14 establece que el tribunal puede aceptar una reclamación hecha bajo el estándar del cónyuge superviviente en casos de separación judicial o divorcio cuando el fallecimiento ocurra en los doce meses siguientes a la publicación de la sentencia firme de separación o divorcio, siempre y cuando dicha sentencia no prohíba expresamente que el cónyuge reclame bajo la normativa de la pensión familiar. La disposición equivalente para el caso de disolución de las parejas civiles se prevé en el artículo 14A.

³⁴⁶ Con respecto al estándar aplicable al conviviente de hecho, SAWYER, Caroline y SPERO, Miriam, *Succession, wills, ...*, op. cit., p. 339, KERRIDGE, Roger, *The law of Succession*, op. cit., p. 190; SLOAN, Brian, *Borkowski's ...*, op. cit., p. 283.

ii. *El estándar de alimentos o mantenimiento*

El estándar de alimentos es “una dotación económica que, atendiendo a todas las circunstancias del caso, es razonable asignar al demandante para su sustento y manutención”³⁴⁷. A diferencia del estándar del cónyuge, el de alimentos sí está limitado a una asignación que resulte suficiente para cubrir las necesidades más básicas o los gastos indispensables para la subsistencia del demandante y se aplica a todos los demandantes que no sean el cónyuge supérstite o miembro superviviente de la pareja civil.

A pesar de que, sin duda, el estándar de alimentos limita significativamente la porción de la herencia que el juez puede adjudicar al demandante, lo cierto es que el tribunal examina la singularidad de cada caso y ejercita su discreción para determinar una cantidad suficiente para que el reclamante pueda hacer frente a sus gastos alimentarios teniendo en cuenta las circunstancias concretas de su reclamación³⁴⁸.

(c) Los parámetros generales

El órgano jurisdiccional goza de amplia discreción para determinar la razonabilidad de la distribución hereditaria en la primera fase del procedimiento y para determinar el *quantum* de la prestación en la segunda. Esta jurisdicción discrecional, tan habitual en los tribunales de familia ingleses, se ejercita dentro del marco de unos parámetros establecidos en la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, que actúan como guía para el juez, informando sus decisiones. En cualquier caso, el juez interpreta los parámetros para adecuarlos al caso concreto, haciendo uso de su amplio margen de discreción. Algunos de estos

³⁴⁷ Artículo 1(2)(b) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*: “In this Act ‘reasonable financial provision - (...) in the case of any other application made by virtue of subsection (1) above, means such financial provision as it would be reasonable in all the circumstances of the case for the applicant to receive for his maintenance.”

³⁴⁸ KERRIDGE, Roger, *The law of Succession*, op. cit., pp. 190-191. En el caso de los convivientes de hecho, por ejemplo, los tribunales tienden a interpretar el estándar de alimentos de modo generoso para poder asignar al conviviente una prestación que le permita mantener el nivel de vida al que estaba acostumbrado cuando convivía con el causante.

parámetros legales son de aplicación general, mientras que otros son específicos para cada categoría de demandante³⁴⁹.

El artículo 3 de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, recoge en su primer párrafo los parámetros generales o “cuestiones” que el juez debe tomar en consideración a la hora de ponderar la razonabilidad de la prestación familiar:

- (a) los recursos y las necesidades económicas del demandante, tanto actuales como previsibles, así como los recursos y necesidades económicas de otros posibles demandantes sobre la misma herencia;
- (b) los recursos y las necesidades económicas de los beneficiarios de la herencia, tanto actuales como previsibles;
- (c) las obligaciones y responsabilidades que el causante tuviera en vida para con el demandante;
- (d) la magnitud y la naturaleza del patrimonio neto del causante;
- (e) la existencia de una discapacidad, bien del demandante bien del beneficiario testado o intestado;
- (f) cualquier otra cuestión, incluyendo la conducta del demandante o de otra persona, si se considera relevante en el caso concreto.

Esta lista es interesante tanto por los factores que se incluyen y deben de ser tenidos en cuenta por los jueces, como por los que no se incluyen. La lista no establece un orden de importancia entre los diferentes factores, por lo que no queda claro qué interés debe prevalecer en la toma de decisión del juez: el interés del demandante, el de los herederos actuales o el de otros posibles demandantes. Tampoco indica si las obligaciones generadas en vida del causante hacia el demandante deben de pesar

³⁴⁹ Los parámetros específicos se analizan en el siguiente epígrafe.

más que la conducta que el demandante hubiera podido tener hacia el causante. En realidad, el listado de parámetros generales actúa como una guía para asistir al juez en su análisis, recordándole que debe tener en cuenta no sólo la posición del reclamante, sino también la de los herederos y otros posibles demandantes³⁵⁰. Sin embargo, bajo la aparente objetividad de la lista, el juez analiza estas cuestiones desde una perspectiva subjetiva, incluyendo en sus decisiones referencias a normas sociales y culturales sobre las conductas que generan “obligaciones familiares”, e incluso valoraciones sobre qué debe entenderse por relaciones familiares “apropiadas”. De esta forma, mediante la aplicación de factores aparentemente objetivos sobre los que el órgano jurisdiccional hace una interpretación inevitablemente subjetiva, se determina el interés que debe prevalecer en cada caso: la libertad de testar del causante o la expectativa del reclamante dimanada de una relación familiar o de dependencia económica³⁵¹.

i. Recursos y necesidades económicas

Los tres primeros parámetros o cuestiones a considerar por el tribunal están relacionados con los recursos y necesidades económicas de todos los interesados: el demandante, cualquier otra persona que reclame bajo esta ley y la persona instituida heredera por el testamento o la sucesión intestada. El análisis no se limita a analizar la situación económica en momento de la reclamación, sino que también tiene en cuenta los recursos y necesidades que puedan surgir en un futuro previsible.

El juez toma en consideración la capacidad de generar ingresos de cada una de estas personas, que puede ser mayor que los ingresos, tal vez bajos, que esa persona tiene en el momento de la demanda³⁵². Igualmente se tiene en cuenta si se están

³⁵⁰ DOUGLAS, Gillian, “Family provision ...”, op. cit., p. 232.

³⁵¹ Sobre los juicios de valor inherentes a las decisiones del tribunal de Derecho de familia, ver CONWAY, Heather, “Where there is a will ...”, pp. 38-42; DOUGLAS, Gillian, “Family provision ...”, op. cit., pp. -222-242; GREEN, Kate, “The Englishwoman’s ...”, op. cit., pp. 187-209; JOHNSON, Irene, “There is a will ...”, op. cit., pp. 105-126.

³⁵² En su artículo 3(1) (a) y (b), la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975* establece que el tribunal debe tener en consideración los recursos y necesidades económicas del reclamante en cuestión, así como los del heredero u otros posibles reclamantes. La ley hace otra

recibiendo pensiones o subsidios estatales, así como el valor del patrimonio de cada persona, incluyendo su vivienda, aunque el juez raramente considera que un reclamante deba vender su vivienda para contribuir a su sustento³⁵³. La referencia a recursos “actuales y previsibles” significa que el juez también puede tomar en consideración recursos futuros, como puede ser una herencia que vaya a recibirse en un futuro próximo³⁵⁴.

ii. *Obligaciones y responsabilidades del causante*

El cuarto parámetro de aplicación general se refiere a las obligaciones y responsabilidades que el causante asumió en vida hacia el demandante. Estas obligaciones y responsabilidades pueden ser de naturaleza tanto legal como moral³⁵⁵.

El tribunal de familia inglés tiene un amplio margen para determinar qué obligaciones y responsabilidades son relevantes bajo este parámetro. De hecho, es habitual encontrar referencias jurisprudenciales a lo que “moralmente hubiera sido correcto” o a la existencia de una “obligación moral” del causante hacia un reclamante³⁵⁶. El tribunal, por lo tanto, determina si existe, en el supuesto concreto, una obligación moral hacia el cónyuge o pareja, hacia el conviviente de hecho, el hijo adulto, un familiar o incluso un amigo. En este sentido, el Tribunal de Apelación inglés ha aclarado que este parámetro incluye sólo las obligaciones y responsabilidades del causante que existan inmediatamente antes de su muerte y no puede ser utilizado como argumento para interponer una demanda en base a responsabilidades que pudieran haber existido en algún momento de la vida del causante, ni para transformar las obligaciones legales que un padre pudiera tener

aclaración a este respecto en el artículo 3(6) en el que indica que, para determinar los recursos económicos de una persona, el juez debe analizar su capacidad de generar ingresos, y para determinar sus necesidades económicas, se han de tener en cuenta sus obligaciones y responsabilidades. Ver a este respecto KERRIDGE, Roger, *The law of Succession*, op. cit., p. 195.

³⁵³ KERRIDGE, Roger, *The Law of Succession*, op. cit., p. 195.

³⁵⁴ Ver, por ejemplo, la sentencia del *High Court* en el caso *Morgan v Morgan* [1977] Fam. 122.

³⁵⁵ SAWYER, Caroline y SPERO, Miriam, *Succession, wills, ...*, op. cit., p. 341.

³⁵⁶ Ver, por ejemplo, las sentencias en *Powers v. Haig* [1979] LSG 475, *Re Fullard* [1982 Fam 42; *E v. E* [1966] 2 All ER 44; *Joslin v. Murch* [1941] Ch 200.

durante la minoría de edad de sus hijos en obligaciones morales perpetuas. En *Re Jennings*, el Tribunal desestimó la demanda interpuesta por el hijo del causante que, a pesar de tener 45 años cuando murió su padre, reclamaba parte de su herencia argumentando que el padre no había cumplido con sus responsabilidades parentales cuando él era menor de edad³⁵⁷.

Es posible que el causante tuviera obligaciones y responsabilidades hacia más de una persona. Si el caudal relicto es suficiente para satisfacer todas las obligaciones, obviamente no surge problema alguno. Sin embargo, cuando no es así, el tribunal debe determinar cuál de las obligaciones del causante debe prevalecer en cada caso concreto; por ejemplo, ¿tiene más peso la obligación moral del causante hacia su esposa o hacia la mujer con la que convivía en el momento de su muerte?, ¿o hacia los hijos de un matrimonio anterior?, ¿qué obligación es “moralmente” más digna de protección? En el ejercicio de su discreción, el juez pondera factores como los recursos económicos de cada parte, la procedencia de los bienes del causante, si una de las partes contribuyó a adquirirlos o si los heredó del progenitor de uno de los reclamantes³⁵⁸. Sin embargo, a pesar de guiarse por estos factores, inevitablemente el juez termina por basar su decisión en un juicio subjetivo sobre las relaciones familiares y la forma en la que las partes optaron por relacionarse mientras el causante estaba vivo³⁵⁹.

iii. Magnitud y naturaleza de la herencia

Evidentemente, la magnitud de la herencia puede resultar determinante a la hora de fijar la cuantía de la prestación, particularmente cuando el patrimonio del causante es limitado. En este sentido, aunque no existe ningún límite relativo al valor del patrimonio para poder reclamar una prestación familiar, los tribunales no son partidarios de reclamaciones en aquellos casos en los que, por ejemplo, el patrimonio es tan pequeño que la pensión que pudiera fijarse no sería suficiente

³⁵⁷ Tribunal de Apelación, *Re Jennings* [1994] Ch. 286.

³⁵⁸ KERRIDGE, Roger, *The Law of Succession*, op. cit., p. 197.

³⁵⁹ DOUGLAS, Gillian, “Family provision ...”, op. cit., p. 239.

para contribuir de manera significativa al sustento del reclamante, o cuando el costo de la demanda prácticamente agotaría los fondos de la herencia³⁶⁰.

iv. Discapacidad

El sexto parámetro a tener en cuenta por los tribunales es la discapacidad del reclamante o del actual beneficiario. En caso de que dicha discapacidad redujera las posibilidades de generar ingresos del actor o de la persona instituida heredera, los tribunales pueden considerar que la obligación del causante hacia esa persona es mayor, aunque también deben tener en cuenta las ayudas o prestaciones públicas que la persona discapacitada esté recibiendo³⁶¹.

v. Conductas y otras cuestiones

El séptimo parámetro permite al tribunal tener en cuenta “cualquier otra cuestión, incluyendo la conducta del demandante o de otra persona, si se considera relevante en el caso concreto”. La vaguedad de este parámetro es otra muestra de la libertad de la que goza el órgano jurisdiccional para tomar sus decisiones, pudiendo tener en cuenta, o no, una determinada conducta del reclamante o del heredero. Por ejemplo, la jurisprudencia incluye sentencias en las que el tribunal ha dado peso al hecho de que la actora fuera una “esposa buena y cariñosa”, una “amante afectuosa” o una “hija obediente”³⁶².

Otra cuestión considerada bajo este parámetro y, a menudo determinante, es la procedencia del patrimonio del causante. El reclamante tiene más posibilidades de que su expectativa prospere si los bienes que conforman el patrimonio del fallecido provienen de su familia. Las sentencias en este sentido incluyen casos en los que la

³⁶⁰ KERRIDGE, Roger, *The Law of Succession*, op. cit., pp. 197-198.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 198.

³⁶² *Ibid.*

herencia estaba formada principalmente por bienes que el causante, a su vez, heredó de la madre o del padre del ahora demandante³⁶³.

En alguna ocasión, el tribunal ha utilizado este parámetro para analizar las razones que el causante hubiera podido tener para no disponer, o para disponer de la forma en que lo hizo, a favor del reclamante. Este es un aspecto delicado que el juez inglés incorpora a sus decisiones con precaución. La ley no menciona expresamente la motivación del causante como cuestión a considerar, ya que la normativa está precisamente basada en la premisa de que lo relevante no es si el causante actuó de forma razonable, sino si la distribución de la herencia es, en sí, razonable³⁶⁴. Por esta razón, el tribunal no puede basar su decisión en las razones que motivaron la conducta del causante, ni siquiera cuando éste tomó la precaución de dejarlas recogidas en su testamento. Sin embargo, dicha precaución no es completamente en vano, ya que la normativa procesal permite que la declaración hecha en vida por el causante sea admitida como prueba en el procedimiento de reclamación de la pensión familiar. El juez puede, por lo tanto, examinar los motivos del testador y, por consiguiente, dichos motivos pueden influenciar su decisión. La jurisprudencia recoge sentencias en las que el juez ha ignorado los motivos expresados por el causante, pero también otras en las que dichos motivos han informado el contexto en el que se juzga la razonabilidad de la disposición hereditaria³⁶⁵.

(d) Los parámetros específicos: análisis de la “razonabilidad” dependiendo de la relación con el causante

Algunas de las directrices establecidas por la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, difieren según la relación del demandante con el causante. Sin perjuicio de la aplicación de los parámetros generales establecidos en el artículo 3(1), la ley prevé diferentes criterios para el análisis de la razonabilidad de la

³⁶³ Ver, por ejemplo, *Jelley v Iliffe* [1981] 2 All ER, 29; *Re Callaghan* [1984] 3 All ER, 790; *Canderton v Barclays Bank Ltd.* [1970] 114 SJ 208.

³⁶⁴ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Second Report on Family Property*, Informe Law Com No 61, 1974, párrafo 105.

³⁶⁵ Ver ejemplos concretos en SAWYER, Caroline y SPERO, Miriam, *Succession, wills, ...*, op. cit., p. 345.

distribución hereditaria si la reclamación es interpuesta por el cónyuge o la pareja civil supérstite³⁶⁶, el conviviente sobreviviente³⁶⁷, los hijos del causante³⁶⁸, personas que fueron tratadas como hijos de la familia³⁶⁹, o personas que en vida del causante dependieron económicamente de él³⁷⁰. Los criterios aplicables a los cónyuges y excónyuges son los mismos, y son también muy similares en el caso de los convivientes de hecho. A su vez, los criterios específicos para los hijos del causante son iguales a los aplicables a las personas que fueron tratadas como hijos de la familia del causante, incluyendo en el caso de estos últimos un análisis del papel ejercido por el causante con respecto a su cuidado y educación. Finalmente, el criterio aplicable al reclamante que alega dependencia económica requiere una evaluación del grado y naturaleza de la dependencia.

i. El cónyuge o pareja civil supérstite

En el caso del cónyuge supérstite o miembro superviviente de la pareja civil, se considera que una disposición económica razonable es una dotación económica que, atendiendo a todas las circunstancias del caso, es razonable asignar a un cónyuge o pareja civil, independientemente de que dicha dotación sea necesaria para su sustento y alimentación”³⁷¹. La expectativa del cónyuge o pareja sobreviviente es, por lo tanto, mayor que la de otros actores, cuya reclamación está limitada al estándar de alimentación.

³⁶⁶ Artículo 3 (2) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*.

³⁶⁷ Artículo 3 (2A) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*.

³⁶⁸ Artículo 3 (3) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*.

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ Artículo 3 (4) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*.

³⁷¹ Artículos 1(2)(a) y 1(2)(aa) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*: “In this Act ‘reasonable financial provision - (...) (a) in the case of an application made by virtue of subsection (1)(a) above by the husband or wife of the deceased (except where the marriage with the deceased was the subject of a decree of judicial separation and at the date of death the decree was in force and the separation was continuing), means such financial provision as it would be reasonable in all the circumstances of the case for a husband or wife to receive, whether or not that provision is required for his or her maintenance; (aa) in the case of an application made by virtue of subsection (1)(a) above by the civil partner of the deceased (except where, at the date of death, a separation order under Chapter 2 of Part 2 of the Civil Partnership Act 2004 was in force in relation to the civil partnership and the separation was continuing), means such financial provision as it would be reasonable in all the circumstances of the case for a civil partner to receive, whether or not that provision is required for his or her maintenance;

Además de los parámetros generales, el tribunal debe tomar en consideración las siguientes cuestiones:

- a) la edad del cónyuge o pareja y la duración del matrimonio o de la unión civil³⁷²;
- b) la contribución realizada por el cónyuge o pareja al bienestar de la familia del causante, incluyendo su contribución al cuidado de la casa o la familia³⁷³; y
- c) lo que le hubiera correspondido al cónyuge o pareja en caso de que el matrimonio o la unión civil hubiera terminado por disolución y no por causa de muerte (sin que este referente pueda operar como mínimo o máximo a la hora de determinar el *quantum* de la prestación en el caso concreto)³⁷⁴.

Los dos primeros criterios forman parte también de las cuestiones a tener en cuenta por el juez en los procedimientos de divorcio bajo la *Matrimonial Causes Act* de 1973. El tercer criterio, coloquialmente denominado “criterio del divorcio imaginario”, se introdujo, como ya vimos, con la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* de 1975³⁷⁵.

La aplicación del criterio del divorcio imaginario no está exenta de complicaciones y, consecuentemente, de críticas. El problema radica en que el derecho de familia inglés no contempla un régimen económico especial por el hecho de contraer matrimonio y, por consiguiente, no existe tampoco un régimen supletorio que, a falta de pacto, regule las relaciones patrimoniales entre los cónyuges³⁷⁶. Las normas

³⁷² Artículo 3(2)(a) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*.

³⁷³ Artículo 3(2)(b) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*.

³⁷⁴ Artículo 3(2) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975* reformada por la *Inheritance and Trustees' Powers Act (2014)*.

³⁷⁵ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Second Report on Family Property*, Informe Law Com No 61, 1974, párrafos 12-18 y 26-30.

³⁷⁶ El Derecho inglés no contempla un régimen económico matrimonial; el matrimonio no tiene ningún efecto sobre la titularidad del patrimonio de los cónyuges y cada uno de ellos ejerce la

aplicables a las adquisiciones de bienes realizadas por los cónyuges constante matrimonio son las mismas que se aplican bajo el Derecho patrimonial a cualquier adquisición. En este sentido, el punto de partida en las relaciones patrimoniales entre los cónyuges es, fundamentalmente, un régimen de separación de bienes bajo el que cada cónyuge opera con independencia patrimonial³⁷⁷. Si los cónyuges adquieren un bien en común, la titularidad se ostenta en régimen de comunidad, ya sea como “*tenants in common*” o como “*beneficial joint tenants*”³⁷⁸. Este principio separatista, sin embargo, queda atenuado por una serie de reglas recogidas en la ley, pero sujetas a la extensa discrecionalidad de los tribunales, que mitigan el modelo separatista introduciendo tendencias comunitarias que se ajusten a las circunstancias concretas de cada caso³⁷⁹. De hecho, el artículo 17 de la *Married Women’s Property Act* de 1882, aún vigente, establece que cualquier conflicto entre marido y mujer relativo a la propiedad o posesión de sus bienes debe ser referido a los tribunales para su resolución³⁸⁰. En resumen, al cónyuge no se le presume ningún derecho sobre el patrimonio de su pareja por el simple hecho de estar casados aunque, por supuesto, en el caso de divorcio o separación legal, la ley aporta

propiedad sobre sus bienes de forma separada. Cuando el matrimonio se disuelve por divorcio o separación, las reclamaciones económicas entre cónyuges se resuelven por los tribunales de una manera discrecional, atendiendo a una serie de factores y criterios recogidos en la ley. Para un análisis del modo de ejercer la propiedad sobre los bienes familiares o *family assets*: FERNANDEZ CABALEIRO, Eugenio, *El régimen económico matrimonial legal en Europa*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Centro de estudios hipotecarios, 1969, p. 232 y ss., PROBERT, Rebecca y HARDING, Maebh, *Cretney and Probert’s ...*, op. cit., pp. 93-120; SCHERPE, Jens Martin, “Towards a matrimonial property regime for England and Wales?”, en *Fifty years in family law. Essays for Stephen Cretney*, Rebecca Probert y Charles Barton (eds.), Intersentia Publishing Ltd., Cambridge, 2012, pp. 133-146.

³⁷⁷ Artículo 37 de la *Law of Property Act 1925*. Vid. DOUGLAS, Gillian, “Family provision ...”, op. cit., p. 233.

³⁷⁸ Ver epígrafe 1.1.1 relativo a los modos de ejercer la copropiedad.

³⁷⁹ FERNANDEZ CABALEIRO, Eugenio, *El régimen económico ...*, op. cit., pp. 231-236; SCHERPE, Jens Martin, *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 346.

³⁸⁰ FERNANDEZ CABALEIRO, Eugenio, *El régimen económico ...*, op. cit., p. 235, explica que este poder discrecional ostentado por los tribunales, queda a su vez subordinado a los siguientes principios: “(i) la intención de las partes deberá prevalecer, siempre que sea posible discernirla claramente; (ii) en caso contrario, existe la presunción de que el bien o bienes pertenecen conjuntamente a ambos cónyuges, con independencia del hecho de que se hubieran adquirido a nombre del marido o de la mujer; (iii) el poder discrecional del Juez no se encuentra limitado a determinadas categorías de bienes; (iv) el elemento de comunidad que se manifiesta en los límites fijados por la intención de las partes, ha sido reforzado por la *Married Women’s Property Act* de 1964, que respecto a las entregas de dinero por el marido a la mujer señala que las cantidades economizadas y los bienes con ellas adquiridos deberán, en ausencia de acuerdo en contrario, considerarse pertenecientes por partes iguales al marido y a la mujer.”

una estructura para que los jueces puedan distribuir de un modo “justo” (*fairly*) los bienes calificados como “bienes matrimoniales”³⁸¹. No es tarea fácil, por lo tanto, predecir lo que le hubiera correspondido al cónyuge superviviente en caso de que el vínculo matrimonial se hubiera disuelto por divorcio y no por fallecimiento.

Es más, el punto de partida en ambos supuestos es diferente. En el caso del cónyuge superviviente, si el causante muere sin hacer testamento, las normas de la sucesión intestada le adjudican la mayor parte de la herencia (a menudo, su totalidad), mientras que, si el causante hizo testamento, es posible que optara por excluir a su cónyuge, ya que su única obligación bajo la ley es hacer un reparto “razonable” de su herencia (“*reasonable provision*”)³⁸². Por otro lado, las decisiones judiciales en los casos de divorcio han evolucionado significativamente en los últimos años, pasando de centrarse simplemente en cubrir las “necesidades razonables” del cónyuge demandante, a perseguir tres principios fundamentales: cubrir las necesidades razonables de los cónyuges, compensar el desequilibrio económico generado por el matrimonio y repartir por partes iguales los “bienes matrimoniales” (el denominado “criterio de igualdad”)³⁸³. El intento de los tribunales de aplicar el criterio de igualdad del divorcio al ámbito sucesorio como base del cálculo de la prestación familiar del superviviente, ha suscitado numerosas críticas entre la doctrina y ha sido objeto de decisiones judiciales de gran trascendencia³⁸⁴. Recordemos que la *family provision* debe constituir una “provisión razonable para el cónyuge o pareja superviviente” en las circunstancias del caso concreto, lo cual no tiene por qué traducirse en un reparto igualitario de los bienes del matrimonio³⁸⁵. Es más, la

³⁸¹Las normas relativas al reparto de bienes en caso de divorcio pueden encontrarse en la Parte II de la Ley de Causas Matrimoniales de 1973 (*Matrimonial Causes Act 1973, Part II, “Financial Relief for Parties to Marriage and Children of the Family*). A este respecto, PROBERT, Rebecca y HARDING, Maebh, *Cretney and Probert’s...*, op. cit., pp. 75-120.

³⁸² DOUGLAS, Gillian, “Family provision ...”, op. cit., p. 234.

³⁸³*Ibid.* Estos principios han sido confirmados por la Cámara de los Lores (ahora el Tribunal Supremo) en decisiones como *McFarlane v. McFarlane* [2006] UKHL 24 o *White v. White* [2000] UKHL 54. La decisión en *White v. White* estableció el principio de reparto igualitario de los bienes maritales en casos de divorcio (“*the equality yardstick*”).

³⁸⁴Algunas de las principales sentencias son *P v. G (Family Provision: Relevance of Divorce Provision)* [2004] EWHC 2944 (Fam), *Lilleyman v. Lilleyman* [2012] EWHC 821 (Ch), *Re Adams* [2001] WTLR 493, *Moody v. Stevenson* [1992] Ch 486, *Re Besterman* [1984] Ch 458, *Re Bunning* [1984] Ch 480.

³⁸⁵ El tribunal estableció en *Re Besterman* [1984] Ch 458 que la comparación con el reparto de bienes en caso de divorcio puede ser un criterio útil, pero la principal consideración debe de ser la

aplicación del criterio de igualdad en el ámbito sucesorio ignora una diferencia fundamental e insalvable con los casos de divorcio: la muerte del causante. En el reparto de la herencia solamente hay que tener en cuenta los recursos económicos y las necesidades futuras del cónyuge superviviente y no las de ambos cónyuges, como es el caso en el divorcio³⁸⁶.

Tras un número de sentencias algo contradictorias sobre la pertinencia de comparar el reparto de bienes en caso de divorcio y en caso de fallecimiento³⁸⁷, el Tribunal de Apelación británico se pronunció de la siguiente manera en *Fielden and Another v. Cunliffe*³⁸⁸:

La disolución del vínculo matrimonial por divorcio implica la decisión deliberada de uno o ambos cónyuges de poner fin al matrimonio. Tras ese proceso quedan dos excónyuges que continúan viviendo, cada uno con sus recursos, sus necesidades, sus responsabilidades. (...) Sin embargo, cuando el matrimonio, como sucede en este caso, se disuelve por causa de muerte, la esposa viuda tiene derecho a afirmar que contrajo matrimonio con la

“distribución razonable” (“*reasonable provision*”) teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso.

³⁸⁶ En su sentencia en *Re Bunning* [1984] Ch 480, el tribunal señaló que la analogía con el divorcio no es siempre acertada, ya que mientras en los casos de divorcio han de tenerse en cuenta los recursos económicos y las necesidades futuras de ambos cónyuges, en una sucesión sólo hay que considerar la situación del cónyuge viudo.

³⁸⁷ La jurisprudencia en este ámbito no es pacífica y continúa evolucionando. En *Re Besterman* [1984] Ch 458, el tribunal concluyó que la comparación con el reparto de bienes en caso de divorcio puede ser un criterio útil, pero la principal consideración debe de ser la “distribución razonable” (“*reasonable provision*”) teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso. El tribunal se pronunció en la misma dirección en *Re Bunning* [1984] Ch 480, apuntando que la analogía con el divorcio no es siempre acertada, ya que mientras en los casos de divorcio han de tenerse en cuenta las necesidades futuras de ambos cónyuges, en una sucesión sólo hay que considerar la situación del cónyuge viudo. En otros casos, sin embargo, el tribunal ha continuado aplicando el criterio de igualdad inspirado en los procedimientos de divorcio. En *Moody v. Stevenson* [1992] Ch 486, el tribunal observó que en una distribución hereditaria el mínimo aceptable para el cónyuge superviviente debería de acercarse lo más posible a la cantidad que le correspondería en caso de divorcio. En la misma línea, en *Re Adams* [2001] WTLR 493, el tribunal concluyó que, si el matrimonio hubiera terminado en divorcio, los bienes se hubieran repartido en partes iguales y, por lo tanto, la viuda tenía derecho a la mitad de la herencia en este caso. Sin embargo, en *Re Krubert* [1996] el tribunal expresó una clara preferencia por el planteamiento aplicado en *Re Besterman* sobre el adoptado en *Moody v. Stevenson*.

³⁸⁸[2005] EWCA Civ 1508.

convicción de que duraría indefinidamente y con la expectativa de dedicar el resto de su vida a ser la esposa [del causante] y a cuidar de él³⁸⁹.

No obstante, el tribunal también observó que,

Un esposo que fallece dejando a una mujer viuda, tiene derecho a disponer de su patrimonio del modo que le plazca; su única obligación bajo la ley es realizar una disposición razonable a favor de su esposa. Por lo tanto, dependiendo del valor de su patrimonio, el concepto de igualdad [en el reparto] puede tener muy poco que ver con dicha provisión [razonable]³⁹⁰.

La sentencia subraya la diferencia entre las consecuencias económicas que genera un divorcio y un fallecimiento, pero también recuerda que el punto de partida y principio fundamental del derecho de sucesiones inglés es la libertad de testar del causante. No es fácil alcanzar el punto de equilibrio entre la protección del cónyuge superviviente y el respeto a la libertad de disponer del finado. En un ordenamiento jurídico en el que el cónyuge superviviente no cuenta con una cuota hereditaria garantizada por ley ni existe un régimen económico matrimonial, la normativa de la *family provision* delega la protección del superviviente en los tribunales, reconociéndoles un margen de discreción lo suficientemente amplio para asegurar la posición sucesoria del superviviente, al tiempo que intenta limitar, en la mayor medida posible, las interferencias innecesarias con la libertad de testar del causante³⁹¹. La sentencia en *Fielden* marcó la dirección a seguir por los tribunales estableciendo que el criterio de igualdad característico del divorcio es solamente un

³⁸⁹[2005] EWCA Civ 1508, [2006] 1 FLR 745, párrafo 30. Texto original: “A marriage dissolved by divorce involves a conscious decision by one or both of the spouses to bring the marriage to an end. That process leaves two living former spouses, each of whom has resources, needs and responsibilities. ...However, where the marriage, as here, is dissolved by death, a widow is entitled to say that she entered into it on the basis that it would be of indefinite duration, and in the expectation that she would devote the remainder of the parties’ joint lives to being [the deceased’s] wife and caring for him.”

³⁹⁰ *Ibid.*, párrafo 21. Texto original: “a deceased spouse who leaves a widow, is entitled to bequeath his estate to whomsoever he pleases: his only statutory obligation is to make reasonable financial provision for his widow. In such a case, depending on the value of the estate, the concept of equality may bear little relation to such provision.”

³⁹¹Esta protección judicial es importante, principalmente, en la sucesión testada, en la que el causante tiene absoluta libertad de desheredar a su cónyuge si esa es voluntad. En este sentido, ver DOUGLAS, Gillian, “Family provision ...”, op. cit., pp. 234-235.

factor más a tener en cuenta en la determinación de lo que constituye una provisión razonable en cada caso. En este caso, el tribunal tuvo en cuenta la brevedad del matrimonio (un año) y el hecho de que la esposa prácticamente no había contribuido al patrimonio familiar, concluyendo que, en estas circunstancias, el principio de igualdad en el reparto no era apropiado. Sin embargo, el tribunal también observó que el causante no tenía hijos, es decir, no existía otro interés necesitado de protección, por lo que acabó ordenando una dotación económica de casi el 45 por cien de la herencia a favor de la viuda. Esta sentencia ilustra la capacidad de los jueces de ajustar sus decisiones a las circunstancias concretas y, en el caso de *Fielden*, recoge también la preferencia manifestada por la sociedad inglesa de favorecer al cónyuge supérstite sobre parientes más lejanos, en aquellos supuestos en los que no hay hijos o descendientes³⁹².

La posición establecida en *Fielden* ha sido posteriormente confirmada en numerosas sentencias. De hecho, la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* se reformó en 2014 para aclarar que el criterio del “divorcio imaginario” nunca puede operar como un mínimo o un máximo a la hora de determinar el *quantum* de una prestación razonable para el cónyuge o pareja civil superviviente³⁹³. Las diferencias entre divorcio y sucesión son tan evidentes que cabe incluso preguntarse si no sería conveniente eliminar completamente toda referencia al divorcio como criterio a la hora de aplicar la normativa de la *family provision*. Tal y como señala PROBERT, sin embargo, el criterio del “divorcio imaginario” continúa siendo relevante y necesario en ciertos supuestos. La autora sugiere que, dada la posición privilegiada del supérstite en la sucesión intestada, es improbable que éste reclame una *family provision* a menos que el causante haya otorgado testamento excluyendo o limitando la participación de su cónyuge, lo que permite presumir que el matrimonio había dejado de funcionar antes de disolverse por el deceso del causante³⁹⁴. En estos casos, la comparación con el reparto de bienes en caso de divorcio puede ser relevante e incluso puede llevar al tribunal a la conclusión de que, si el matrimonio

³⁹² Ver la encuesta realizada al respecto por DOUGLAS Gillian, WOODWARD Hilary, HUMPHREY Alun, et al., “Enduring love ...”, op. cit., pp. 245-271.

³⁹³ Reforma introducida por la *Inheritance and Trustees Powers Act 2014*.

³⁹⁴ PROBERT, Rebecca, “Disquieting thoughts ...”, op. cit., p. 46.

había dejado de funcionar tiempo antes de fallecer el causante, la decisión de éste de no disponer a favor de su cónyuge puede constituir una disposición razonable en el caso concreto³⁹⁵.

Además de los criterios específicos relativos a la edad del supérstite reclamante, la duración del matrimonio o la contribución a la economía familiar, el tribunal también debe tomar en consideración la conducta del cónyuge supérstite, siempre que sea relevante. La ley se refiere a “cualquier otra cuestión, incluyendo la conducta del demandante o de otra persona si se considera relevante en el caso concreto”³⁹⁶. Por regla general, al igual que en los casos de divorcio, el tribunal considera irrelevantes las circunstancias que llevaron al alejamiento o ruptura del matrimonio en el período anterior al fallecimiento y sólo las tendrá en cuenta cuando el no hacerlo resultara “injusto” (cuestión que, por supuesto, queda a discreción del tribunal)³⁹⁷. Ejemplos en los que la cantidad adjudicada ha sido reducida debido a la conducta del reclamante incluyen el caso de una viuda cuya conducta hacia el causante fue, en opinión del tribunal, “atroz y cruel” durante los últimos años de la vida de aquel³⁹⁸, así como el caso de una viuda que interpuso demandas contra el causante de forma persistente antes de su muerte³⁹⁹.

³⁹⁵ Ver, por ejemplo, *Re Gregory* [1970] 1 WLR 1455.

³⁹⁶ Artículo 3(1)(vii) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) 1975*.

³⁹⁷ El artículo 25(2) (g) de la ley de Causas Matrimoniales de 1973 (“*Matrimonial Causes Act*”) relativo al divorcio, establece que el tribunal tendrá en consideración la conducta de las partes cuando considere que el no hacerlo sería injusto para una de las partes (“... *the conduct of each of the parties, if that conduct is such that it would in the opinion of the court be inequitable to disregard it*”).

³⁹⁸ *Re Snoek* [1983] 13 Fam. En este caso, el juez redujo la cantidad de la pensión familiar pero no la anuló totalmente ya que consideró que la mala conducta de la viuda justificaba una reducción, pero no cancelaba totalmente la contribución que hizo al bienestar familiar durante los primeros años del matrimonio durante los cuales se encargó de la casa y cuidó de los hijos de la pareja. En vista de los hechos, el tribunal adjudicó la “modesta” suma de 5 000 libras de un patrimonio total de 40 000 libras.

³⁹⁹ *Grattan v. McNaughton* [2001] WTLR 1305.

ii. *El excónyuge o expareja civil supérstite que no ha formado nuevo matrimonio o pareja civil*

El estándar aplicable para determinar qué constituye una disposición hereditaria razonable en el caso de un excónyuge o expareja es el estándar de alimentos. Sin embargo, el juez, en el ejercicio de su discreción, puede aplicar el estándar del cónyuge supérstite en caso de que (i) el causante hubiera muerto dentro de un período de doce meses desde que se dictara sentencia firme de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, y (ii) no exista un auto judicial emitido a petición del causante durante el proceso de separación o divorcio denegando expresamente al excónyuge el derecho a reclamar la pensión familiar⁴⁰⁰.

Esta es la única situación en la que el juez tiene discreción para decidir qué estándar es aplicable a una reclamación bajo la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act*. Su inclusión en la ley fue recomendada por la *Law Commission* para proteger al excónyuge o expareja civil cuando el causante fallece después de haberse dictado sentencia firme de divorcio, separación o disolución, pero antes de la distribución de los bienes del matrimonio⁴⁰¹.

iii. *El conviviente more uxorio*

Como ya se ha visto, el conviviente supérstite puede reclamar una parte de los bienes hereditarios si puede probar que convivió con el causante en la misma vivienda, en situación análoga a la de cónyuge o pareja civil, durante al menos dos años y siempre que dicha convivencia persistiera en el momento inmediatamente anterior a la muerte del causante⁴⁰². El sobreviviente *more uxorio* recibe, por tanto, un reconocimiento en la normativa de la *family provision* que no se le concede en la

⁴⁰⁰ Artículos 14 y 15 de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*. La disposición equivalente para la pareja civil se encuentra en el artículo 14 A.

⁴⁰¹ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Second Report on Family Property*, Informe Law Com No 61, 1974, párrafos 59-63.

⁴⁰² Artículo 1(1) (ba) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*. Reforma introducida por la *Law Reform (Succession) Act 1995*.

sucesión intestada⁴⁰³. Este reconocimiento, sin embargo, no llega a equiparar al miembro de la pareja de hecho con el cónyuge o pareja civil, ya que el estándar aplicable para determinar qué constituye una prestación hereditaria razonable o “*reasonable provision*” no es el del cónyuge sino el más limitado estándar de alimentos⁴⁰⁴.

A pesar de esta importante diferencia en el estándar aplicable, los parámetros específicos para determinar qué constituye una provisión hereditaria razonable para el conviviente *more uxorio* son los mismos que se aplican al cónyuge o pareja civil, con la obvia excepción del parámetro del divorcio imaginario. Es decir, los parámetros son (i) la edad del reclamante y el tiempo durante el que el reclamante convivió con el causante como cónyuge o pareja civil, y (ii) la contribución del reclamante al bienestar de la familia del causante, incluyendo el cuidado de la casa o de la familia⁴⁰⁵. No es difícil imaginar la dificultad a la que se enfrentan los tribunales para determinar qué constituye una porción razonable de la herencia del causante para el demandante que convivió con aquel como si fuera su cónyuge, debiendo aplicar los mismos parámetros que se aplican al cónyuge o pareja civil, pero teniendo que limitar esa porción a lo que es razonable para garantizar solamente la subsistencia del conviviente⁴⁰⁶. Enfrentados a esta coyuntura, los tribunales intentan paliar la situación de desventaja del conviviente utilizando criterios como el nivel de vida que ostentó la pareja para aumentar la dotación económica adjudicada al conviviente de hecho⁴⁰⁷.

⁴⁰³ La posición del conviviente de hecho en la sucesión intestada se trató en el epígrafe 2.3.2.

⁴⁰⁴ Es interesante observar que la jurisprudencia utiliza el término “obligación” por parte del causante hacia el conviviente de hecho, a pesar de que, legalmente, no existe una obligación de alimentos. Por ejemplo, en *Webster v. Webster* [2008] EWHC, 31 (Ch), el tribunal describe la relación de convivencia de hecho como una relación cuya duración fue más larga que muchos matrimonios (36 años) y que generó una obligación y responsabilidad considerable por parte del causante hacia la conviviente.

⁴⁰⁵ Artículo 3(2)(A) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*.

⁴⁰⁶ DOUGLAS, Gillian, “Family provision ...”, op. cit., p. 237, recoge algunas de las dificultades que presenta la aplicación del estándar de alimentación al conviviente de hecho.

⁴⁰⁷ En su informe *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, la *Law Commission* calificó esta práctica como un intento de los tribunales de compensar la desprotección del conviviente *more uxorio*, tanto en la sucesión intestada como bajo la normativa de la *Family Provision*. La Comisión recomendó una reforma que equiparara los derechos del conviviente supérstite a los del cónyuge, pero el Parlamento británico no adoptó la recomendación

Conviene recordar que el conviviente de hecho tiene también otra opción bajo la normativa de la *family provision* y es la posibilidad de reclamar la prestación familiar como “dependiente” del causante. A esta categoría, que originalmente estaba pensada para convivientes que hubieran sido económicamente dependientes del causante, también se le aplica el estándar de alimentación. La ventaja de reclamar como “dependiente” es que no es necesario probar la convivencia “como marido y mujer” o que dicha convivencia se mantuvo durante los dos años anteriores a la muerte del causante, sino que basta con probar que existió una dependencia económica. Por el contrario, la ventaja de reclamar como conviviente es, precisamente, que no requiere probar la dependencia económica⁴⁰⁸. Durante años este requisito supuso una barrera a las reclamaciones de personas que habían compartido sus vidas con el causante sin, necesariamente, depender económicamente de él o incluso habiendo sido ellos quienes mantuvieron al causante. La jurisprudencia muestra que, en la práctica, los convivientes de hecho reclaman bajo ambas categorías, sin que las decisiones dictadas por los tribunales se vean particularmente influenciadas por la categoría elegida⁴⁰⁹.

iv. *Los hijos del causante*

Recordemos que la ley aplica el estándar de alimentos en el caso de los hijos, lo que les coloca, al igual que en la sucesión intestada, en una posición menos favorable que la contemplada para el cónyuge o pareja civil supérstite. Como ya hemos señalado, en 2011 la *Law Commission* estudió la posibilidad de aplicar un estándar más amplio a las reclamaciones de los hijos, pero finalmente no lo recomendó. Entre otros argumentos, la Comisión subrayó la importancia de aplicar la normativa de la *family provision* de forma consistente con el principio de libertad de testar del causante y,

prefiriendo dejar en manos de los tribunales la tarea de determinar lo que es justo y razonable para un conviviente de hecho.

⁴⁰⁸ La categoría de “Dependientes” como posibles demandantes se creó con la ley de 1975; la categoría de “Convivientes” se añadió en 1995 para los convivientes de distinto sexo con la *Law Reform (Succession) Act 1995*, y para los de mismo sexo en 2004 con la *Civil Partnership Act*. Una reflexión sobre los problemas que generan (y los que resuelven) estas categorías, puede encontrarse en KERRIDGE, Roger, “Freedom of Testation ...”, op. cit., pp. 148-150.

⁴⁰⁹ SLOAN, Brian, *Borkowski’s ...*, op. cit., p. 311.

aludiendo en particular a los hijos adultos, señaló que la mayoría tiene sus propios recursos económicos y remarcó que “no existe una obligación de dejar bienes en testamento a los hijos, ni un principio que establezca que un hijo debe heredar por el simple hecho del parentesco. La libertad de testar sólo puede ser limitada, por lo que respecta los hijos, cuando sea preciso para cubrir sus necesidades o en circunstancias especiales”⁴¹⁰.

En cuanto a los parámetros específicos que el tribunal debe tener en cuenta al ponderar una reclamación interpuesta por los hijos del causante, la ley incluye los gastos de educación del hijo demandante en aquellos casos en los que se encuentre aun cursando sus estudios o completando su formación en el momento de la muerte del causante⁴¹¹.

Por regla general, las reclamaciones de los hijos menores de edad, o de aquellos que aún no han finalizado sus estudios, son favorablemente recibidas por los tribunales de familia, que entienden que el causante tiene, en estas circunstancias, un deber de asistencia y cuidado hacia sus hijos⁴¹². La existencia de dicha obligación es, sin embargo, cuestionada, por las razones mencionadas al comienzo del este epígrafe, cuando el hijo demandante es mayor de edad y cuenta con recursos suficientes para vivir de modo independiente. Y es que la normativa de la *family provision* no garantiza una parte de la herencia al hijo que la reclama, es decir, no constituye un sistema de legítimas o cuota forzosa, sino que simplemente ofrece una vía judicial para que un juez determine si la disposición hereditaria fue razonable, atendiendo a las circunstancias de cada caso. Cuando un hijo adulto reclama parte de la herencia de su madre, la cuestión a considerar por el juez inglés no es si el hijo tiene derecho a una parte del patrimonio de su madre por el simple hecho de ser su hijo, sino si tiene derecho, atendiendo a los hechos concretos y a sus necesidades específicas, a

⁴¹⁰ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, párrafo 6.6: “*The 1975 Act has been framed so as to be consistent with testamentary freedom; there is no obligation to leave property to a child in one’s will, and no principle that a child must inherit solely because of a blood relationship. Testamentary freedom is restricted, so far as one’s children are concerned, only where necessary to meet need or some unusual circumstance.*”.

⁴¹¹ Artículo 3(3) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*.

⁴¹² SLOAN, Brian, *Borkowski’s ...*, op. cit., p. 289.

reclamar que su madre contribuya a su mantenimiento, incluso después de su muerte. El origen de la obligación del causante, si el juez determina que existe, es puramente económico y en ningún caso debe entenderse como el reconocimiento de un deber afectivo del progenitor hacia su hijo o hija, sino como una obligación de alimentos que se extiende más allá de la minoría de edad⁴¹³.

Desde los primeros años de aplicación de la norma, los jueces ingleses dejaron clara su reticencia hacia las reclamaciones de hijos adultos. En la conocida sentencia *Re Coventry*⁴¹⁴, el Tribunal de Apelación (*Court of Appeal*) estableció que las reclamaciones de alimentos presentadas por “individuos capaces y relativamente jóvenes, que están trabajando y pueden mantenerse a sí mismos, deberían de ser pocas y han de ser abordadas con mucha cautela”⁴¹⁵. El tribunal remarcó la importancia de la libertad de testar señalando que,

El tribunal no tiene carta blanca para modificar las disposiciones del finado ni el reparto hereditario que resulte de la aplicación de la ley, para ajustarlas a lo que él [el tribunal] hubiera considerado razonable en caso de haber estado en el lugar del causante (...). En mi opinión, el reclamante debe establecer la existencia de algún tipo de derecho moral a ser mantenido por el causante o a cargo de su patrimonio, más allá del simple hecho de que exista una relación de consanguinidad. Alguna razón por la que pueda decirse que, dadas las circunstancias, es irracional que no se haya realizado

⁴¹³ En este sentido, ver DOUGLAS, Gillian, “Family provision ...”, op. cit., pp. 238-240.

⁴¹⁴ *Re Coventry (Deceased) [1980] Ch, 461*.

⁴¹⁵ *Ibid.*, párrafos 8-29. En el caso de *Re Coventry*, el causante murió intestado y su viuda, que había vivido de forma independiente y separada del causante durante 19 años, recibió la totalidad de la herencia bajo las normas de la sucesión intestada. El hijo del causante tenía entonces 46 años, trabajaba de chofer y tenía suficientes ingresos para vivir, aunque muy modestamente. El hijo vivía con el causante en el momento de su muerte y no pagaba renta, aunque se hacía cargo de los gastos de alimentación de ambos y contribuía a los gastos de la vivienda. El juez de primera instancia (confirmado en apelación) concluyó que el resultado de la aplicación de la normativa de la sucesión intestada, es decir, la exclusión del hijo de la herencia de su padre, constituía una distribución hereditaria razonable y, por lo tanto, la reclamación del hijo no superó la primera fase del proceso judicial. El juez concluyó que no se daba ninguna circunstancia especial que generase una obligación de disponer a favor del hijo; es decir, el vínculo creado por la filiación, por sí mismo, no constituye una “circunstancia especial” que genere un deber de mantenimiento de un hijo adulto.

una disposición [a favor del reclamante] o que la disposición hereditaria que se realizó no fuera mayor⁴¹⁶.

La referencia en *Re Coventry* a la necesidad de probar la existencia de una “obligación moral” del causante hacia el reclamante, ha sido recogida en muchas sentencias posteriores⁴¹⁷, pero también ha generado cierta confusión, ya que la ley no contempla dicha obligación moral como requisito para adjudicar una prestación familiar al hijo reclamante. Es cierto que uno de los parámetros generales que el juez debe de tener en cuenta al aplicar la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* es la existencia de alguna “obligación o responsabilidad que el causante pudiera tener hacia el demandante”, pero esto no deja de ser un criterio a tener en cuenta y no un requisito legal⁴¹⁸. De hecho, el Derecho inglés no recoge una obligación de alimentos entre familiares equivalente a la que contempla el Código Civil español en sus artículos 142 y siguientes.

Finalmente, la situación ha quedado clarificada en dos importantes sentencias que han confirmado que el hijo adulto que reclama bajo la normativa de la prestación familiar, no tiene que probar que el causante tuviera una obligación moral hacia él. Tanto en *Re Hancock (Deceased)*⁴¹⁹ como en *Espinosa v Bourke*⁴²⁰, el Tribunal de Apelación inglés aclaró que la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* no requiere que se establezca una obligación moral, pero también apuntó que cada caso debe decidirse en función a sus circunstancias concretas y “cuando el reclamante es un hijo adulto, con trabajo y con capacidad para continuar generando

⁴¹⁶ *Ibid.* Testo original: “The court has no carte blanche to reform the deceased's dispositions or those which statute makes of his estate to accord with what the court itself might have thought would be sensible if it had been in the deceased's position... There must, as it seems to me, be established some sort of moral claim by the applicant to be maintained by the deceased or at the expense of his estate beyond the mere fact of a blood relationship, some reason why it can be said that, in the circumstances, it is unreasonable that no or no greater provision was in fact made.”

⁴¹⁷ Ver, por ejemplo, *Re Andrews [1995] 1 WLR 1105*: la reclamación de la hija fue denegada por considerarse que el causante no tenía hacia ella ninguna obligación moral, ya que la hija había abandonado la vivienda familiar años antes para irse a vivir con un hombre casado. Ver también *Williams v Johns [1988] 2 FLR 475*; *Re Jennings [1994] Ch 286*; *Re Hancock [1998] 2FLR 346*.

⁴¹⁸ Artículo 3(1)(d) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*.

⁴¹⁹ *Re Hancock (Deceased) [1998] 2 FLR 346*.

⁴²⁰ *Espinosa v Bourke [1999] 1 FLR 747*.

ingresos en un futuro próximo, es muy difícil que su reclamación prospere sin que existan circunstancias especiales como puede ser una obligación moral”⁴²¹. Por lo tanto, aunque la existencia de una obligación moral no es condición *sine qua non* para que la reclamación prospere, es a menudo un criterio decisivo.

Las observaciones anteriores nos dan una idea de la complejidad de las resoluciones dictadas por los tribunales de familia que tienen que ponderar criterios que no son de naturaleza estrictamente jurídica, sino que son decisiones personales de cada individuo con respecto a sus relaciones familiares. Esto hace que la casuística sea muy diversa y requiere que los tribunales ejerzan un alto grado de discrecionalidad en sus decisiones. Tomemos como ejemplo dos casos con resultados muy diferentes. En *Espinosa v Bourke*, la hija reclamó parte de la herencia de su padre. La reclamante tenía a su vez un hijo que, debido a la mala relación con su madre, vivía con sus abuelos. Tras la muerte de la abuela, el padre (el causante) y el hijo de la reclamante se fueron a vivir con la reclamante, haciéndose cargo el causante de todos los gastos de la vivienda, así como de liquidar la hipoteca de la hija reclamante. Durante este período, el causante le prometió a su hija que le dejaría parte de su patrimonio hereditario, que provenía también de la madre de la reclamante. Más adelante, la hija se fue a vivir a España donde se volvió a casar (su quinto matrimonio) y pasó allí la mayor parte del último año de vida del causante, mientras que éste tuvo que contratar servicios de comida a domicilio y cuidadores profesionales. Ante esta situación, el causante modificó su testamento y dejó todo su patrimonio (196 000 libras) a su nieto, declarando en su testamento que consideraba que ya había proporcionado suficiente asistencia a su hija durante su vida, y que, en su opinión, su hija siempre había actuado de forma un tanto irresponsable. La hija impugnó el testamento, reclamando parte de la herencia de su padre. El juez de primera instancia rechazó la reclamación apuntando que la reclamante había demostrado un compromiso mínimo hacia el causante, por lo que no podía concluirse que su exclusión de la herencia fuera irracional. Sin embargo, el Tribunal de Apelación, a pesar de aceptar que la mala actitud de la hija hacia el causante era un dato relevante, adjudicó a la hija casi una tercera parte de la herencia del causante (60

⁴²¹ *Re Hancock (Deceased)* [1998] 2 FLR 346.

000 libras) por considerar que la promesa del padre de incluir a la hija en su herencia había generado una obligación hacia ella. El tribunal estimó que la exclusión de la hija de la herencia del causante daba lugar a un reparto irracional de la herencia, teniendo en cuenta la existencia de la obligación (moral, que no legal) del padre hacia la hija, además del hecho de que la hija se encontraba en situación de necesidad económica y que había suficiente patrimonio hereditario para asegurar también una provisión adecuada para el nieto. Este caso constituye un ejemplo de los denominados *lame duck*, en los que el tribunal tiene en consideración la inaptitud del hijo adulto de encauzar su vida o generar sus propios recursos económicos⁴²².

El análisis del tribunal en el caso de *Garland v Morris*⁴²³ llevó a una conclusión muy diferente. En este caso, la reclamante era una de las dos hijas del causante. La madre abandonó al padre y la hija reclamante continuó viviendo con él durante un tiempo. La relación entre ellos no era buena y la reclamante acabó dejando la casa del padre para irse a vivir con la familia de una amiga. Un tiempo después, la madre se suicidó dejando todo su patrimonio (33 000 libras) a la reclamante, quien utilizó el dinero para adquirir una vivienda. A pesar de esto, la reclamante acabó dependiendo de ayudas y pensiones públicas para subsistir. El causante siempre se mostró crítico con el modo de vida de la reclamante y, en particular, con su situación de madre soltera por lo que, con el paso del tiempo, la relación entre ellos se tornó inexistente. A su muerte, el padre dejó la totalidad de su patrimonio (284 000 libras) a su otra hija, con la que sí había mantenido una buena relación. El tribunal, confirmando la sentencia dictada en primera instancia, rechazó la demanda de la reclamante, a pesar de sus dificultades financieras y de la saneada situación económica de la hermana beneficiara. La sentencia se basó en el hecho de que la reclamante no había hecho ningún esfuerzo por relacionarse con el causante durante los últimos años de su vida y tampoco el causante parecía haberlo deseado⁴²⁴. En este caso, la mala relación existente entre las partes se consideró una justificación razonable de la

⁴²² KERRIDGE, Roger, "Libertad de testar...", op. cit., p. 246.

⁴²³ [2007] 2 FLR 528.

⁴²⁴ *Ibid.*, párrafos 15 y 56.

exclusión de la reclamante de la herencia del causante. Una vez más, la decisión viene determinada por la valoración que el juez hace sobre la naturaleza y calidad de las relaciones familiares entre el causante y la reclamante, pero en este caso, al contrario que en *Espinosa*, la actitud de la reclamante hacia el causante se considera suficiente para concluir que su exclusión de la herencia constituyó una “disposición razonable”.

La jurisprudencia más reciente sobre reclamaciones de hijos adultos y, de momento, la única cuestión relativa a la normativa de la *family provision* que ha llegado al Tribunal Supremo británico, es *Ilott v The Blue Cross and Others*⁴²⁵. En este caso, el interés de la hija reclamante no competía con otros hijos o familiares, sino con una entidad benéfica dedicada a la protección de animales. La hija reclamante se quedó embarazada a los diecisiete años y abandonó la vivienda familiar para casarse contra la voluntad de su madre. A lo largo de los años hubo intentos de reconciliación entre madre e hija, pero nunca llegaron a prosperar, principalmente por falta de voluntad de la madre. La situación económica de la hija era precaria: tenía cinco hijos y no había vuelto a trabajar desde el nacimiento del primero, mientras que su marido trabajaba esporádicamente. La madre otorgó testamento dejando todo su patrimonio (486 000 libras) a una asociación benéfica y adjuntó una nota explicando las razones por las que excluía a su hija. A pesar de que la madre informó a la hija por escrito de su decisión y de que la hija, también por escrito, la aceptó, tras la muerte de la madre la hija interpuso una acción reclamando la *family provision*. En su contestación a la demanda, la asociación benéfica argumentó que la demandante no tenía derecho a reclamar al haber abandonado la vivienda familiar años antes para casarse en contra de la voluntad de su madre. El juez en primera instancia (confirmado en apelación por el *Court of Appeal*), una vez más ofreciendo su propia valoración sobre lo que se debe entender por relaciones familiares “apropiadas”, señaló que una persona tiene derecho a elegir con quién quiere casarse sin que sus

⁴²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo *Ilott v The Blue Cross and Others*, [2017] UKSC, 17. El caso tuvo un largo recorrido en los tribunales pasando en primera instancia por el *District Court* ([2009] EWHC 3114 (Fam); [2010] 1 FLR 1613.), remitido en apelación al *Court of Appeal* ([2012] 2 FLR 170), de vuelta al *District Court* en relación a una cuestión sobre el *quantum* ([2015] 1 FLR 291), que también apeló la hija volviendo el caso al *Court of appeal* (1[2015] EWCA 797; [2016] 1 All ER 932). Finalmente, la apelación de esta última sentencia llegó al Tribunal Supremo.

progenitores le retiren su apoyo si no están de acuerdo con su decisión⁴²⁶. En primera instancia, el juez falló a favor de la reclamante concluyendo que la distribución hereditaria dispuesta por la causante no había sido razonable. En su opinión, en este caso, a pesar de la mala relación entre las partes, la balanza se inclinaba a favor de la demandante debido a su muy precaria situación económica y al hecho de que la beneficiaria de la herencia fuera una organización benéfica y no otro familiar. Sin embargo, atendiendo precisamente a la mala relación entre las partes, el juez le adjudicó la modesta suma de 50 000 libras. La reclamante apeló la cantidad adjudicada por resultar insuficiente para adquirir una vivienda. El *Court of Appeal* confirmó que la distribución hereditaria fue irracional, pero discrepó en la cantidad adjudicada y la aumentó a 163 000 libras, cantidad suficiente para adquirir la propiedad de su casa y atender a sus necesidades alimenticias.

La decisión del *Court of Appeal* fue recibida con sorpresa por gran parte de la profesión y de la doctrina, que la consideró un ataque a la libertad de disposición del causante. Algunos autores llegaron a sostener que la sentencia prácticamente introducía un sistema de legítimas en el Derecho de sucesiones inglés, no tanto por reconocer el derecho de la reclamante a una parte de la herencia de su madre, sino porque ignoraba completamente la voluntad declarada por la causante de excluir a la hija de su herencia, otorgándole una tercera parte del caudal hereditario⁴²⁷. Sin embargo, seis años después, el Tribunal Supremo británico volvió a calmar las aguas. El Supremo avaló el análisis realizado en primera instancia, que identificaba dos factores claves: la falta de relación entre las partes y la precaria situación financiera de la hija. En opinión del Tribunal Supremo, el juez de primera instancia ejerció correctamente su discreción al concluir que, en las circunstancias concretas del caso, la distribución hereditaria no fue razonable. Llegados a este punto, el Supremo subrayó la importancia del principio de libertad de testar, describiéndolo como el fundamento básico del Derecho de sucesiones inglés⁴²⁸. En este sentido, la sentencia critica la decisión del *Court of Appeal* por no haber dado más peso a la declaración

⁴²⁶ Tribunal de Apelación, *Ilott v. Mitson* [2012] 2 FLR 170, párrafo 55.

⁴²⁷ Ver, por ejemplo, SLOAN, Brian, *Borkowski's ...*, op. cit., p. 294.

⁴²⁸ [2017] UKSC 17, párrafo 46.

de voluntad de la causante de dejar a su hija fuera de su testamento, pero también destaca la limitación que la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* supone para el principio de libertad de disposición *mortis causa*. El Tribunal Supremo, citando la jurisprudencia establecida en este punto, señaló que es posible que la causante hubiera actuado de forma irracional o incluso malintencionada con respecto a su hija, pero eso no significa que la disposición hereditaria que realizó fuera irracional, recordando que el tribunal está llamado a juzgar la razonabilidad de la disposición hereditaria y no la actitud de la causante⁴²⁹. No obstante, el Tribunal Supremo confirmó que la naturaleza de las relaciones familiares y, en concreto, las peleas o desencuentros entre las partes, son factores relevantes a la hora de determinar la razonabilidad de la disposición. En el caso que nos ocupa, el Supremo consideró que el *Court of Appeal* no otorgó suficiente peso a la mala relación entre las partes y a la declaración de voluntad de la causante, añadiendo que la prestación familiar no es un instrumento para “recompensar el buen comportamiento de la reclamante o penalizar el mal comportamiento de la causante”⁴³⁰. Finalmente, el Supremo reiteró que el concepto de mantenimiento o sustento que fundamenta el estándar de alimentos, no puede ser interpretado como “una cantidad que satisfaga todos los deseos del reclamante”, sino que debe limitarse a una prestación básica que permita cubrir las necesidades alimenticias del demandante, actuando, por tanto, como barrera o límite a la tentación que pueda sentir el tribunal de actuar de forma excesivamente generosa⁴³¹. El Tribunal Supremo anuló la sentencia dictada en apelación y restableció la, comparativamente, modesta cantidad de 50 000 libras asignada en primera instancia.

La sentencia del Supremo en *Ilott* confirma los siguientes principios: (i) la libertad de disposición *mortis causa* no es un derecho absoluto, pero sí un principio fundamental que siempre debe de ser tomado en consideración, (ii) el estándar de alimentos está limitado a lo necesario para subsistir y los tribunales no tienen

⁴²⁹ *Ibid.*, párrafo 17.

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ *Ibid.*, párrafo 14.

discreción para superar ese límite, (iii) las reclamaciones de hijos adultos que hayan sido excluidos de la herencia de sus padres sólo prosperan en circunstancias muy concretas y, cuando lo hacen, la cantidad otorgada es necesariamente modesta ya que está limitada por el estándar de alimentos⁴³². En cualquier caso, *Ilott* no ha servido para arrojar luz sobre la posición que tomarán los tribunales frente a las reclamaciones de hijos adultos sino que, tal y como apunta la doctrina, lo que el Tribunal Supremo parece haber confirmado en este caso es la extensa discreción de los jueces en este tipo de supuestos⁴³³.

v. *Los “hijos de la familia”*

Una de las principales reformas introducidas en 2014 por la *Inheritance and Trustees’ Powers Act* fue la inclusión de personas que, sin ser hijos del causante, hubieran sido tratadas por el causante como “hijos de la familia” dentro de un contexto familiar en el que el causante hubiese ejercido el papel de madre o padre del demandante. La reforma ha tenido importantes consecuencias para los hijos de las parejas del causante en aquellos casos en los que el causante no contrajo matrimonio con el progenitor, pero convivieron como familia y el causante trató a los hijos de su pareja como propios. También ha abierto las puertas a menores en acogida que convivieron con el causante de forma permanente o a personas que, sin haber sido formalmente adoptadas, convivieron con el causante como si fueran sus hijos. El factor determinante es la relación entre el causante y el demandante, con independencia de quién sea el progenitor del demandante⁴³⁴.

⁴³² En relación a la sentencia dictada en *Ilott v. The Blue Cross*, ver CONWAY, Heather, “Adult children and family provision claims in the Supreme court: the saga concludes”, *Northern Ireland conveyancing and land law journal*, núm. 2, 2017, pp. 45-50.

⁴³³ KERRIDGE, Roger, “Libertad de testar...”, op. cit., pp. 245-247.

⁴³⁴ Tal y como apuntábamos en un epígrafe anterior con respecto a los criterios de elegibilidad de las personas que han sido tratadas como un “hijo de la familia”, el criterio determinante es la naturaleza de la relación entre el causante y el demandante. En este sentido, la edad del demandante resulta irrelevante pudiendo haber sido tratado por el causante como un “hijo de la familia”, no sólo si es un menor, sino también una vez alcanzada la mayoría de edad. El tipo de prueba en la que se han basado los jueces para determinar la existencia de una relación análoga a la paterno filial ha incluido la naturaleza de la relación del causante con los hijos del demandante (tratándoles como si fueran sus nietos) o las atenciones y cuidados ofrecidos por el demandante al causante.

Al igual que en el caso de los hijos del causante, el estándar aplicable en estas reclamaciones es el estándar de alimentos. En cuanto a los parámetros específicos, además de las necesidades educativas de los hijos, el juez debe tomar en consideración los siguientes criterios específicos⁴³⁵ :

- a. si el causante proporcionó alimentos (*maintenance*) al demandante y, en caso de haberlo hecho, durante cuánto tiempo, por qué razón y en qué medida;
- b. si el causante asumió la responsabilidad de mantener al reclamante y, en caso de haberlo hecho, en qué medida;
- c. si el causante sabía que el reclamante no era su hijo mientras cubría sus necesidades alimenticias o cuando asumió la responsabilidad de prestarle alimentos;
- d. si existe otra persona que sea legalmente responsable de prestar alimentos al reclamante.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial, para que una persona sea tratada como “hijo de la familia”, no es suficiente que el causante mostrara afecto o cariño hacia ella, sino que debe haber asumido una posición de responsabilidad parental, ya sea de forma explícita o implícita, con las consiguientes responsabilidades y privilegios característicos de dichas relaciones⁴³⁶. La existencia de este tipo de relación resulta más fácil de demostrar cuando se trata de personas menores de edad o discapacitadas, lo cual no obsta para que el reclamante pueda ser una persona adulta. De hecho, paradójicamente, el demandante adulto que ejercita su acción basándose en la existencia de una relación con el causante equiparable a la de un “hijo de la familia”, tiene más posibilidades de que su acción prospere que un hijo adulto biológico. La razón posiblemente se deba a que en estos casos la prueba de la relación que existió entre el reclamante y el causante conlleva de forma inherente

⁴³⁵ Artículo 3(3) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*.

⁴³⁶ *Re Leach* [1986] Ch. 226. KERRIDGE, Roger, *The Law of Succession*, op. cit., p. 215.

un elemento de obligación moral del causante hacia aquel a quien optó por tratar como un hijo de la familia⁴³⁷.

Por ejemplo, en *Re Callaghan*⁴³⁸, el reclamante tenía treinta y cinco años y era económicamente independiente cuando su madre contrajo matrimonio con el causante. El causante no adoptó legalmente al hijo adulto de su pareja, pero le trató como a un “hijo de la familia”. Entre las pruebas citadas para evidenciar ese trato, el tribunal se refirió a la estrecha relación entre el causante y los hijos del reclamante, que consideraban al causante como su abuelo. También se citó la relación de confianza entre las partes, el hecho de que el reclamante ayudaba regularmente al causante con sus finanzas, así como los cuidados que le ofreció durante los últimos años de su vida. En este caso, el causante murió sin hacer testamento y, de acuerdo con las normas de la sucesión intestada, los hijos de la mujer del causante no fueron llamados a la herencia. Bajo la normativa de la prestación familiar, sin embargo, el reclamante logró probar su relación con el causante como “hijo de la familia” y, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, el tribunal concluyó que la distribución hereditaria había sido irracional. A pesar de que no consta en la decisión, cabe especular sobre si, en el sentido de la misma, fue relevante que una parte importante del caudal relicto del causante provenía de la herencia de su mujer, madre del reclamante, que también falleció intestada recibiendo el causante la mayoría de su caudal.

vi. *Persona “económicamente dependiente” del causante*

Recordemos que esta categoría incluye a “toda persona que, inmediatamente antes de la muerte del causante, hubiera sido mantenida, total o parcialmente, por el causante”⁴³⁹. Se entiende que una persona fue “mantenida” por el causante, cuando éste contribuyó de modo sustancial a satisfacer sus necesidades alimenticias razonables, siempre que dicha contribución no fuera a cambio de una

⁴³⁷ SLOAN, Brian, *Borkowski's ...*, op. cit., p. 294.

⁴³⁸ *Re Callaghan* [1985] Fam. 1.

⁴³⁹ Artículo 1(1)(e) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*.

contraprestación económica acordada en un contrato de naturaleza comercial⁴⁴⁰. Esta categoría de demandantes puede incluir a personas que no están ligadas al causante por lazos de parentesco y que, durante la vida del finado, no hubieran tenido ningún derecho para reclamarle alimentos.

El estándar aplicable a estas reclamaciones es el estándar de alimentos y los criterios específicos a tener en cuenta por los jueces al considerar una reclamación bajo esta categoría incluyen:

- a. el período de tiempo durante el que el causante mantuvo al reclamante, las razones por las que lo hizo y la medida de su contribución; y
- b. si el causante asumió la responsabilidad de mantener al reclamante y, en caso de haberlo hecho, hasta qué punto asumió dicha responsabilidad⁴⁴¹.

Como ya indicamos, inicialmente los tribunales consideraron que una persona que reclamara bajo la categoría de “dependiente” debía probar, no sólo que fue mantenida por el causante, sino que éste asumió la responsabilidad de mantenerle. Esto generó cierta confusión y dio lugar a sentencias desafortunadas en las que se estableció que el reclamante no tenía legitimación activa, a menos que pudiera probar que el causante había asumido, de forma expresa, la responsabilidad de su mantenimiento⁴⁴². Lo cierto es que la ley en ningún caso exigía la asunción de responsabilidad como prerrequisito para la reclamación, sino que la mencionaba como un criterio a tener en cuenta. Para evitar confusiones, la *Inheritance and Trustees Powers’ Act* de 2014, modificó ligeramente la redacción de este criterio específico para clarificar que no es un prerrequisito para poder interponer una reclamación, sino una cuestión a tener en cuenta por el tribunal.

⁴⁴⁰ Artículo 1(3) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*. Texto original: “a person is to be treated as being maintained by the deceased (either wholly or partly, as the case may be) only if the deceased was making a substantial contribution in money or money’s worth towards the reasonable needs of that person, other than a contribution made for full valuable consideration pursuant to an arrangement of a commercial nature”.

⁴⁴¹ Artículo 3(4)(a) y (b) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*.

⁴⁴² Ver, por ejemplo, *Re Beaumont* [1980], Ch. 444.

Como criterio orientativo, sin embargo, la asunción de responsabilidad puede ser decisiva a la hora de determinar si existe un derecho a recibir una parte de la herencia. La casuística incluye tanto reclamaciones que prosperaron, en las que el causante declaró su intención de mantener al reclamante durante el resto de su vida, como reclamaciones que fueron denegadas, en las que el causante expresamente rechazó cualquier responsabilidad más allá de la ayuda puntual que pudiera ofrecer al reclamante⁴⁴³. Igualmente relevante a la hora de determinar el *quantum* de la prestación, es conocer el grado de responsabilidad que el finado asumió con respecto a la manutención del reclamante. Es decir, si el causante solo asumió responsabilidad sobre una pequeña parte de las necesidades alimenticias del reclamante, esto deberá quedar reflejado en la cantidad asignada como pensión familiar.

3.2.3. La jurisdicción discrecional: el juicio de valor

No hay duda de que la normativa reguladora de la *family provision* representa una incursión importante en las ideas liberales y no intervencionistas del Derecho inglés y, en concreto, en el principio de libertad de testar. Bajo esta normativa, un reclamante puede impugnar la distribución hereditaria dispuesta por el causante en su testamento que, recordemos, es perfectamente válido y el tribunal deberá decidir qué interés es digno de mayor protección: el del testador, que expresó su voluntad por medio de testamento, el del heredero beneficiado por el testamento (o, en su caso, por la aplicación de la sucesión legal), o el del reclamante que, posiblemente, tenga un derecho moral sobre el patrimonio relicto. La doctrina se refiere a este dilema como una relación triangular entre el testador, el heredero y el demandante,

⁴⁴³ KERRIDGE, Roger, *The Law of Succession*, op. cit., p. 217. En *Malone v Harrison* [1979] 1 W.L.R.1353, el causante envió un telegrama a su amante prometiéndole “felicidad, satisfacción y seguridad” para el resto de su vida, lo que el juez interpretó como una aceptación de responsabilidad por parte del causante hacia la reclamante. Por el contrario, en *Baynes v Hedger* [2008] EWHC 1587, la reclamación fue rechazada, ya que el causante había expresado en numerosas ocasiones que la ayuda que regularmente prestaba a su ahijada era de carácter temporal y no un compromiso a mantenerle en el futuro.

que plantea una difícil problemática en un sistema jurídico que presume de estar fundamentado sobre el respeto a la libertad de testar y a la propiedad privada⁴⁴⁴.

Como ya se ha señalado, la idea de una norma que permitiera impugnar la voluntad del testador preocupó al Parlamento británico desde la primera propuesta de ley y, en un intento de reducir esa interferencia, limitó el grupo de personas que podían reclamar al cónyuge supérstite, las hijas solteras o incapacitadas, y los hijos menores o adultos incapacitados⁴⁴⁵. Otras categorías han ido sumándose a lo largo de los años, lo que lógicamente incrementa las posibilidades de reclamación, añadiendo complejidad a la ley y erosionando aún más la libertad del testador. Sin embargo, tal y como se ha visto, establecer el derecho a reclamar es sólo un primer paso tras el cual el reclamante debe probar que el reparto hereditario, ya fuera por voluntad del causante o por aplicación de la ley, no fue “razonable”. Como venimos insistiendo, la decisión sobre dicha racionalidad y, por lo tanto, la decisión sobre si la voluntad del testador debe de ser alterada, es competencia exclusiva de los tribunales en ejercicio de su amplísima discreción. Esta jurisdicción discrecional, con su marcado carácter subjetivo y fuerte connotación moral, es al mismo tiempo el mejor atributo y la mayor debilidad de esta legislación.

Los debates parlamentarios que precedieron a la entrada en vigor de la legislación, ya preveían la dificultad inherente en el ejercicio de esta jurisdicción y la inevitabilidad de que los jueces se vieran influenciados por sus propias percepciones éticas y morales sobre la familia y las obligaciones familiares⁴⁴⁶. A pesar de ello, el legislador inglés optó por dejar al arbitrio judicial la difícil tarea de decidir el grado de interferencia con la libertad de testar del causante que está justificado en cada caso, resistiéndose a adoptar otras soluciones que introdujeran un régimen de legítimas o cuotas reservadas⁴⁴⁷. El reputado abogado y miembro de

⁴⁴⁴ GREEN, Kate, “The Englishwoman’s ...”, op. cit., p. 187.

⁴⁴⁵ Ver epígrafe 3.1.

⁴⁴⁶ En relación a estas reticencias iniciales, ver Douglas, Gillian, “Family provision ...”, op. cit., p. 240.

⁴⁴⁷ Esta reticencia hacia un sistema de cuotas reservadas por ley a ciertos familiares ha sido una constante en el ordenamiento inglés. Recordemos que en el informe publicado por la Comisión Legislativa del Parlamento británico en 2011, se observó que el concepto de la *legítima portio* es ajeno a la tradición jurídica inglesa y se apuntó que los resultados de una reciente y extensa consulta

la Cámara de los Lores, Lord Wilberforce, apoyándose en su experiencia en la aplicación de la primera ley reguladora de la *family provision* de 1938, hizo la siguiente aportación al debate previo a la entrada en vigor de la actual *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* de 1975⁴⁴⁸:

(...) siempre he sido de la opinión de que existen muchos argumentos a favor de sistemas como el escocés o el francés que interfieren [con la voluntad del causante] y establecen firmemente que una cuota debe de ser para la esposa, otra para los hijos, etc. Esto garantiza la uniformidad, evita disputas y, en general, funciona sumamente bien. El Derecho inglés ha tomado una ruta distinta a la de esos dos sistemas. Nosotros interferimos con la libertad de testar del causante [pero] no estamos dispuestos, todavía, a adoptar un sistema prefijado como el francés o el escocés. Nosotros hemos optado por el típico compromiso inglés, similar al introducido por la ley de 1938 y ahora propuesto en este Proyecto de Ley, mediante el cual dejamos en manos de los tribunales la decisión de lo que es justo, correcto y razonable, en forma de prestación familiar, para la familia del causante. Esto, por supuesto, suena

pública sobre quién debería de beneficiarse tras las muerte del causante mostraban que la mayoría de los consultados no eran partidarios de introducir un sistema de legítimas en el Derecho sucesorio inglés (LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, párrafo 1.21).

⁴⁴⁸ PARLAMENTO BRITÁNICO, Debates Parlamentarios, Cámara de los Lores, 20 de marzo de 1975, volumen 358, columnas 917-937. Recuperado de <https://api.parliament.uk/historic-hansard/lords/1975/mar/20/inheritance-provision-for-family>. Texto original: "(...) for my part I have always thought that there is a great deal to be said for both the Scottish and the French systems which intervene, and quite firmly say that a proportion is to go to the wife, a fixed proportion to the children and so no. that makes for uniformity, avoids disputes and, on the whole, it works exceedingly well. In English law we have departed from both those systems. We are interfering with the freedom of testamentary disposition. We are not yet ready to adopt a fixed system similar to the French or the Scottish. We have gone for a typical English compromise, such as the one found in the 1938 Act, and now to be found in this new Bill, under which we leave it to the courts to decide what it is fair, right and reasonable to make by way of financial provision for a man's family. Of course, all that sounds very nice, and one can use the words "fair and reasonable" and "financial provision", and you can set out a list of considerations. But I should like to assure your Lordships that it is not all so easy as that. (...) It really is a very difficult jurisdiction. (...) We are given in Clause 3 of this Bill a whole list of considerations which are meant to guide the judge. But I can assure your Lordships that when one is sitting there and trying to make up one's mind what is fair and right for a particular man, of whose life history one knows little, what it is fair and right to do as regards his divorced wife, his widow, a possible mistress, illegitimate children - to decide how to distribute the merits and demerits between these people is painful and exceedingly difficult. I am by no means certain that one is able, in many cases, to reach the right result. All one can do is to do one's best and hope that the result is what it should be. But it is not an ideal solution. It is not made ideal by using words such as "fair", "reasonable", "just", and so on. The difficulty of bringing about a good result remains very intense".

muy bien y permite utilizar palabras como “justo y razonable” y “prestación familiar” y puede ir acompañado de una lista de criterios o consideraciones. Pero permítanme sus Señorías que les asegure que en ningún caso es tan sencillo como parece. (...) Es una jurisdicción verdaderamente difícil para los jueces (...).

El artículo 3 de este Proyecto de Ley contiene una lista de criterios diseñados para guiar la labor del juez. Pero puedo asegurar a sus Señorías que cuando se intenta decidir qué es justo y razonable para una persona sobre cuya vida el juez sabe poco, qué es justo y razonable para su exmujer, su viuda, tal vez su amante, los hijos que tuvo fuera del matrimonio... Decidir cómo adjudicar méritos y deméritos entre estas personas es doloroso y extremadamente difícil. No estoy seguro de que seamos capaces, en muchos casos, de alcanzar el resultado correcto. Sólo podemos intentar hacerlo lo mejor posible y confiar en que el resultado sea el adecuado. Pero esto no es una solución ideal. No puede ser ideal si utilizamos términos como “justo”, “razonable”, etc. La dificultad para lograr un buen resultado continúa siendo enorme.

Como venimos observando, los tribunales ingleses afirman de forma reiterada que, cuando interpretan la normativa de la *family provision*, su función no es juzgar la moralidad de las decisiones del causante, ni modificar su testamento en base a si es moralmente aceptable⁴⁴⁹. La cuestión a resolver por el tribunal es, nos dicen, puramente objetiva⁴⁵⁰. Sin embargo, el órgano jurisdiccional también reconoce que para poder determinar si la disposición testamentaria del causante es razonable, es necesario valorar qué “debería” de haberse dispuesto en relación al reclamante, lo que inevitablemente introduce una valoración subjetiva de carácter moral que debe considerar la calidad de la “relación familiar” entre el causante y el reclamante⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ Ver, por ejemplo, la decisión del Tribunal de Apelación en *Re Coventry* [1980] Ch 461, 475.

⁴⁵⁰ En palabras del tribunal inglés en *Re Goodwin* [1968] 1 Ch 283, p. 287, “... la cuestión no es si el testador debe ser acusado de irracionalidad, sino si la disposición testamentaria es, en sí, razonable”. Ver también la sentencia del tribunal de apelación en *Re Shannahan* [1972] 2 W.L.R., 63.

⁴⁵¹ El magistrado, Lord Justice Ormrod, en la sentencia en *Re Fullard* [1982] Fam. 42, manifestó que la moralidad está en el centro de todas estas decisiones: “Es imposible contestar a la pregunta, ‘¿la disposición es razonable? o ¿es razonable no disponer [en favor del reclamante]?’ sin valorar que

De acuerdo con el *Court of Appeal*, para poder determinar qué constituye una distribución hereditaria razonable en un caso determinado, es necesario tener en cuenta los “valores familiares” vigentes en la sociedad y, para ello, el juez debe recurrir a sus propias experiencias y nociones de familia para poder alcanzar una solución justa y adecuada a la realidad social⁴⁵².

Ante esta situación, resulta aparente que estas decisiones supuestamente objetivas, pero influenciadas por las apreciaciones subjetivas de los jueces sobre la familia y las obligaciones familiares, generan inseguridad jurídica⁴⁵³. Como hemos visto, las sentencias dictadas en esta jurisdicción tienden a estar muy ajustadas al caso concreto, ya que los jueces examinan en detalle las dinámicas propias de la familia del causante y atienden a la especificidad de la relación entre el causante y el reclamante. Una jurisdicción en la que las resoluciones están tan ceñidas a las circunstancias del caso concreto ofrece a los jueces gran flexibilidad a la hora de dictar sentencia, pero también resulta incierta y difícil de recurrir⁴⁵⁴. Algunos autores mantienen que la discrecionalidad de esta jurisdicción podría llegar a vaciar de contenido la figura del testamento e incluso el principio de libertad de testar, ya que en la práctica dicha libertad existe solamente si se ejerce en conformidad con las normas morales o éticas predominantes en la sociedad, mientras que cualquier distribución hereditaria “no convencional” o que no se ajuste a la moralidad de la judicatura, corre el riesgo de ser impugnada⁴⁵⁵.

“debería” de haberse hecho en favor del reclamante. Una vez que introducimos la palabra “debería”, es inevitable introducir, de un modo u otro, un elemento moral” (pág. 47). Texto original: “*It is impossible to answer the question, ‘Is the provision reasonable or alternatively is it reasonable to make no provision?’ without considering what ‘ought’ to have been done for the applicant. Once one introduces the word ‘ought’, one inevitably introduces in some way or another some moral question.*”

⁴⁵² *Ilott v. Mitson* [2011] EWCA Civ., párrafos 67 y 68. Texto original: “...decide questions involving value judgements within four corners of the statutory framework and with the benefit of their own awareness and experience of society and social issues, and their own considered view of how such matters ought fairly to be decided in the society in which we live”.

⁴⁵³ En este sentido se expresan GREEN, Kate, “The Englishwoman’s ...”, op. cit., pp. 206-209, CROUCHER, Rosalind, “How free is free...”, op. cit., pp. 24-27; DOUGLAS, Gillian, “Family provision ...”, op. cit., pp. 240-241; CONWAY, Heather, “Where there is a will ...”, op. cit., pp. 35-57; MCDONNELL, Constance, “Blurring the focus? The Supreme Court’s decision in *Ilott v The Blue Cross*”, *Trust and Trustees*, vol. 23, núm. 7, 2017, pp. 748-756.

⁴⁵⁴ DOUGLAS, Gillian, “Family provision ...”, op. cit., pp. 240-241.

⁴⁵⁵ Para un análisis de las dificultades prácticas de implementar el principio de libertad de testar y las diferentes formas en las que los tribunales pueden interferir, ver LESLIE, Melanie, “The myth of testamentary freedom”, *Arizona Law Review*, vol. 38, núm. 1, 1996, pp. 235-290.

El Tribunal Supremo inglés subrayó en *Ilott v The Blue Cross*, los retos que presenta esta jurisdicción y el modo en el que los jueces deben de abordarla, identificando la falta de precisión de los parámetros establecidos en la ley, como una de las principales dificultades ⁴⁵⁶. Como ya vimos, el Supremo confirmó la existencia de dos fases en el análisis de una reclamación: una primera fase en la que se analiza si la distribución hereditaria dispuesta por el causante fue razonable y, en caso de no serlo, una segunda fase en la que el juez decide qué medidas aplicar. El Tribunal observó que en la primera fase el magistrado realiza un juicio de valor con respecto a la razonabilidad de la distribución hereditaria, mientras que en la segunda fase el juez aplica su discreción para decidir qué medidas son necesarias, aunque reconoció que en la mayoría de los casos las dos fases se solapan y los criterios o parámetros contenidos en la ley pueden utilizarse tanto para decidir si la distribución hereditaria fue razonable, como para determinar, en caso de que no lo fuera, qué distribución debe ordenarse⁴⁵⁷. Es interesante observar que el propio Tribunal reconoció que ambos conceptos, el “juicio de valor” y la “discreción judicial”, requieren una detallada investigación de los hechos y las circunstancias particulares de cada caso. La sentencia debe ajustarse a la singularidad del problema y sólo se admitirá recurso si existe error de Derecho y nunca en base a lo que el tribunal de apelación hubiera decidido en instancia si hubiera podido aplicar su discreción frente a los mismos hechos⁴⁵⁸. Esta afirmación revela un reconocimiento por parte del Tribunal del alto grado de subjetividad en las decisiones dictadas en esta jurisdicción, decisiones influenciadas por los valores familiares de los propios

⁴⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo *Ilott v The Blue Cross and Others* [2017] UKSC, 17.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, párrafo 23. Texto original: “It has become conventional to treat the consideration of a claim under the 1975 Act as a two-stage process, viz (1) has there been a failure to make reasonable financial provision and if so (2) what order ought to be made? That approach is founded to an extent on the terms of the Act, for it addresses the two questions successively in, first, section 1(1) and 1(2) and, second, section 2. In *re Coventry* at 487 Goff LJ referred to these as distinct questions, and indeed described the first as one of **value judgment** and the second as one of **discretion**. However, there is in most cases a very large degree of overlap between the two stages. Although section 2 does not in terms enjoin the court, if it has determined that the will or intestacy does not make reasonable financial provision for the claimant, to tailor its order to what is in all the circumstances reasonable, this is clearly the objective. Section 3(1) of the Act, in introducing the factors to be considered by the court, makes them applicable equally to both stages. Thus the two questions will usually become: (1) did the will/intestacy make reasonable financial provision for the claimant and (2) if not, what reasonable financial provision ought now to be made for him? “

⁴⁵⁸ *Ibid.*, párrafo 24.

magistrados, que hacen posible que un mismo conjunto de hechos den lugar a diferentes resoluciones sin que ninguna de ellas pueda considerarse irracional o no ajustada a Derecho. En este sentido, el Tribunal Supremo recoge la siguiente reflexión realizada por el *Court of Appeal*⁴⁵⁹:

Un análisis imparcial de cada uno de los criterios recogidos en el artículo 3(1), por más exhaustivo y riguroso que sea, no nos dará la respuesta a la cuestión de si el testamento contiene una distribución hereditaria razonable para el reclamante. El artículo 3 no ofrece orientación alguna sobre el peso que se le debe de dar a cada uno de los criterios. Por lo tanto, entre el análisis imparcial y la respuesta a la cuestión anteriormente expuesta, se encuentra el juicio de valor al que hace referencia la jurisprudencia. En mi opinión, las sentencias muestran una clara dificultad a la hora articular (...) cómo se ejercitó el juicio de valor, o cómo se debería de ejercitar, ante un conjunto determinado de hechos.

De hecho, la magistrada Lady Hale, una de los tres miembros del Tribunal, emitió una resolución adicional o alternativa, con el propósito de subrayar las dificultades a las que se enfrentan los jueces en la aplicación de la *Inheritance (Provision for Family and Dependants)*, que describió como “insatisfactoria” y necesitada de reforma⁴⁶⁰. Lady Hale comenzó su comentario con la siguiente reflexión⁴⁶¹:

⁴⁵⁹ *Ibid.*, párrafo 61. Esta observación la realiza el Tribunal de Apelación en la sentencia recurrida ante el Tribunal Supremo, *Ilott v Mitson* [2011] EWCA Civ., 346. Texto original: “A dispassionate study of each of the matters set out in section 3(1) will not provide the answer to the question whether the will makes reasonable financial provision for the applicant, no matter how thorough and careful it is. (...) [S]ection 3 provides no guidance about the relative importance to be attached to each of the relevant criteria. So between the dispassionate study and the answer to the first question lies the value judgement to which the authorities have referred. It seems to me that the jurisprudence reveals a struggle to articulate, for the benefit of the parties in the particular case and of practitioners, how that value judgement has been, or should be, made on a given set of facts”.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, párrafos 49-66.

⁴⁶¹ *Ibid.*, párrafo 49. Texto original: “This case raises some profound questions about the nature of family obligations, the relationship between family obligations and the state, and the relationship between the freedom of property owners to dispose of their property as they see fit and their duty to fulfil their family obligations. All are raised by the facts of this case but none is answered by the legislation which we have to apply or by the work of the Law Commission which led to it.”

Este caso plantea cuestiones complejas sobre la naturaleza de las obligaciones familiares, la relación entre las obligaciones familiares y la responsabilidad del Estado y, la relación entre la libertad del propietario de disponer de su patrimonio como mejor le parezca y su deber de cumplir con sus obligaciones familiares. Todas estas cuestiones se plantean en este caso, pero ninguna encuentra respuesta en la legislación que debemos aplicar o en el trabajo de la Comisión Legislativa que la inspiró.

La magistrada del Tribunal Supremo señaló, como principal problema, que la ley carece de la precisión necesaria para ofrecer certeza o, al menos, mayor claridad para guiar a los jueces en su función decisoria respecto a reclamaciones sobre el patrimonio del causante⁴⁶². En opinión de Lady Hale, la ley no aporta una respuesta clara al problema de cómo evaluar las reclamaciones o cómo ponderarlas frente a los derechos de otros beneficiarios del causante. Para ilustrar su argumento, la magistrada desarrolló tres posibles resoluciones, todas ellas diferentes y todas ajustadas a Derecho, que el Tribunal podría haber dictado aplicando la ley de la *family provision* a los hechos concretos del caso *Ilott*. En efecto, los parámetros incluidos en la ley para guiar al tribunal son genéricos y susceptibles de interpretación. Más aún, la ley no establece ningún orden de aplicación, ni da más peso a un criterio que a otro. Esto, lejos de deberse a una falta de habilidad, previsión o esmero por parte del legislador, es precisamente el efecto buscado por aquél y recomendado por la Comisión Legislativa⁴⁶³. Lady Hale recupera las diversas consultas realizadas a lo largo de los años y los informes basados en ellas, ofreciendo así amplia evidencia de que las propuestas presentadas al legislador siempre favorecieron una legislación que permitiera que ciertas personas puedan reclamar parte de la herencia del causante, siempre y cuando la resolución de dichas reclamaciones quede al arbitrio judicial tanto en relación al reconocimiento de un

⁴⁶² *Ibid.*, párrafo 58.

⁴⁶³ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Property Law*, Working paper núm. 42 (LCCP 42), 1971; *Family Law: First Report on Family Property. A New Approach*, Informe Law Com No 52, 1974; *Second Report on Family Property*, Informe Law Com No 61, 1974; *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Documento de consulta Law Com CP 191, 2009; *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011.

derecho de crédito a favor del actor, como sobre cuál debe ser su valor⁴⁶⁴. Ciertamente, las consultas y sondeos de opinión muestran respuestas diversas sobre las circunstancias en las que se debe permitir una reclamación hereditaria o sobre quién debe beneficiarse del patrimonio del causante⁴⁶⁵. Lady Hale observa que es razonable pensar que esa diversidad de opinión presente en la sociedad, también existe entre los miembros de la judicatura que deciden sobre estas cuestiones⁴⁶⁶. A pesar de la enorme complejidad que presentan estos casos, o quizás debido a ella, y a pesar del amplio espectro de posibles decisiones, la ley se limita a enumerar una serie de criterios que el juez debe tener en cuenta en el ejercicio de su discreción, pero a los que puede otorgar mayor o menor peso en cada caso, según las circunstancias y la singularidad del problema en cuestión. Finalmente, la magistrada alcanza la conclusión, a mi parecer alarmante, de que las resoluciones judiciales pueden ser tan variadas como la propia casuística.

Las observaciones de Lady Hale, aunque de gran trascendencia por provenir de un miembro del Tribunal Supremo, no resultaron, sin embargo, novedosas. Tanto académicos como abogados llevaban años aludiendo a la dificultad de predecir el resultado de una demanda bajo esta legislación⁴⁶⁷. La opinión generalizada, sin embargo, es que la falta de certeza y la consiguiente inseguridad jurídica del sistema inglés, es el precio a pagar por mantener un sistema en el que la libertad de disposición continúa siendo el principal valor a proteger. Gran parte de los autores consideran que para reducir o eliminar la inseguridad jurídica de la actual legislación, habría que limitar la flexibilidad de un sistema que, a pesar de su falta de certeza jurídica, permite ajustar las sentencias a la realidad social de una manera inmediata, que resultaría imposible en un sistema de cuotas fijas o porciones reservadas como los que existen en el modelo sucesorio continental. Ante estas dos

⁴⁶⁴ *Ilott v The Blue Cross and Others* [2017] UKSC, 17, párrafo 51 y ss.

⁴⁶⁵ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Property Law*, Working paper núm. 42 (LCCP 42), 1971; *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Documento de consulta Law Com CP 191, 2009.

⁴⁶⁶ *Ilott v The Blue Cross and Others* [2017] UKSC, 17, párrafo 58.

⁴⁶⁷ Ver, por ejemplo, DOUGLAS, Gillian, "Family provision ...", op. cit., pp. 222-242; CONWAY, Heather, "Where there is a will ...", op. cit., pp. 35-57; McDONNELL, Constance, "Blurring the focus ...", op. cit., pp. 748-756.

opciones, el jurista inglés se muestra de acuerdo con su legislador en que, a pesar de la falta de certeza jurídica, es preferible dejar en manos de la judicatura la resolución de cuestiones complejas que afectan a la propiedad privada y a las relaciones familiares, ya que los jueces están capacitados para ajustar las medidas resolutorias a las necesidades concretas del caso, de modo ágil y, a menudo, innovador⁴⁶⁸.

La confianza de la sociedad inglesa en la calidad y profesionalidad de su judicatura es, ciertamente, notable. Personalmente, me resulta difícil reconciliar la idea de una discreción judicial tan amplia que el propio Tribunal Supremo concluye que las resoluciones judiciales pueden ser tan variadas como la propia casuística, con un sistema que proclama estar fundado sobre el principio de la libertad de disposición del causante. Como venimos observando, es precisamente la actuación judicial la que limita la libertad del testador, lo cual puede entenderse como la opción del legislador inglés para encontrar el punto de equilibrio entre la libertad de testar y la protección de la familia. Sin embargo, resulta un tanto alarmante que el resultado de la discreción de los jueces en su función correctora de la voluntad *mortis causa* del causante sea tan imprevisible y dependa tanto del juicio de valor del juez que entiende del caso.

Ciertamente, los asuntos a resolver en esta jurisdicción tienen un alto contenido emocional ya que los hechos que deben analizarse engloban relaciones familiares o cuasi-familiares entre padres, madres, hijos, parientes o personas sin parentesco sanguíneo, pero cuya relación con el causante ha podido ser equivalente a una relación familiar. A menudo, el asunto a resolver requiere que el tribunal atienda a conflictos entre las partes que ellos mismos no pudieron resolver durante la vida del causante. Sin embargo, el juez es ahora llamado a juzgar esas relaciones para

⁴⁶⁸ CROUCHER, Rosalind, "How free is free ...", op. cit., pp. 9-27; McDONNELL, Constance, "Blurring the focus ...", op. cit., pp. 748-756; BARTOLINI, Francesca y PATTI, Francesco Paolo, "The freedom to disinherit children", *Zeitschrift für europäisches privatrecht*, vol. 2, 2018, pp. 428-445. Ver, también, la reflexión de DOUGLAS, Gillian, "Family provision, ...", op. cit., p. 225, sobre la jurisprudencia generada al aplicar la normativa de la *family provision*. La autora opina que son estas sentencias las que están perfilando la línea entre lo que entendemos por "obligaciones familiares" y un concepto de "familia" en constante evolución. Los criterios utilizados para determinar quién puede reclamar bajo la ley de 1975, combinados con los principios y los razonamientos que informan el ejercicio de la discreción de los jueces, son un intento de reflejar lo que la sociedad contemporánea entiende por "familia" y "relaciones familiares".

determinar si el reclamante es merecedor de una parte de la herencia del causante (o de una parte mayor que la que se le adjudicó). Como venimos señalando, la aplicación de conceptos como “disposición hereditaria razonable” o la referencia a los criterios contenidos en la ley, proporcionan al tribunal una aparente objetividad, pero lo cierto es que los jueces raramente son observadores neutros y desapasionados, especialmente en el área del Derecho de familia y de las relaciones familiares⁴⁶⁹. Es inevitable que cuando el juez es llamado a decidir quién es más merecedor de la herencia del causante o el derecho de quién debe de primar en cada caso, se vea influenciado por sus propias experiencias y prejuicios sobre qué significa la familia, quién la compone y qué tipo de comportamiento se considera, desde un punto de vista ético o moral, apropiado. A pesar de que cada juez tiene, obviamente, su propia brújula moral y sus propios valores, se pueden observar ciertas tendencias generalizadas sobre el tipo de relación o comportamiento que los jueces ingleses tienen en consideración para determinar si una demanda es meritoria.

En el caso del cónyuge o pareja civil y del conviviente de hecho, las sentencias muestran que para que su pretensión prospere, el reclamante debe probar la existencia de un comportamiento de naturaleza “conyugal” (o cuasi-conyugal en el caso del conviviente)⁴⁷⁰. Los jueces tienden a favorecer comportamientos relacionados con actitudes familiares tradicionales. En *Re Besterman*⁴⁷¹ el juez tuvo en cuenta la duración del matrimonio (dieciocho años) para fallar a favor de incrementar la parte asignada a la viuda, a quien se refirió como una “esposa devota y responsable”⁴⁷². En *Re Snoek* el juez también resolvió a favor de la viuda, señalando que durante los primeros años de matrimonio se encargó de las tareas domésticas y del cuidado y educación de los hijos, aunque redujo considerablemente la dotación económica debido a su comportamiento “despiadado y atroz” con el

⁴⁶⁹ CONWAY, Heather, “Where there is a will ...”, op. cit., pp. 35-57.

⁴⁷⁰ DOUGLAS, Gillian, “Family provision, ...”, op. cit., pp. 240-241.

⁴⁷¹ *Re Besterman* [1984] Ch 458.

⁴⁷² En el original “*a faithful and dutiful wife*”.

causante en los últimos años de matrimonio⁴⁷³. En *Webster v Webster*, el juez resaltó la duración de la relación *more uxorio*, observando que había durado “más que muchos matrimonios” (treinta y seis años), lo que generó una “gran obligación y responsabilidad” del finado hacia la reclamante. Esta idea de que la duración de la relación conyugal o cuasi-conyugal la hace merecedora de reconocimiento se repite en muchas sentencias y se vincula al nacimiento de una obligación por parte del causante hacia el reclamante⁴⁷⁴.

Por otro lado, las sentencias relativas a reclamaciones interpuestas por convivientes de hecho son muy ilustrativas del tipo de relación de pareja que los jueces consideran merecedora de protección bajo la ley actual⁴⁷⁵. En *Negus v Bauhaus*, el juez describió la relación de convivencia como cuasi-matrimonial señalando que “[é]l quería una compañera y amante devota y la obtuvo. Ella quería seguridad y un techo sobre su cabeza”⁴⁷⁶. En *Churchill v Roach* el juez ofrece una indicación de lo que constituye una “convivencia como marido y mujer” que, en su opinión, debe tener vocación de permanencia, requiere la existencia y frecuencia de contacto íntimo y de ayuda mutua, así como que ambas partes estén dispuestas a limitar sus libertades personales y poner sus recursos en común⁴⁷⁷.

Por lo que respecta a los hijos, las sentencias parecen indicar la necesidad de que el hijo reclamante demuestre que ha cumplido con su deber filial hacia el causante. En cualquier caso, como ya se ha señalado, las posibilidades de triunfo de la reclamación de un hijo mayor de edad en base a la irracionalidad de la disposición hereditaria son limitadas. En cualquier caso, la jurisprudencia muestra que no

⁴⁷³ *Re Snoek* [1983] 13 Fam. Law, 18. En el texto original el comportamiento de la reclamante fue descrito como “*atrocious and vicious conduct*”.

⁴⁷⁴ Ver también *Cattle v Evans* [2011] 2 FLR 843; *Re Besterman* [1984] Ch 458; *Re Snoek* [1983] 13 Fam. Law, 18.

⁴⁷⁵ Ver un análisis más detallado sobre la categoría de convivientes en SLOAN, Brian, “The concept of coupledness ...”, op. cit., pp. 623-648.

⁴⁷⁶ *Negus v Bahouse* [2008] 1 FCR 768, párrafo 28.

⁴⁷⁷ *Churchill v Roach* [2002] EWHC 3230 (Ch). El texto original “*It seems to me to have elements of permanence, to involve a consideration of the frequency and intimacy of contact, to contain an element of mutual support, to require some consideration of the degree of voluntary restraint upon personal freedom which each party undertakes, and to involve an element of community of resources.*”

prosperará la reclamación si la hija desatiende a su padre⁴⁷⁸, si la relación fue inexistente durante años⁴⁷⁹, o si el comportamiento no es el de un “buen hijo” en opinión del juez⁴⁸⁰. Las posibilidades de éxito de estas reclamaciones son particularmente difíciles de predecir y, posiblemente, las que más dependen de las circunstancias concretas del caso, ilustrando el enorme reto que supone para los jueces sopesar obligaciones familiares derivadas, no de la ley, sino del modo en el que las partes optaron por vivir sus vidas y desarrollar sus relaciones familiares.

4. LA “FAMILIA SUCESORIA”: SUCESIÓN INTTESTADA *VERSUS* PRESTACIÓN FAMILIAR

La conexión entre el Derecho sucesorio, el Derecho patrimonial y Derecho de familia está sobradamente establecida⁴⁸¹. Algún autor incluso ha definido el Derecho sucesorio como un intento de expresar la familia en términos patrimoniales⁴⁸². La naturaleza de esta relación, que puede reflejar tensión o incluso enfrentamiento entre dos conceptos dinámicos como son el “patrimonio” y la “familia”, depende en gran medida de los valores sociales y culturales que subyacen en cada ordenamiento legal como resultado de sus diferentes tradiciones jurídicas. El debate sobre el derecho del causante a disponer de su patrimonio con mayor o menor libertad debe ubicarse en este contexto social, histórico y normativo, por lo que el tratamiento del fenómeno sucesorio en los diferentes ordenamientos jurídicos varía según el predominio de ideas individualistas o solidarias sobre el patrimonio. Mientras los sistemas jurídicos de tradición civil (por ejemplo, Alemania, Francia, España) han articulado su normativa sucesoria en torno a un concepto de solidaridad familiar, el

⁴⁷⁸ Ver, por ejemplo, *Espinosa v Bourke* [1999] 1 FLR 747.

⁴⁷⁹ Ver, por ejemplo, *Garland v Morris* [2007] 2 FLR 528.

⁴⁸⁰ *Ibid.*

⁴⁸¹ Para una discusión sobre la relación entre los conceptos de patrimonio y familia en los sistemas jurídicos continentales y del *Common Law*, ver CROUCHER, Rosalind, “Freedom of disposition versus forced heirship: property versus family”, en Alon Kaplan (ed.), *Trusts in prime jurisdictions*, Globe Business Publishing Ltd., Londres, 2006, pp. 431-444. Para un análisis más general de la relación entre familia y patrimonio, ver PEREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, DE PABLO CONTRERAS, Pedro y CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones*, Edisofer (reimpresión 1ª edición), Madrid, 2016, pp. 28-29.

⁴⁸² CROUCHER, Rosalind, “How free is free ...”, *op. cit.*, p. 24.

sistema sucesorio inglés se ha desarrollado por una línea mucho más individualista que, al menos aparentemente, antepone la libertad de disposición del causante a la protección de la familia mediante derechos legitimarios⁴⁸³.

No obstante la posibilidad supuestamente irrestricta del finado inglés de dejar fuera de su testamento a cualquiera de sus familiares, tal y como venimos insistiendo, su sistema sucesorio reconoce a ciertas personas el derecho a impugnar la distribución de su patrimonio hereditario reclamando parte de su herencia en forma de prestación familiar discrecional. De esta manera, el carácter liberal del ordenamiento jurídico inglés queda atenuado por una normativa cuyo fin es proteger a ciertos individuos con los que el causante desarrolló una relación de “familia” de la que se derivaron obligaciones que sobreviven a la muerte del *de cuius*. Esta “familia sucesoria”, reconocida en la ley reguladora de la *family provision*, introduce un concepto diferente de familia que se distingue tanto del modelo de familia “dinástica” vinculado a la idea de preservar el patrimonio en la familia de origen, como del más reciente modelo de familia nuclear, que prioriza la transmisión de los bienes hereditarios al cónyuge y a los hijos de la pareja⁴⁸⁴. En contraste con estos modelos, la normativa de la *family provision* se ubica en la vanguardia del debate sobre lo que la sociedad inglesa contemporánea entiende como “familia”, mientras los tribunales, con cada decisión, van perfilando la línea entre el concepto tradicional de familia, firmemente presente en la sucesión intestada, y una concepción más moderna de la comunidad familiar que incorpora otros vínculos afectivos considerados aptos para generar “obligaciones familiares” y dar lugar a derechos sucesorios⁴⁸⁵.

Recordemos que los llamamientos a la sucesión intestada están limitados a miembros de lo que podríamos llamar la “familia tradicional”: el cónyuge o pareja civil, los hijos y determinados familiares. En primer lugar, es llamado como

⁴⁸³ GREEN, Kate, “The Englishwoman’s castle ...”, op. cit., pp. 187-209; CROUCHER, Rosalind, “How free is free ...”, op. cit., pp. 24-27; SLOAN, Brian, *Borkowski’s ...*, op. cit., pp. 2-6.

⁴⁸⁴ FINCH, Janet, *Family obligations ...*, op. cit.; FINCH, Janet and MASON, Jennifer, *Passing on ...*, op. cit.

⁴⁸⁵ Ver, a este respecto, las reflexiones de DOUGLAS, Gillian, “Family provision ...”, op. cit., pp.225-226, y también PROBERT, Rebecca, “Disquieting thoughts ...”, op. cit., pp. 46-49.

heredero legítimo el cónyuge o la pareja civil superviviente, que puede concurrir con hijos o descendientes llamados en segundo lugar. En defecto de ambos, la ley defiere la herencia a la parentela en el siguiente orden: padres, hermanos y hermanas, abuelos, tíos y tías y, finalmente, el Estado⁴⁸⁶. La “familia *ab intestato*” se construye, por lo tanto, con referencia a los lazos matrimoniales (o cuasi-matrimoniales) y a los lazos sanguíneos o adoptivos. El legislador entiende que el causante hubiera querido favorecer primero a su familia nuclear, cónyuge e hijos, y a falta de estos, a un número limitado de miembros de su familia. El conviviente de hecho queda excluido de la familia legal del causante intestado, al igual que otras personas que, habiendo mantenido una relación de afectividad o dependencia con el causante, sin embargo, no estaban unidas a él por vínculo sanguíneo o por adopción. Algunas de estas personas podrán reclamar parte de la herencia del fallecido ante los tribunales mediante la *family provision*, pero no se les reconoce ningún derecho *ex lege*.

Es interesante recordar en este sentido que la normativa reguladora de la sucesión intestada ha sido objeto de importantes reformas en los últimos años. Como se ha visto a lo largo de este capítulo, la *Law Commission* ha publicado varios informes basados en extensas investigaciones y consultas públicas sobre la distribución de la propiedad *mortis causa*⁴⁸⁷. En uno de sus informes la Comisión señaló que la función de las reglas de la sucesión intestada es ofrecer una solución “justa y razonable en la mayoría de los casos”, añadiendo que, en opinión de la sociedad inglesa, dicha solución general debe priorizar la protección del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja civil, seguido por sus hijos y, finalmente, por otros familiares⁴⁸⁸. Es más, uno de los estudios más extensos llevados a cabo en Inglaterra sobre la opinión de la sociedad al respecto de quién debe beneficiarse del

⁴⁸⁶ Artículo 46(1)(iii) a (v) de la *Administration of Estates Act* de 1925.

⁴⁸⁷ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law: First Report on Family Property. A New Approach*, Informe Law Com No 52, 1974; *Second Report on Family Property*, Informe Law Com No 61, 1974; *Family Law: Distribution on Intestacy*, Informe Law Com No 187, 1989; *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011.

⁴⁸⁸ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law: Distribution on Intestacy*, Documento de consulta Law Com CP 108, 1988 y LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law: Distribution on Intestacy*, Informe Law Com No 187, 1989, párrafo 6. Ver también LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, párrafo 1.24.

patrimonio del finado, confirmó que los ingleses eligen beneficiar principalmente a la familia nuclear, es decir, a la familia que ellos mismos han creado: su cónyuge y sus hijos⁴⁸⁹. En cuanto a los factores más importantes a la hora de decidir quién formará parte de su testamento o quién debería beneficiarse en una sucesión intestada, los encuestados mencionan tres: (i) el compromiso con el cónyuge, pareja o conviviente de hecho, particularmente si la relación fue de larga duración; (ii) la existencia de una relación de dependencia y asistencia mutua entre el causante y el beneficiario y; (iii) la existencia de parentesco y lazos de sangre o adoptivos⁴⁹⁰. Curiosamente, a pesar de los importantes cambios sociales de los últimos años y la evolución de un concepto de familia tradicional hacia una familia “moderna”, que antepone los lazos afectivos a los sanguíneos, en lo que se refiere a la “familia sucesoria”, parece que la sociedad inglesa continúa manteniendo una actitud tradicional tanto a la hora de redactar su propio testamento, como en relación a las sucesiones intestadas⁴⁹¹.

Sin embargo, este modelo de familia tradicional no se repite en la normativa que regula la *family provision*. Las personas legitimadas para reclamar bajo la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* de 1975 incluyen a los miembros de la familia nuclear (cónyuge o pareja e hijos), pero también a personas que, sin estar ligadas al finado por parentesco, mantuvieron con él una relación análoga a la familiar, ya fuera por su naturaleza cualitativa (por ejemplo, el cohabitante que convivió como si fuera cónyuge o las personas que fueron tratadas como si fueran hijos), como por la existencia de una dependencia económica en vida del causante. Por otro lado, los padres, hermanos, abuelos y tíos del finado son llamados a la sucesión intestada por la mera razón de pertenecer a la parentela del *de cuius*, pero, en cambio, ese vínculo, por sí solo, no les legitima para interponer una

⁴⁸⁹ La consulta puede encontrarse en DOUGLAS Gillian, WOODWARD Hilary, HUMPHREY Alun, et al., “Enduring love ...”, op. cit., pp. 245-271.

⁴⁹⁰ *Ibid*, pp. 263-270.

⁴⁹¹ Ver, por ejemplo, FINCH, Janet and MASON, Jennifer, *Passing on ...*, op. cit., pp. 268-270; IZUHARA, Misa y COPPE Stephan, “Inheritance and family conflicts: exploring asset transfers shaping intergenerational relations”, *Families, Relationships and Societies*, vol. 8, núm. 1, pp. 6-7.

acción bajo la normativa de la *family provision*⁴⁹². En opinión de PROBERT, la diferencia de enfoque se debe a que mientras las reglas de la sucesión intestada reconocen derechos sucesorios en base a una legitimación objetiva (contrato matrimonial o análogo y lazos sanguíneos o adoptivos), la normativa de la prestación familiar discrecional se ocupa de atender a situaciones de “necesidad”⁴⁹³. El fundamento de la *family provision* no es reconocer derechos sucesorios que, recordemos, no existen *per se* en un sistema en el que la piedra angular es la libertad de testar del causante, sino subsanar la situación de penuria económica del reclamante⁴⁹⁴.

Siendo esto así, es inevitable preguntarse qué criterio ha utilizado el legislador inglés para determinar quién compone la familia sucesoria del causante a efectos de poder reclamar una prestación económica con cargo a su herencia. No parece existir una respuesta clara a esta pregunta. La mayoría de la doctrina opina que la ley reguladora de la *family provision* carece, a este respecto, de un fundamento jurídico bien definido y se critica que ha sido reformada y ampliada *ad hoc* para responder a problemas puntuales (por ejemplo, la situación del conviviente *more uxorio*, la situación de los “hijos de la familia”) y no en base a una política sucesoria bien definida⁴⁹⁵. La normativa parece reconocer la existencia de una serie de obligaciones morales y legales del causante hacia el reclamante, pero no queda claro por qué esas obligaciones y no otras, dan lugar a un derecho a reclamar⁴⁹⁶. La profesora y miembro asesor de la *Law Commission*, Rebecca PROBERT, sugiere que existe un denominador común a todas las categorías de demandantes, que sirve para

⁴⁹² Las personas vinculadas al causante por lazos de sangre podrán reclamar bajo la ley de 1975, pero no en virtud de dicho parentesco, sino bajo una de las categorías legitimadas como, por ejemplo, la de persona económicamente dependiente del causante.

⁴⁹³ PROBERT, Rebecca, “Disquieting thoughts ...”, op. cit., pp. 46-49. La autora observa que “*the family provision legislation, in contrast to the intestacy rules, is largely about needs rather than rights.*” (p.47). Esta misma premisa fue expuesta por la Comisión Legislativa del Parlamento británico en su Informe *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, en el que afirmó que “*the 1975 Act responds primarily to need, rather than to fairness or desert. It will not confer an investment or lift the applicant into a different wealth bracket. Equally, it will not take an entitlement away from the beneficiary of a will or intestacy on the basis that he or she was undeserving.*”

⁴⁹⁴ DOUGLAS, Gillian, “Family provision ...”, op. cit., p. 227.

⁴⁹⁵ SLOAN, Brian, “The concept of coupledom ...”, op. cit., p. 623; SAWYER, Caroline y SPERO, Miriam, *Succession, wills, ...*, op. cit., pp. 317-322; PROBERT, Rebecca, “Disquieting thoughts ...”, op. cit., p. 46.

⁴⁹⁶ SAWYER, Caroline y SPERO, Miriam, *Succession, wills, ...*, op. cit., p. 321.

explicar la actual lista de personas con derecho a reclamar⁴⁹⁷. La autora observa que, en todos los casos previstos en la ley, el causante optó por “hacer” algo con respecto al reclamante, ya fuera establecer una relación familiar (contraer matrimonio, formar una pareja civil, entablar una convivencia de hecho, o tener hijos o tratar al reclamante como si fuera un hijo) o proporcionar una ayuda económica. De acuerdo con PROBERT, el causante, en ejercicio de su autonomía y de forma libre y voluntaria, decidió establecer en vida una relación familiar, cuasi-familiar o de dependencia económica con el reclamante, que generó una obligación hacia aquél. La obligación persiste tras la muerte del causante, por lo que el reclamante está legitimado para solicitar que se cumpla con cargo a la herencia del *de cuius*. Esta teoría, basada en el principio de la autonomía de la voluntad del finado, tiene la virtud de alejarse de la idea de que la acción del reclamante nace de una obligación “moral” del causante. La moralidad es un concepto subjetivo y cambiante, pero el ejercicio de la libre voluntad como fuente de obligaciones legales ofrece certeza y seguridad jurídica. Tomemos como ejemplo la categoría de persona económicamente “dependiente” del causante. Si el causante decidió libremente contribuir al mantenimiento del reclamante “hasta el momento inmediatamente anterior a su muerte”, es comprensible que la ley presuma que de no haber ocurrido el deceso, el causante hubiera continuado con sus aportaciones, generando así una expectativa que el reclamante puede accionar contra el patrimonio hereditario⁴⁹⁸.

La forma en la que el causante ejerció su decisión también concierne a la resolución del tribunal; por ejemplo, si el finado contribuyó al sostenimiento del reclamante, será relevante si lo hizo voluntariamente o a regañadientes, si fue una aportación generosa o si aportó únicamente lo mínimo necesario; en definitiva, el tribunal deberá determinar exactamente de qué y en qué medida se hizo responsable el causante cuando decidió libremente vincularse con el reclamante⁴⁹⁹. La intensidad

⁴⁹⁷ PROBERT, Rebecca, “Disquieting thoughts ...”, op. cit., pp. 46-49.

⁴⁹⁸ PROBERT, Rebecca, “Disquieting thoughts ...”, op. cit., p. 48. La autora ofrece el ejemplo de la decisión del tribunal en *Kourgky v Lusher* [1983] 4 FLR, 65, en la que el tribunal rechazó la reclamación de una mujer que, a pesar de haber tenido una relación estable y duradera con el causante años antes de su muerte, no pudo probar que el causante hubiera estado contribuyendo a su sostenimiento en el momento inmediatamente anterior a su muerte.

⁴⁹⁹ *Ibid.*

y cualidad del vínculo creado por el causante aporta información al tribunal sobre la naturaleza de la relación entre las partes e, inevitablemente, influirá en su decisión sobre la pertenencia del reclamante a la familia sucesoria del causante a efectos jurídicos.

5. RECAPITULACIÓN: EL SUPÉRSTITE EN EL CENTRO DEL FENÓMENO SUCESORIO

Como ya hemos visto, el Derecho de sucesiones moderno se fundó con la *Administration of Estates Act* de 1925, que introdujo por primera vez una normativa *ab intestato* que no diferenciaba entre bienes muebles e inmuebles y otorgaba los mismos derechos a la viuda que al viudo⁵⁰⁰. Pero la verdadera importancia de esta ley radica en que, por primera vez, se posicionó al cónyuge supérstite por delante de los hijos en la sucesión intestada, comenzando así un proceso de priorización del vínculo matrimonial sobre el filial que está hoy completamente consolidado en la legislación actual.

Es conocido también, que la otra ley fundamental en el complejo de normas sucesorias que afianzaron la posición predilecta del cónyuge supérstite fue la *Inheritance (Family Provision) Act* de 1938. Esta ley introdujo la posibilidad de impugnar la distribución hereditaria dispuesta por el marido que, en ejercicio de su libertad de testar, dejaba a su mujer en la más absoluta penuria⁵⁰¹. Hasta entonces, el único recurso de la viuda había sido la impugnación del testamento de su marido, que sólo era posible en circunstancias muy limitadas como, por ejemplo, si podía probar que el causante no se encontraba en pleno uso de sus facultades mentales cuanto otorgó testamento o que no lo otorgó libremente⁵⁰². La posibilidad de

⁵⁰⁰ Hasta 1925, las viudas y los viudos recibían un tratamiento diferente bajo la ley. CRETNEY, Stephen, *Family law ...*, op. cit., p. 480, explica que uno de los objetivos de la ley de 1925 fue el de unificar la normativa y establecer un único régimen legal aplicable por igual a hombres y mujeres, y a todos los tipos de propiedad, muebles e inmuebles.

⁵⁰¹ La ley de 1938 también concedió la posibilidad de impugnar el testamento del causante a la hija no casada y al hijo menor de veintiún años que estuviera jurídicamente incapacitado. El marido viudo también podía reclamar bajo esta ley, pero raramente se daban las circunstancias que lo hicieran necesario.

⁵⁰²CRETNEY, Stephen, *Family law ...*, op. cit., pp. 495-511.

solicitar que los tribunales dictaran una distribución hereditaria diferente de la dispuesta por el finado en su testamento se extendió en 1952 a la sucesión intestada⁵⁰³. Finalmente, una tercera norma esencial para completar la protección del consorte superviviente bajo el derecho sucesorio inglés fue la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* de 1975. Como es bien sabido, a partir de su entrada en vigor, el cónyuge o pareja civil supérstite que impugnara la sucesión testada o intestada de su consorte podía reclamar una prestación familiar sin limitación con respecto a su cuantía, siempre que reflejara lo que le correspondía “como cónyuge o pareja civil”.

5.1. El supérstite en la sucesión intestada

Como se ha visto en la sección dedicada a la sucesión intestada, las leyes sucesorias inglesas confieren al cónyuge o pareja civil del causante intestado la mejor expectativa sucesoria con respecto al patrimonio relicto del *de cuius*, situándole en el centro del fenómeno sucesorio, por delante de toda la parentela⁵⁰⁴. El supérstite solamente es llamado a compartir el caudal hereditario cuando concurre con hijos o descendientes del causante, constituyéndose único heredero en todos los demás casos.

En caso de concurrir con hijos o descendientes, la parte que la ley reserva al cónyuge o pareja civil es tan extensa que, a menudo, una vez satisfecha no quedará patrimonio que repartir con los descendientes. En efecto, el supérstite recibe los bienes de uso personal y una cantidad en concepto de *statutory legacy* que debe ser abonada con prioridad a cualquier expectativa que puedan tener los hijos o descendientes. Tanto es así que, si el patrimonio relicto es inferior a la cantidad fijada como *statutory legacy*, los hijos no serán llamados a la herencia de su progenitor, recibiendo el supérstite la totalidad del caudal. Si el caudal es superior a la *statutory legacy*, el remanente se divide en dos partes, una para el cónyuge o pareja civil y otra para los hijos. Recordemos que, originariamente, el cónyuge

⁵⁰³ La ley de 1938 fue extendida a la sucesión intestada por la *Intestates' Estates Act 1952*.

⁵⁰⁴ Véase el epígrafe referente a la sucesión intestada para una revisión más detallada de la normativa reguladora de la sucesión *ab intestato*: la *Administration of Estates Act 1925*.

recibía la mitad del remanente en calidad de usufructo vitalicio por lo que, tras su muerte, la plena propiedad revertía a los hijos⁵⁰⁵. Sin embargo, en 2014 la normativa se modificó para favorecer aún más al sobreviviente, otorgándole la mitad del remanente en plena propiedad⁵⁰⁶.

Es de reseñar que la *statutory legacy* ha ido aumentando de forma exponencial a lo largo de los años, hasta alcanzar la cifra actual de 270 000 libras, que deben abonarse libres de “cargas sucesorias” y con intereses acumulados desde el momento de la muerte del causante⁵⁰⁷. Ante semejante cifra, no resulta sorprendente que la estadística muestre que menos del diez por ciento de las herencias intestadas sobrepasan el valor de la *statutory legacy*, por lo que, en el noventa por ciento de los casos, el único llamado a la herencia del finado es su cónyuge o pareja civil⁵⁰⁸. Si a esta estadística le sumamos la también alta cifra de viudas, viudos y parejas supervivientes que, como *beneficial joint owners*, adquieren la titularidad absoluta sobre su vivienda familiar tras la muerte del causante, es fácil concluir que la posición del supérstite en la sucesión intestada es privilegiada. Más

⁵⁰⁵ Artículo 46(1) de la *Administration of Estates Act 1925*.

⁵⁰⁶ *Inheritance and Trustees' Powers Act* de 2014.

⁵⁰⁷ El concepto de *statutory legacy* se introdujo por primera vez en 1890 por la *Intestates' Estates Act* cuando se estableció que, si el cónyuge supérstite concurría con hijos o descendientes, le correspondía por ley una cantidad de 500 libras. Desde entonces la cantidad ha ido aumentando a un ritmo exponencial hasta la última reforma introducida en 2020 por La *Administration of Estates Act 1925 (Fixed Net Sum) Order 2020* que la ha fijado en 270 000 libras.

La Ley de Administración de Patrimonios de 1925 establece que la cantidad asignada al supérstite estará exenta de “cargas sucesorias” (*free of death duties*). Las cargas a las que se refiere la ley han quedado limitadas en la actualidad al pago del impuesto de sucesiones. De cualquier modo, las transmisiones de propiedad entre marido y mujer, ya sean *inter vivos* o mortis causa, están siempre exentas del impuesto de sucesiones.

El tipo de interés aplicable es el establecido por el Banco de Inglaterra el día del fallecimiento del causante (Artículo 46(1A) de la Ley de Administración de Patrimonios, modificado por la *Inheritance and Trustees' Powers Act 2014*).

⁵⁰⁸ PARLAMENTO BRITÁNICO, Debates Parlamentarios, Cámara de los Lores, Segundo Debate, 3 de marzo de 2014, columnas 5 y 13. El acta del debate de la propuesta de ley puede recuperarse en <https://publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmpublic/inheritance/140303/pm/140303s01.htm>

Ver también KERRIDGE, Roger, “Intestacy reform ...”, op. cit., pp. 15-16. El dato sobre el número de patrimonios hereditarios que no superan el valor de la *statutory legacy* fue presentado durante los mencionados debates parlamentarios de 2014. En aquel momento, la cantidad de la *statutory legacy* era de 250 000 libras. Esta cantidad aumentó a 270 000 libras en 2020. Aunque no contamos con el número actualizado de herencias que superan la actual *statutory legacy* en Inglaterra, pensamos que no es desacertado suponer que el porcentaje continúa por debajo del diez por cien.

interesante resulta preguntarse si en su empeño por garantizar al supérstite un estatuto sucesorio adecuado, el legislador inglés ha acabado por sobreprotegerle, a costa de otros intereses también vulnerables, como son los de los hijos menores o discapacitados, particularmente si lo son sólo del causante. Adelanto ya aquí mi opinión de que, en efecto, así ha sido.

Resulta incontrovertible que tantas medidas favorables al supérstite han tenido como contrapartida la progresiva devaluación del vínculo filial en la normativa sucesoria. La evolución de la posición sucesoria del cónyuge o pareja sobreviviente y los hijos del causante, respectivamente, desde principios del siglo XX es, si no enteramente sorprendente, sí llamativa. Ciertamente, el reposicionamiento del supérstite en la sucesión intestada de su consorte refleja la profunda transformación del paradigma familiar, que propició el paso de un sistema sucesorio dinástico a otro distinto, que reconoce la nuclearización de la familia y la primacía del vínculo conyugal⁵⁰⁹. Esta evolución es común a la mayoría de países occidentales que también experimentaron una transformación similar, culminando en esquemas sucesorios que priorizan el interés del cónyuge y los hijos sobre el de otros parientes del causante⁵¹⁰. Lo que no es tan común, sin embargo, es la opción adoptada por el legislador inglés con respecto al interés familiar que considera necesitado de mayor protección dentro de la familia nuclear. Lejos de favorecer a los hijos del causante – al menos a los hijos menores o discapacitados- o de distribuir los derechos sucesorios de modo equitativo entre los hijos y el cónyuge superviviente, el legislador inglés reserva para el supérstite un lugar destacado en la sucesión de su consorte premuerto, por delante de los hijos y, casi siempre, privándoles de toda expectativa sucesoria. La decisión del legislador inglés, atractiva en su claridad y firmeza, podría ser una buena alternativa cuando los hijos que concurren a la herencia son hijos comunes del causante y el supérstite (aunque recordemos que la teoría de la conducción en la que se basa no siempre se cumple). Sin embargo, por las razones que se han expuesto a lo largo de este trabajo, resulta palmariamente

⁵⁰⁹ KERRIDGE, Roger, "Intestate succession ...", op. cit., pp. 321-348.

⁵¹⁰ Para un análisis de los cambios históricos en las concepciones familiares en las sociedades occidentales, ver PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 114-126.

deficiente en el caso de las familias reconstituidas en las que los hijos lo sean sólo del causante o si el supérstite contrae ulteriores nupcias o constituye una nueva pareja.

Como ha quedado evidenciado a lo largo de este capítulo, la política sucesoria del legislador inglés, lejos de ser casual, ha sido objeto de detallados informes jurídicos y extensos debates en el Parlamento británico durante los últimos años. Este escrutinio siempre ha culminado en reformas legislativas destinadas a mejorar aún más la posición del supérstite en la sucesión intestada. A pesar de que ya analizamos en epígrafes anteriores dos de los informes más relevantes en relación a la sucesión intestada del causante, no está de más –por su importancia- recordar brevemente los argumentos principales sobre los que la *Law Commission* basa su decisión de proteger, ante todo, el interés del cónyuge o pareja supérstite⁵¹¹.

El primero de los informes se publicó en 1989 y marcó la dirección que ha seguido la política sucesoria inglesa hasta la actualidad⁵¹². Recordemos que, ya entonces, la Comisión propuso una solución que preveía un reparto de la herencia muy sencillo: todo para el cónyuge en todos los casos. Dicho de otro modo, el órgano encargado de asesorar al legislador inglés sobre la dirección que debe de tomar la normativa sucesoria, ya proponía en los años noventa que, en caso de morir el causante sin expresar su voluntad en testamento, su cónyuge debería de ser el único heredero llamado a recibir su herencia. La Comisión tenía claro, y lo sigue teniendo, que el interés más necesitado de protección es el de la viuda supérstite y que el mejor modo de garantizar esa protección es mediante un sistema sucesorio sin complejidades ni ambigüedades en el que la totalidad del patrimonio relicto recaiga sobre el consorte sobreviviente⁵¹³. Esta preocupación de la *Law Commission* por el supérstite no surgió de la nada, sino que estaba basada en una muy real inquietud social por la situación económica en la que queda la viuda o el viudo tras la muerte de su pareja,

⁵¹¹ Los informes se analizan, en relación a la sucesión intestada, en el epígrafe 2.7.

⁵¹² LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law: Distribution on Intestacy*, Informe Law Com No 187, 1989.

⁵¹³ Para los argumentos de la Comisión a este respecto, ver LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law: Distribution on Intestacy*, Informe Law Com No 187, 1989, párrafos 25-37.

particularmente, en aquellos casos en los que existe un riesgo de que no pueda seguir habitando en la vivienda familiar⁵¹⁴. Está claro, por lo tanto, que la garantía del bienestar del supérstite es un valor social; el problema es que la Comisión proponía garantizar este bienestar obviando otra preocupación manifestada por la sociedad inglesa en respuesta a la misma consulta: la desprotección de los hijos del causante. Fue precisamente esto lo que llevó al legislador a rechazar una propuesta que ignoraba totalmente la posición sucesoria de los hijos en general, y la de los hijos de matrimonios previos en particular⁵¹⁵.

Como es sabido, sin embargo, la propuesta que acabó por convertirse en ley tras el siguiente informe de la *Law Commission* en 2011, tuvo un efecto muy similar al “todo para el cónyuge”⁵¹⁶. En esta ocasión, no se propuso adjudicar la totalidad de la herencia al cónyuge supérstite, pero se recomendaron un número de pequeñas reformas que, aplicadas en su totalidad, consolidaban la posición de supérstite como heredero legal principal y, casi siempre, único⁵¹⁷. Nuevamente, la Comisión optó por ignorar la preocupación reiterada por los encuestados sobre la situación de los hijos del causante.

⁵¹⁴ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law: Distribution on Intestacy*, Informe Law Com No 187, 1989, párrafo 26.

⁵¹⁵ Los debates parlamentarios declararon impopular una medida que tenía como consecuencia directa la desheredación de los hijos siempre que el cónyuge sobreviviera al causante, particularmente si éste había contraído segundas nupcias. Ver PARLAMENTO BRITÁNICO, Debates Parlamentarios, Cámara de los Loes, 16 de junio 1992, volumen 538, columna 171 y 172. Recuperado de <https://hansard.parliament.uk/Lords/1992-06-16/debates/65675bb4-03b7-4cc5-ad52-6fc71c254dca/IntestacyLawCommissionReport>. Ver también a este respecto, CRETNEY, Stephen, “Intestacy reforms ...”, op. cit., p. 51; BURNS, Fiona, “The changing patterns ...”, op. cit., pp. 487-488; KERRIDGE, Roger, “Intestate succession ...”, op. cit., pp. 333-334; KERRIDGE, Roger, “Intestacy reform ...”, op. cit., pp. 4-8; O’SULLIVAN, Kathryn, (2017). *Distribution of ...*, op. cit., pp. 21-41.

⁵¹⁶ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, párrafos 1.30-1.35.

⁵¹⁷ Los cambios propuestos están descritos en detalle en el epígrafe 2.7. En resumen, los principales cambios fueron los siguientes: (i) el cónyuge supérstite pasó a ser el único llamado a la herencia cuando no concurrían hijos o descendientes; (ii) Cuando concurrían hijos o descendientes, el derecho del supérstite sobre la mitad del caudal remanente pasó a ser un derecho en plena propiedad, en lugar de un derecho de usufructo; (iii) se amplió la definición de los *personal chattels* y; (iv) se estableció que la cantidad de la *statutory legacy* se revisaría a la alza cada cinco años.

Es evidente, atendiendo a las consultas e informes publicados por la *Law Commission*, que el tratamiento de los hijos y descendientes bajo la normativa sucesoria actual no es coherente con las preferencias manifestadas por la sociedad inglesa⁵¹⁸. La propia Comisión lo reconoce al afirmar que “parece existir un fuerte apego a la idea de que la propiedad debe ser transferida por línea recta descendente a los hijos, nietos, etc.”⁵¹⁹. La legislación, sin embargo, no refleja esta realidad, supeditando el llamamiento de los descendientes al del cónyuge o pareja superviviente y condicionando su expectativa a que el caudal relicto supere el valor de la *statutory provision* y los *personal chattels*, e incluso entonces su derecho está limitado a la mitad del remanente. Como ya se ha indicado, la decisión del legislador de proteger al superviviente a costa de los derechos sucesorios de los descendientes en la sucesión intestada podría ser una solución para el caso de que estos sean hijos comunes y el superviviente actúe como un conducto de los bienes hereditarios. Sin embargo, es inadecuada para el supuesto de que los hijos no sean comunes, particularmente si son menores o discapacitados, o si el superviviente contrae ulteriores nupcias o constituye una nueva pareja. El legislador es conocedor de este problema pero, lejos de introducir medidas para mejorar la situación de los hijos y descendientes del intestado, la empeora con cada medida que toma, afianzando y consolidando la situación del superviviente como único heredero legítimo⁵²⁰.

En efecto, a pesar de ser consciente de la difícil situación en la que quedan algunos descendientes, el legislador inglés mantiene su apuesta por la certeza jurídica, optando por una ley simple y clara basada en la preferencia expresada por la sociedad por proteger al cónyuge o pareja civil superviviente y evitando introducir complejidades en un intento de responder a intereses que, inevitablemente, están

⁵¹⁸ PARLAMENTO BRITÁNICO, Debates Parlamentarios, Cámara de los Lores, 16 de junio 1992, volumen 538, columna 171 y 172. Recuperado de <https://hansard.parliament.uk/Lords/1992-06-16/debates/65675bb4-03b7-4cc5-ad52-6fc71c254dca/IntestacyLawCommissionReport>; MORRELL, Gareth, BARNARD, Matt y LEGARD, Robin, “The law of intestate ...”, op. cit.; LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, párrafos 2.79-2.82.

⁵¹⁹ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Documento de consulta Law Com CP 191, 2009, párrafo 3.50.

⁵²⁰ Ver a este respecto COOKE, Elisabeth, “The law of succession ...”, op. cit., pp. 133-146; BURNS, Fiona, “Surviving spouses ...”, op. cit., pp.110-118; BURNS, Fiona, “The changing patterns ...”, op. cit., pp. 493-496 y pp. 509-513; KERRIDGE, Roger, “Intestacy reform ...”, op. cit., pp. 1-29.

en conflicto. Tanto el legislador como su órgano asesor, la *Law Commission*, tienen claro que la solución por la que han optado puede dar lugar a distribuciones hereditarias injustas, pero remiten la resolución de esos casos a la jurisdicción discrecional de los jueces conforme a la normativa de la *family provision*⁵²¹. A mi parecer, esta solución queda lejos de ser óptima, o tal vez siquiera aceptable, ya que introduce una incertidumbre inherente en todo proceso judicial que es, precisamente, lo que insistentemente se dice querer evitar con una legislación que rehúye regular situaciones complejas.

A esto debe añadirse el costo económico⁵²² y emocional de interponer una acción judicial para reclamar parte de una herencia en la que el beneficiario, de acuerdo con la normativa intestada, es, o bien el progenitor supérstite del reclamante o la pareja del progenitor fallecido si contrajo segundas nupcias. En ambos casos, parece injusto, si no cruel, que la expectativa sucesoria de los hijos del causante en más del 90 por cien de los casos requiera acudir a los tribunales. Más aún, recordemos que la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975* es una ley basada en el principio de necesidad y no en el de legitimidad o merecimiento⁵²³ y, por lo tanto, la cantidad que se asigne al reclamante corresponderá a lo que el juez considere razonable para cubrir sus necesidades alimenticias básicas. Por esta razón, como ya vimos, las reclamaciones de los hijos adultos raramente prosperan, a menos que no tengan recursos propios para cubrir sus necesidades vitales. Los jueces son más proclives a resolver a favor de los hijos menores o discapacitados, pero incluso en estos casos la ley limita su discreción a una cantidad suficiente para cubrir las necesidades alimenticias, sin entrar a valorar si los hijos menores deben tener un derecho *ex lege* sobre el patrimonio de sus progenitores⁵²⁴.

⁵²¹ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law: Distribution on Intestacy*, Informe Law Com No 187, 1989.

⁵²² KERRIDGE, Roger, "Libertad de testar...", op. cit., p. 251, ofrece el ejemplo de una reclamación bajo la normativa de la *family provision* en el que el valor del patrimonio relicto se tasó en siete millones de libras y los costos judiciales ascendieron a dos millones.

⁵²³ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, párrafo 1.19.

⁵²⁴; BURNS, Fiona, "Surviving spouses ...", op. cit., pp. 110-118; BURNS, Fiona, "The changing patterns ...", op. cit., pp. 493-496 y 509-513; KERRIDGE, Roger, "Intestacy reform ...", op. cit., pp. 1-29.

Sin duda, la decisión del legislador está informada por la amplia y sostenida preferencia expresada por la sociedad de priorizar al supérstite en la sucesión legal del causante, pero es cierto que ignora las voces que piden que también se proteja a los hijos en ciertos supuestos. Es probable, por tanto, que existan otros factores de política legislativa que influyeran en la línea adoptada por el legislador. Por ejemplo, un factor determinante es el hecho incontestable de que la sociedad envejece y el Estado no puede hacer frente a los gastos sociales que esto conlleva. La Oficina Nacional de Estadística (ONS) del Reino Unido, prevé que para el año 2034 el veintitrés por ciento de la población sobrepasará los 65 años y el cinco por ciento superará los 85 años⁵²⁵. Los costos asociados al cuidado y asistencia de las personas mayores, que cada vez viven más años aunque sea con un mayor nivel de dependencia, representan un gasto para el que la administración pública inglesa no tiene presupuesto⁵²⁶. El legislador inglés apuesta por una política sucesoria que prioriza la situación patrimonial del cónyuge supérstite, garantizando su permanencia en la vivienda familiar y asignándole la mayor parte, o la totalidad, del caudal hereditario, de forma que pueda contribuir a la autofinanciación de sus necesidades asistenciales⁵²⁷. También son relevantes en este sentido, las cifras aportadas por la Comisión Legislativa que muestran que la edad media del causante intestado en Inglaterra es de 73 años⁵²⁸. Parece razonable asumir que, en la mayoría

⁵²⁵ Office of National Statistics (UK). Population: aging, fastest increase in the “oldest old”. Recuperado de <http://www.statistics.gov.uk/cci/nugget.asp?id=949>.

⁵²⁶ BURNS, Fiona, “Surviving spouses ...”, op. cit., p.116, aporta datos de 2012 que estimaban que una estancia de cuatro años en una residencia para ancianos en Inglaterra costaba 178 000 libras. Datos actualizados para 2022 sugieren que el costo medio de una residencia para ancianos en Inglaterra es de 2 816 libras (3 268 euros) al mes, aumentando a 3 552 libras (4 122 euros) mensuales si la residencia ofrece servicios de enfermería (vid. www.carehome.co.uk).

⁵²⁷ No es casualidad que productos financieros como la hipoteca inversa (*reverse mortgage*) surgieran en Inglaterra, donde existen diferentes modalidades: *equity release loans*, *equity release mortgage*, *lifetime mortgage*, etc. ROCA GUILLAMÓN, Juan, “La hipoteca inversa como medio de protección económica de los mayores”, en *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Ángel Luis Rebolledo Varela (coord.), Dykinson, Madrid, 2010, p. 659, observa que “la venta de la vivienda a entidades de crédito con reserva de usufructo, o a cambio de la constitución de una renta vitalicia; o la cesión a particulares en el marco de un contrato vitalicio, son fórmulas que coadyuvan a proporcionar tranquilidad económica en esa alargada etapa de la ancianidad”. El autor describe la hipoteca inversa como “un tipo de hipotecas por la que conforme transcurre el tiempo el endeudamiento es mayor, ya se habrá dispuesto de mayor cantidad de dinero, o aumentan los intereses por el alargamiento del plazo o ambas cosas a la vez, con lo que el valor líquido del inmueble –descontada la carga hipotecaria– es cada vez menor.”

⁵²⁸ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Documento de consulta Law Com CP 191, 2009, párrafo 1.40; LAW COMMISSION (ENGLAND AND

de los casos, la pareja supérstite será de edad similar al causante, mientras que los hijos posiblemente sean adultos de mediana edad con recursos económicos propios⁵²⁹. Comparto la opinión expresada por varios autores de que este tipo de reflexión es en gran parte responsable de las reformas legislativas tan favorables al supérstite en los últimos años⁵³⁰. Ante la realidad de la situación demográfica y social en Inglaterra, el legislador podría optar por una política sucesoria más equitativa para con los hijos del causante y, por consiguiente, menos generosa con el supérstite, pero esto supondría asumir un aumento en el gasto público asociado al cuidado de esta parte creciente de la población. No es este el camino elegido por el legislador inglés; al contrario, a pesar de la reiterada demanda social por una solución más equitativa para los hijos del intestado, la normativa sucesoria continúa fortaleciendo la posición del consorte del premuerto a quien considera titular del interés más necesitado de protección o, tal vez, el interés que más interesa proteger. En cuanto a los hijos y descendientes, de momento, tendrán que seguir acudiendo a la vía judicial de la *family provision* y probar que, en su caso, la distribución hereditaria fue irracional.

5.2. El cónyuge y la *family provision*

Como se ha visto, la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975* es otra pieza clave en el conjunto de normas que conforman el Derecho de sucesiones inglés. Esta ley actúa como contrapunto al principio de libertad de testar y a la aplicación indiscriminada de la sucesión intestada, ofreciendo una acción legal a ciertos familiares y otras personas dependientes del causante, en el inusual

WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, párrafo 3.12.

⁵²⁹ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Documento de consulta Law Com CP 191, 2009, párrafos 3.43-3.49.

⁵³⁰ Ver, en este sentido, BURNS, Fiona, "Surviving spouses ...", op. cit., pp. 117-118; KERRIDGE, Roger, "Intestate succession ...", op. cit., p. 340, sugiere que la preferencia por el cónyuge supérstite puede hacer pensar que al gobierno le interesa que las personas mayores tengan o adquieran propiedades, dada su relación directa con la financiación de las pensiones y el cuidado de los mayores: "*those who are cynical about the recommendations, and who consider them too spouse-centred, may wonder to what extent there is a subconscious desire by government to ensure that property remains in, or is put into, the possession of the older generation. The advantage of this, to government, is linked to the funding of pensions and care for the aged*".

supuesto de que la distribución hereditaria realizada por el causante no haya sido razonable o equitativa⁵³¹.

También en esta sede el trato recibido por el cónyuge o pareja civil supérstite es notablemente mejor que el aplicable al resto de reclamantes. Si el supérstite considera que el resultado de la partición intestada o de la partición testamentaria es injusto o irracional, puede interponer una acción reclamando la parte de la herencia que sea “razonable asignar a un cónyuge o pareja civil, independientemente de que dicha dotación sea necesaria para su sustento y alimentación”⁵³². Es decir, al contrario de lo que sucede con todos los demás reclamantes, incluidos los hijos y los convivientes de hecho, la cantidad que el tribunal puede asignar al cónyuge o pareja civil supérstite no está limitada a un derecho de alimentos⁵³³. En cualquier caso, dado que en la sucesión intestada el cónyuge es a menudo el único llamado a la herencia del causante, es improbable que el supérstite impugne una distribución hereditaria *ab intestato*, limitándose por tanto las reclamaciones a aquellos casos en los que el finado hubiera otorgado testamento.

5.3. El conviviente de hecho: un capítulo inacabado

Recordemos que en el Derecho de sucesiones inglés, los miembros de las llamadas uniones libres o *more uxorio* que han desarrollado una relación de afectividad análoga a la conyugal, pero al margen del vínculo que entraña el matrimonio o la

⁵³¹ Ya en 1969, Lord Justice Harman establecía este principio al afirmar que “por supuesto que bajo las leyes de Inglaterra un hombre puede otorgar las disposiciones testamentarias que desee, siempre y cuando realice una disposición razonable para aquellos que dependen del él”. Texto original: “*of course a man is entitled by the laws of England, subject to making “reasonable provision” for his dependants, to make what testamentary disposition he likes*”. Vid. *Re Thornley (deceased)* [1969] 1 WLR 1037(CA), 1041.

⁵³² Artículos 1(2)(a) y 1(2)(aa) de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*.

⁵³³ Como ya vimos, la primera versión de la *family provision* contenida en la ley, *Inheritance (Family provision)* de 1938 estaba limitada a las necesidades alimentarias básicas del cónyuge. Sin embargo, la ley actual, *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*, eliminó esta limitación e introdujo la posibilidad de reclamar una cantidad mucho más amplia.

pareja civil, no tienen ningún derecho en la sucesión intestada de su pareja⁵³⁴. Salvo que el finado otorgara testamento a su favor, el conviviente *more uxorio* deberá acudir a la jurisdicción discrecional de la *family provision* para solicitar que un juez le adjudique parte de los bienes hereditarios de su pareja. Pero incluso en este contexto jurisdiccional la posición del conviviente es notoriamente inferior a la del cónyuge, ya que el primero debe probar su condición de conviviente en base a una convivencia de naturaleza y duración determinada, mientras que el segundo obtiene la legitimación de forma automática por el mero hecho de su vínculo con el causante. La propia *Law Commission* ha observado la enorme dificultad que supone para el conviviente tener que acudir a la vía judicial para poder acceder a los bienes relictos de su pareja, a menudo enfrentándose al interés sucesorio de los hijos del causante, hasta el punto de que muchos convivientes deciden no impugnar la distribución hereditaria aunque se vean abocados a situaciones de precariedad económica⁵³⁵.

Como ya vimos, el legislador inglés ha evaluado la posibilidad de reconocer al conviviente supérstite los mismos derechos que al cónyuge o pareja civil en la sucesión intestada, al menos, dos veces⁵³⁶. En ambas ocasiones el legislador optó por no equiparar los derechos del conviviente a los del cónyuge o pareja civil. Lo cierto es que la vocación legal del conviviente de hecho es una cuestión especialmente compleja para el legislador inglés, porque está inevitablemente ligada a su política sucesoria de favorecer al cónyuge por encima de toda la parentela, a menudo privando a los hijos y descendientes del causante de cualquier

⁵³⁴ Para un análisis del concepto de conviviente *more uxorio* en el contexto de la normativa sucesoria inglesa y su expectativa en la herencia de su pareja, ver SLOAN, Brian, "The concept of coupledness ...", op. cit., pp. 623-648.

⁵³⁵ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, párrafo 8.9.

⁵³⁶ LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law: Distribution on Intestacy*, Informe Law Com No 187, 1989 y LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011. En estas dos ocasiones el Parlamento llegó a debatir las recomendaciones de la Comisión y terminó votando en contra de la propuesta de reconocer derechos al conviviente en la sucesión *ab intestato*. Se han dado otros intentos de introducir a debate propuestas de ley para reconocer la vocación legal del conviviente supérstite, pero siempre como *private bills* y nunca han llegado a ser debatidas en las cámaras legislativas. En relación a los dos informes que fueron debatidos en el Parlamento, ver epígrafe 2.3.2.

atribución hereditaria⁵³⁷. Como venimos apuntando reiteradamente, la sucesión legal en Inglaterra no ofrece una respuesta satisfactoria a la situación –cada vez más común- en la que el causante es sobrevivido por su cónyuge o pareja y por hijos o descendientes sólo del causante. Este supuesto puede dar lugar a una situación en la que el patrimonio relicto del causante, que en ocasiones incluirá bienes heredados del otro progenitor premuerto, es recibido en su totalidad por el cónyuge o pareja superviviente no progenitor, desviando así los bienes de la familia de procedencia y privando a los hijos del patrimonio de sus padres. La cuestión es polémica y el legislador lo sabe, pero es reticente a introducir cambios en la normativa intestada que causen un empeoramiento de la situación del cónyuge o pareja superviviente, incluso si estos cambios fueran *de minimis*, como, por ejemplo, cambios que afectaran sólo a aquellos casos en los que los hijos o descendientes del causante concurren a la sucesión con el superviviente no progenitor (ya fuera cónyuge, pareja civil o, incluso, conviviente de hecho). De momento, por lo tanto, la situación continúa siendo insatisfactoria y está desajustada con la voluntad de la mayoría de la sociedad expresada en los sucesivos sondeos realizados por la *Law Commission*.

Enlazando las reflexiones anteriores con la posición sucesoria de la pareja *more uxorio*, es evidente que equiparar los derechos del conviviente a los del cónyuge o pareja civil, supondría reducir aún más la expectativa sucesoria de los hijos y descendientes, cuyo interés quedaría condicionado no sólo a la existencia del cónyuge o pareja, sino también a la del conviviente *more uxorio*. Independientemente de la opinión que se tenga sobre la conveniencia de incluir al conviviente de hecho como heredero legal, lo cierto es que, teniendo en cuenta las dificultades que la situación privilegiada del cónyuge presenta cuando concurren a la sucesión hijos no comunes, parece obvio que equiparar dichos derechos a los del cónyuge superviviente sólo empeoraría la situación.

⁵³⁷ Recordemos las cifras proporcionadas durante los debates parlamentarios sobre la *Inheritance and Trustees' Powers Act 2014*, mostraban que los hijos son llamados a la herencia del causante en menos del diez por ciento de las sucesiones intestadas, ya que tras adjudicar al cónyuge superviviente la parte que le corresponde por ley, no queda remanente para distribuir a los hijos. *Vid.* PARLAMENTO BRITÁNICO, Debates Parlamentarios, Cámara de los Lores, Segundo Debate, 3 de marzo de 2014, columnas 5 y 13. El acta del debate de la propuesta de ley puede recuperarse en <https://publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmpublic/inheritance/140303/pm/140303s01.htm>

La cuestión, por el momento, queda en el ámbito del debate jurídico, ya que el Parlamento británico continúa excluyendo al superviviente de hecho de la sucesión intestada, alegando la necesidad de una reforma integral de la regulación de las uniones extramatrimoniales que vaya más allá del fenómeno sucesorio⁵³⁸. Entre tanto, los convivientes *more uxorio* en Inglaterra tendrán que continuar acudiendo a la vía judicial para reclamar parte de la herencia intestada de su pareja, mientras que los tribunales deberán de seguir intentando resolver las reclamaciones de personas que convivieron con el causante “como marido y mujer” sin serlo y buscando fórmulas para dar una respuesta equitativa dentro del límite del estándar de alimentos impuesto por la ley.

⁵³⁸ Vid. PARLAMENTO BRITÁNICO, Debates Parlamentarios, Cámara de los Lores, Segundo Debate sobre la *Inheritance and Trustees Powers Bill*, 3 de marzo de 2014, columna 4. El parlamentario y entonces Ministro de Justicia Simon Hughes declaró a este respecto: “*The Law Commission’s previous work in this area included recommendations on intestacy rights for cohabiting couples. The Government decided that it would not be appropriate to include those proposals in the Bill. Indeed, the commission produced a separate Bill to address those points and recognised that its work on cohabitation raised issues that do not apply to this Bill. Legal rights for cohabiting couples are complex and potentially far-reaching, and I am not trying to address them in the Bill. The family justice system is already in the middle of a comprehensive reform programme, so it would not be wise to consider further reform in this controversial area until we finish the reform of the much less controversial area that is the subject of the Bill.*”

CAPÍTULO II

EL SUPÉRSTITE EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

1. INTRODUCCIÓN

Para entender la posición en la que queda el cónyuge tras la muerte de su consorte en el Derecho estatal español debemos atender, no sólo a la normativa sucesoria del Código civil, sino también –a diferencia, como acabamos de ver, del Derecho inglés– a los derechos que le corresponden por razón del régimen económico que reguló su matrimonio⁵³⁹.

La interconexión entre los derechos viduales en la sucesión *mortis causa*, testada o intestada, y los derechos derivados del régimen matrimonial correspondiente, es sobradamente conocida y habitualmente subrayada por la doctrina⁵⁴⁰. Sin entrar de momento en un análisis más profundo, baste apuntar por ahora que el fallecimiento de uno de los cónyuges da lugar a la disolución del régimen económico del matrimonio y es, precisamente, el resultado de dicha liquidación lo que va a determinar la masa hereditaria del cónyuge premuerto⁵⁴¹. La relación entre el régimen matrimonial y los derechos sucesorios ha sido acertadamente descrita como un sistema de “vasos comunicantes” que compensa derechos matrimoniales débiles con derechos sucesorios más importantes, y viceversa⁵⁴². Por lo general, a

⁵³⁹ EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *Sucesión “mortis causa” de la familia recompuesta (De la reserva vidual a la fiducia sucesoria)*, Cuadernos de Aranzadi Civil-Mercantil, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, pp. 50 y ss.; PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 228 y ss.

⁵⁴⁰ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, tomo I, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, p. 150 aludía a esta relación apuntando que “[l]os derechos viduales en unos regímenes jurídicos se hallan estrechamente vinculados al régimen matrimonial correspondiente; podríamos incluso decir que son integrantes del mismo”. También de modo elocuente describe la relación LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de sucesiones. Parte general*, en Lacruz, José Luis y Albaladejo, Manuel: *Tratado teórico-práctico de Derecho civil*, tomo V, volumen 1^o, Librería Bosch. Barcelona, 1961, p.85, afirmando que “los derechos del cónyuge sobreviviente y la situación de los esposos en la economía del matrimonio no son (más todavía, en lo que atañe a la mujer) dos cuestiones distintas y autónomas, la una de Derecho de sucesiones y la otra de familia, como parecen creer muchos autores; al contrario, constituyen lo que, hablando en términos matemáticos, podríamos denominar una *función*.”

⁵⁴¹ Como apunta ZABALO ESCUDERO, M^a Elena, *La situación jurídica del cónyuge viudo. Estudio en el Derecho internacional privado y Derecho interregional*, Aranzadi, Pamplona, 1993, p. 17, “...la cuantía en que se traducen los derechos hereditarios va a depender de la participación que el cónyuge viudo tenga en la sociedad conyugal. Y, es lógico que la cuota hereditaria que se atribuye al cónyuge en la sucesión esté en función de su participación en el patrimonio del matrimonio”.

⁵⁴² Ibid, p. 17. En este sentido explica LACRUZ BERDEJO, José Luis, en Lacruz Berdejo, José Luis y Sancho Rebullida, Francisco de Asís: *Derecho de sucesiones*, Tomo II, Librería Bosch. Barcelona, 1973, p. 85, que “la cuantía de la expectativa sucesoria del viudo se ha señalado siempre por el legislador

mayores derechos derivados de la disolución del régimen económico matrimonial, menores suelen ser los derechos reconocidos al cónyuge por la vía sucesoria⁵⁴³. Tan estrecho es el nexo entre ambos elementos que, en ocasiones, resulta difícil distinguir cuándo nos encontramos ante un fenómeno sucesorio ocasionado por la muerte del causante y cuándo, por el contrario, ante una consecuencia de la disolución del régimen matrimonial que se hubiera dado en cualquier caso⁵⁴⁴.

Habida cuenta de lo anterior, este capítulo se centra principalmente en los derechos sucesorios del cónyuge, pero necesariamente también incluye una mirada a la protección que se le ofrece bajo las normas de Derecho de familia referentes a la economía del matrimonio.

1.1. Breve apunte sobre la familia, la propiedad y la herencia

Aludíamos en el capítulo anterior a la estrecha relación que existe entre el Derecho de familia, la propiedad y el Derecho de sucesiones. En el ordenamiento jurídico español esta conexión queda plasmada en el reconocimiento constitucional conjunto del derecho a la “propiedad privada y la herencia” (art. 33 CE), junto con la garantía de protección social, económica y jurídica a la familia (art. 39 CE); asimismo, esta interconexión se constata en la tradición jurídica de nuestros ordenamientos civiles de proteger los intereses familiares por medio de la normativa sucesoria⁵⁴⁵. De hecho, tal y como afirma la doctrina, la protección

teniendo en cuenta los beneficios que percibe mediante el régimen matrimonial, de modo que tales derechos sucesorios tienen su máxima amplitud en aquellos Ordenamientos en los que cada cónyuge es ajeno a la actividad adquisitiva del otro: mas generalmente, ello se traduce, en la práctica, en que la mujer no participa en las ganancias del marido (por ejemplo, Italia, y sobre todo Inglaterra). A la inversa, otras legislaciones –y éste es el caso del Derecho aragonés y del navarro- si no conceden al cónyuge sobreviviente ningún derecho sucesorio, le compensan con extraordinaria largueza en el campo del régimen económico del matrimonio, incluida en él la viudedad foral.”

⁵⁴³ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Limitaciones del derecho...*, op. cit., p. 150; PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., pp. 231-232; CORRAL GARCÍA, Eduardo, *Los derechos del cónyuge viudo en el Derecho civil común y autonómico*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 19-22.

⁵⁴⁴ EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Aranzadi Thomson Reuters, 2003, p. 30.

⁵⁴⁵ EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *Sucesión “mortis causa”*, op. cit., p. 16 apunta que la tutela de los intereses familiares a través de la normativa sucesoria es evidente en el régimen de la sucesión voluntaria con las limitaciones que se imponen al causante en su libertad dispositiva para garantizar que determinados sujetos, que integran el grupo familiar, reciban una parte del patrimonio. Del mismo modo, en la sucesión intestada, los llamados a la herencia del causante son sus parientes más

constitucional del derecho a la herencia no sólo pretende amparar al propietario del patrimonio hereditario y causante de la sucesión, sino también a su familia, que será quien reciba dicho patrimonio⁵⁴⁶. Es imperativo, por lo tanto, que tanto el Código civil como los diversos Derechos autonómicos ofrezcan soluciones jurídicas fundamentadas en el modelo de familia imperante en la sociedad⁵⁴⁷.

El nexo inescindible entre familia, propiedad y herencia hace pensar que los cambios en los modelos y estructuras familiares, así como la transformación de sus economías, provocan, o deberían provocar, cambios paralelos en el ámbito sucesorio⁵⁴⁸. Es fácilmente constatable que los modelos de familia y convivencia predominantes en la sociedad actual distan enormemente de aquellos que prevalecían en la sociedad española del siglo XIX, cuando se redactó el Código civil⁵⁴⁹. Estos cambios abarcan no sólo el notable aumento de la esperanza de vida

cercanos. En el mismo sentido, CAÑIZARES LASO, Ana, “Legítimas y libertad de testar”, en *Estudios de derecho de sucesiones. Liber Amicorum. Teodora Felipa Torres García*, Andrés Domínguez Luelmo y M^a Paz García Rubio (dir.), La Ley, Las Rozas, 2014, pp. 249 afirma que “[n]o existe independencia ni separación entre el Derecho de sucesiones y el Derecho de familia sino todo lo contrario, muchas de sus instituciones muestran una especial unidad...”.

⁵⁴⁶ TORRES GARCÍA, Teodora y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, pp. 22-23.

⁵⁴⁷ EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *Sucesión legal y voluntaria*, op. cit., p. 23. Resultan interesantes a este respecto las reflexiones de VERDERA SERVER, Rafael, *Contra la legítima*, Fundación Notariado, Madrid, 2022, pp. 262-272, con respecto a la conexión inescindible que existe entre el sistema de legítimas del Código civil y la familia. Observa el autor que “el problema de esta conexión es que presupone que no existen dudas en la identificación de la familia y la pregunta que quizá entonces debamos plantearnos es qué situación merece ser calificada de familia y por tanto cuál debe ser más intensamente protegida. (...) Por consiguiente, la cuestión pasa por identificar cuáles son los rasgos básicos de la familia en la sociedad actual y en qué medida han variado respecto de la familia de finales del siglo XIX. El problema estriba en la adecuación del sistema sucesorio, y en particular, de las legítimas al modelo (o modelos) de familia actual.” (p. 263)

⁵⁴⁸ En el caso de Inglaterra, veíamos en el capítulo anterior que la transformación social provocada por los cambios experimentados en los modelos familiares a lo largo de los siglos XX y XXI ha dado lugar a importantes reformas en el Derecho sucesorio inglés. El principal beneficiario de estas reformas ha sido, indudablemente, el cónyuge viudo y, aunque en menor medida, también el conviviente *more uxorio*. Para una opinión contraria a la conclusión de que los cambios en los modelos de familia deben necesariamente conducir a cambios en las instituciones sucesorias, ver ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *Tendencias reformistas en el Derecho español de sucesiones. Especial consideración al caso de las legítimas*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 11-17.

⁵⁴⁹ PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., pp. 114-126 describe los cambios históricos en las concepciones familiares y su plasmación en el Código civil. Ver también PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, DE PABLO CONTRERAS, Pedro y CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones*, Edisofer (reimpresión 1^a edición), Madrid, 2016; MIRET GAMUDI, Pau, “Cambios en los hogares y en la familia: España en el siglo XXI en el contexto europeo”, *Panorama Social*, Núm.23, primer semestre, 2016, pp. 91-107.

y el consiguiente envejecimiento de la población⁵⁵⁰, sino transformaciones sociales y económicas mucho más profundas que llevan a cuestionar la funcionalidad política y económica de la herencia⁵⁵¹. Ciertamente, la transformación social experimentada por la familia en España, así como los modelos de convivencia, vínculos y estructuración de las relaciones paterno-filiales que hoy se reconocen jurídicamente, hubieran sido impensables en 1889⁵⁵². Sin embargo, exceptuando reformas puntuales⁵⁵³, el Código civil continúa aplicando esencialmente el mismo

⁵⁵⁰ De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística la esperanza de vida de las mujeres en España al nacer en el año 2020 es de 85,07 años mientras que la de los hombres es de 79,60 años (<https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1414#!tabs-tabla>). Tal y como apunta VAQUER ALOY, Antoni, “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *InDret*, 3/2007, p. 8, es necesario recordar en este contexto que la esperanza de vida en España en 1900, es decir poco después de la entrada en vigor del Código civil, era de 35 años. Este dato cobra aún más significado si añadimos que la edad media de la primera maternidad en 2020 se sitúa en 32,32 años según cifras del INE (https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177003&menu=ultiDatos&idp=1254735573002).

⁵⁵¹ EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *Sucesión “mortis causa” de la familia recompuesta...*, op. cit., afirma que, en el Derecho español, común y foral, los intereses familiares han sido protegidos tradicionalmente a través de la normativa sucesoria, desempeñando el derecho hereditario un papel importante en el bienestar social familiar. Sin embargo, la autora señala que ese carácter asistencial y de previsión que antaño desempeñaba la transmisión hereditaria del patrimonio familiar se ha replanteado en atención a las coberturas sociales diseñadas por el Estado de modo que “preservar el patrimonio familiar íntegro, y transmitirlo a la siguiente generación, ha dejado de ser considerada la mejor opción para atender las necesidades de la familia.” (p. 23). La autora ofrece un análisis en profundidad de los cambios funcionales del Derecho hereditario en las últimas décadas (pp. 13-39). En la misma línea DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte”, en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pp. 13-171, apunta que el soporte principal para la vida de los individuos ya no es la herencia sino el trabajo individual; “la educación, la sanidad y las pensiones cumplen las principales funciones que la transmisión de los bienes de la familia tenía hace un siglo” (p. 86).

⁵⁵² REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, “La actualización del Derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación”, en *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Ángel Luis Rebolledo Varela (coord.), Dykinson, Madrid, 2010, p. 23. Ver también en este sentido MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, BOE, Madrid, 2016, p. 32. Es interesante también la opinión de EGUSQUIZA BALMASEDA que, tras describir los cambios experimentados en la sociedad española con respecto a la funcionalidad de la sucesión *mortis causa* y la dinámica actual por que la cesión del patrimonio se realiza a través de liberalidades inter-vivos y no tanto disposiciones *mortis causa*, apunta que “[e]n realidad, la colaboración que prestó la disciplina hereditaria del Código civil al cambio de las estructuras sociales y económicas en España fue más bien escasa. En el tiempo en el que se consolidó la codificación civil los cambios ya se habían producido por otras vías (...).”, en EGUSQUIZA BALMASEDA, *Sucesión mortis causa de la familia ...*, op. cit., pp. 26-27.

⁵⁵³ TORRES GARCÍA, Teodora, “Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)”, en *Derecho de Sucesiones, Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Universidad de Murcia, 2006, p. 174, refiriéndose a estas reformas las califica de “erráticas” y opina que se caracterizan por la ausencia de una visión de conjunto y que “si bien solucionan problemas que tradicionalmente se venían planteando, en otros lo hacen muy limitadamente.” En el mismo sentido, GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Una propuesta doctrinal de reforma del régimen sucesorio del

sistema de Derecho sucesorio que concibió el legislador para ordenar la transmisión patrimonial *mortis causa* de la sociedad decimonónica⁵⁵⁴.

En el supuesto concreto del cónyuge o compañero superviviente, la identificación de qué o quién constituye la “familia” cobra particular importancia debido a la relación directa entre el modelo de familia que se considera imperante en la sociedad y la respuesta jurídica que se ofrece a la situación *mortis causa* del supérstite⁵⁵⁵. Los profundos cambios sociales experimentados desde al siglo XIX, no sólo en España sino en la práctica totalidad de los países occidentales, se reflejan inevitablemente en el ámbito de la familia, provocando, en la mayoría de ordenamientos jurídicos, reformas dirigidas a reconocer la importancia del cónyuge tanto en los afectos del *de cuius*, como en la generación del patrimonio hereditario del matrimonio⁵⁵⁶. La tendencia en los Derechos de nuestro entorno a legislar a favor del supérstite para mejorar su posición en la sucesión de su consorte está sobradamente constatada⁵⁵⁷. En el primer capítulo de este trabajo veíamos un claro ejemplo de reformas

Código civil español”, *Iura Vasconiae*, núm. 17, 2020, p. 318 observa que “aunque buena porción de los artículos que el Código civil español dedica a las sucesiones por causa de muerte han sido modificados desde su promulgación en 1889 (...), cabe aseverar, sin temor a faltar a la verdad, que su sistema y rasgos definitorios no han cambiado en líneas generales”.

⁵⁵⁴ Apunta REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, “La actualización del Derecho sucesorio...”, op. cit., p. 25, que “la estructura básica del modelo familiar a que responde el derecho de sucesiones en el Código civil es esencialmente el mismo que el de 1889. Se puede decir que la familia se estructura exclusivamente en base al parentesco derivado de la filiación (ahora sin distinción entre legítima e ilegítima en el concepto de 1889) y del vínculo matrimonial (ahora no reducido al matrimonio canónico con un matrimonio civil residual), sin contemplarse la posibilidad de otras formas alternativas de convivencia. Por otra parte, la construcción esencial del derecho de sucesiones, con algunos matices, se sigue sustentando en la preexistencia al fallecimiento de un único matrimonio...”. En el mismo sentido observan PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, DE PABLO CONTRERAS, Pedro y CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Curso de Derecho Civil...*, op. cit., p. 272, que, “tras la Constitución de 1978, los cambios imperados por ésta y los habidos o defendidos por algún sector en la concepción social del matrimonio y de la familia han provocado reformas en la parte del ordenamiento que se ocupa de ésta, pero el Derecho de sucesiones no ha sido modificado, sino adaptado en parte a esas reformas”.

⁵⁵⁵ EGUSQIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Aranzadi Thomson Reuters, 2003, p. 23.

⁵⁵⁶ PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., p. 127, observa que “los grupos familiares se han ido asentando como tales de modo paulatino en torno a lo que comúnmente entendemos por comunidades domésticas modernas, formadas de ordinario por la pareja fundadora y sus hijos y construidas sobre vínculos de impronta claramente asociativa”, añadiendo que “...suele hablarse del fenómeno representado por el tránsito de la familia parental, troncal o extensa, a la nuclear, reducida o conyugal, más o menos acentuada, que sería fruto de la importancia adquirida en el tiempo de forma paulatina por la relación matrimonial frente a la parentela de sangre.” (p. 114)

⁵⁵⁷ REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, “La actualización del Derecho sucesorio...”, op. cit., pp. 31-33.

legislativas dirigidas a favorecer al cónyuge en el sistema sucesorio inglés, pero también las encontramos en ordenamientos más cercanos al nuestro como son el francés o el italiano⁵⁵⁸.

El Código civil español, como veremos, se mantiene al margen de esta corriente reformista⁵⁵⁹. Aunque es cierto que la normativa recogida en el Código supuso una importante mejora en la posición sucesoria del cónyuge supérstite en el siglo XIX, esa normativa se ha mantenido, con algunas notables excepciones, prácticamente intacta desde entonces, por lo que difícilmente puede ofrecer una respuesta adecuada a la realidad social vigente⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ Un análisis de la tendencia a mejorar la posición del cónyuge viudo en los derechos extranjeros de nuestro entorno, con particular referencia a Francia, puede encontrarse en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, “La sucesión intestada...”, op. cit., pp. 299-308; ver también PEREÑA VICENTE, Montserrat, “La obsolescencia no programada de los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el Código civil español”, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 22, 2019, pp. 6-8; PEREÑA VICENTE, Montserrat, “La reforma del Derecho Sucesorio francés por Ley de 3 de diciembre de 2001”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 679, sep-oct 2003, pp. 2853-2876, PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., pp. 168-203.

⁵⁵⁹ Al contrario que las Comunidades Autónomas con derecho civil foral o especial propio, que sí han reformado sus ordenamientos en las últimas décadas para ofrecer una mayor tutela no solo al cónyuge supérstite sino también, en ciertos casos, al conviviente sobreviviente. Ver MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, “La sucesión intestada...”, op. cit., pp. 32-37 y p. 307 y ss., en las que la autora afirma que en la sucesión intestada “el Cc. Español constituye el único ordenamiento de nuestro entorno europeo que no reconoce derechos abintestato al cónyuge en concurrencia con descendientes (herederos de primer orden en la práctica totalidad de los ordenamientos mencionados) y es también el único que llama a todos los ascendientes (distintos del padre o madre del causante) con preferencia al cónyuge. Carece de parangón en los principales ordenamientos jurídicos europeos” (pp. 107-708). Ver también PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit. 145-168.

⁵⁶⁰ FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio “La inacabada reforma de la legítima del cónyuge viudo” en *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Ángel Luis Rebolledo Varela (coord.), Dykinson, Madrid, 2010, p. 283, tras analizar las reformas introducidas por la ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código civil en materia de separación y divorcio, pasa a considerar si el nuevo régimen jurídico previsto para el cónyuge supérstite se adapta a las demandas de la sociedad actual y concluye lo siguiente: “La nueva realidad social española refleja una estructura familiar bien distinta de la que constituyó la referencia del legislador del Código civil en el siglo XIX. La regulación que en materia de Derecho de sucesiones se contiene en nuestro cuerpo legal civil responde a aquel modelo de familia extensa y patriarcal que explica el sentido de muchas instituciones sucesorias y que, por consiguiente, no se adapta bien a los nuevos modelos de familia que van apareciendo en la sociedad actual. Particularmente, (...), ha cambiado mucho la configuración actual del matrimonio y, en cambio, los derechos sucesorios que se atribuyen al cónyuge supérstite siguen siendo, básicamente, los mismos que en décadas pretéritas”. En el mismo sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “Una propuesta de política...”, op. cit., p. 90, apunta que de los 331 artículos que el Código civil dedicaba en 1889 a las sucesiones por causa de muerte, 90 han sido modificados y unos pocos suprimidos, pero a pesar del alto porcentaje de modificaciones “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.” Ver

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE

2.1. Primeros antecedentes

Las primeras referencias históricas a los derechos sucesorios reconocidos al cónyuge viudo o, más exactamente, a la mujer viuda, se remontan al Derecho romano⁵⁶¹. En la época clásica el testador gozó de una amplia libertad para ordenar su sucesión mediante testamento, ya que no existía un derecho sucesorio necesario a favor del cónyuge viudo⁵⁶². En la sucesión intestada, aunque el supérstite era reconocido en esta época como heredero legal de su consorte, su posición en el orden de llamamientos era tan remota, que hacía casi imposible que la herencia llegara a serle ofrecida⁵⁶³. Esta desprotección en la sucesión legal dejaba la subsistencia del supérstite a merced de la voluntad del testador, por lo que terminó por establecerse la práctica de otorgar un legado de usufructo mediante el que el marido otorgaba a la mujer el uso y disfrute de todos o parte de los bienes familiares para que ésta pudiera mantener la posición familiar y doméstica que ostentó durante el matrimonio, sin perjudicar las expectativas sucesorias de los hijos,

también a este respecto PÉREZ ESCOLAR, Marta, "Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código civil español. Revisión de fundamentos y planteamientos de futuro", *ADC*, tomo LX, fasc. IV, 2007, p. 1642.

⁵⁶¹ En palabras de CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*, tomo IV, Reus (6ª edición), Madrid, 1944, p. 537, "[l]os derechos sucesorios del cónyuge viudo tienen un origen bastante moderno, quizá porque la exigencia a que responden resultó en las legislaciones históricas atendida por diversas instituciones del derecho de familia. La dote germana del marido, la romana de la mujer, los sistemas de comunidad matrimonial de bienes, etc., ha provisto a la necesidad de asegurar, en una u otra forma, la subsistencia decorosa de la mujer, o, en general, del cónyuge, durante su viudez". Añade a esta reflexión PÉREZ ESCOLAR, Marta, "Sucesión intestada del cónyuge supérstite. Perspectiva histórica del Derecho Romano a la época de las Recopilaciones", *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 686, 2004. Recuperado de <http://vlex.com/vid/intestada-superstite-epoca-recopilaciones-328812>, p. 3, que "probablemente la sucesión entre cónyuges en pueblos más primitivos, al estar fundada exclusivamente en la vinculación de los patrimonios a las familias, no existió".

⁵⁶² FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, "Usufructo legitimario del cónyuge viudo", en *Tratado de usufructo*, Ascensión Leciñena Ibarra (Coord.), La Ley, Madrid, 2016. Recuperado de <https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAE2QzU7EMAYEn4ZcKqHuPxyoLtHhBAU7m7ibS3SZDdxui1Pj0s5E0ITbM3IHvmaMU41jqzPGD14i9->, p. 2.

⁵⁶³ PÉREZ ESCOLAR, Marta, "La sucesión intestada del cónyuge supérstite...", op. cit., p. 11. La autora explica que la razón de este lejano llamamiento fue que, al ser reemplazado el matrimonio *cum manus*, por el matrimonio libre, la viuda pasa de formar parte de la familia de su marido a pertenecer a una familia extraña a la de éste, por lo que pierde el derecho de heredarle en primera posición.

titulares de la nuda propiedad⁵⁶⁴. Esta práctica se considera la precursora de la emblemática *quarta uxoria* que más tarde introdujo Justiniano.

La obra legislativa de Justiniano introdujo una serie de cambios dirigidos a proteger la posición de la mujer casada que, aunque continuaba siendo llamada a la herencia de su marido en último lugar, después de toda la parentela, tendría ahora derecho a una parte de la herencia de su marido, denominada *quarta uxoria*⁵⁶⁵. Las Novelas 53 y 117 regulaban este nuevo derecho sucesorio a favor de la viuda pobre e indotada, que era adquirido en usufructo o en propiedad, según concurriera con hijos comunes o no⁵⁶⁶, con el fin de contribuir a su sostenimiento⁵⁶⁷. Aunque por fin la viuda tenía derecho a una atribución patrimonial a la muerte de su marido, ésta no se reconocía a todas las viudas, y nunca al viudo, por lo que se ha mantenido que, más que un derecho sucesorio propiamente dicho, la *quarta uxoria* fue el reconocimiento de una deuda alimenticia y un sucedáneo de la dote⁵⁶⁸. A pesar de esto, su importancia en el desarrollo histórico-jurídico de los derechos sucesorios del cónyuge supérstite no puede obviarse, ya que constituye un posible origen de la figura que siglos más tarde se convertiría en la legítima vidual⁵⁶⁹.

En los Derechos germánicos de la Edad Media la posición del supérstite en la sucesión intestada se mantuvo en un lugar remoto e improbable, después del llamamiento de descendientes, ascendientes y colaterales. El cuerpo legal

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 14. La autora apunta que “durante mucho tiempo se consideró suficiente para asegurar a la viuda una vida digna lo que voluntariamente su marido, guiado por una costumbre arraigada en la conciencia social desde tiempo inmemorial, le dejara en testamento”.

⁵⁶⁵ Relata PÉREZ ESCOLAR, Marta, “La sucesión intestada del cónyuge supérstite...”, op. cit., p. 18, que la obra de Justiniano estuvo marcada hasta tal punto por el deseo de proteger a la mujer casada, que se le llegó a llamar *legislator uxorius*.

⁵⁶⁶ La Novela 53 (año 537) estableció un derecho a recibir una cuarta parte del patrimonio del causante a favor tanto del viudo como de la viuda, siempre que el causante fuera rico y el supérstite pobre. La Novela 117 (año 542) limitó este derecho a la mujer, excluyendo al marido, y estableció que la cuarta solo podía pedirse cuando el número de hijos fuera tres o menos. Si el número era mayor, la cuantía a recibir se reducía. Si la viuda concurría con parientes no cercanos o extraños, la cuota se concedía en propiedad y si concurría con hijos comunes se otorgaba en usufructo. *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, Marta, “Sucesión intestada del cónyuge supérstite...”, op. cit. p. 20.

⁵⁶⁷ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de Sucesiones*, tomo II, Editorial Bosch, Barcelona, 1991, p. 273.

⁵⁶⁸ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español...*, op. cit., p. 538.

⁵⁶⁹ PÉREZ ESCOLAR, Marta, “Sucesión intestada del cónyuge supérstite...”, op. cit., p. 22.

promulgado por el rey visigodo Eurico en el año 475, establecía que el cónyuge supérstite heredaría a su consorte “solo cuando no se encuentra ningún otro próximo o pariente cualquiera hasta el séptimo grado”⁵⁷⁰. Esta norma fue recogida en el *Liber Iudiciorum* en el año 654, y en su versión traducida al romance en el siglo XIII, el Fuero Juzgo⁵⁷¹. Sin embargo, esta desprotección en la sucesión intestada fue compensada con la concesión de otros derechos diseñados para proteger la situación de la madre viuda, testimonio de la autoridad que la mujer ostentaba en la familia germánica⁵⁷². Así, ya en la época de Eurico, la madre viuda recibía una porción en usufructo del patrimonio relicto de su marido, igual a la que recibiera cada uno de los hijos, siempre y cuando no volviera a contraer matrimonio⁵⁷³. Entiende la doctrina que, a diferencia de la *quarta* romana, la finalidad de la cuota usufructuaria germana no era garantizar la subsistencia de la viuda, sino mantener su autoridad en la familia⁵⁷⁴, no pudiendo considerarse como una legítima viudal ya que sólo se le reconocía a la viuda (no al viudo) y estaba condicionada a que ésta tuviera hijos y no contrajera ulterior matrimonio⁵⁷⁵. Este mismo derecho a una cuota en usufructo, igual a la que recibiera cada hijo, será recogido en el Fuero Juzgo⁵⁷⁶, pero ahora como un verdadero derecho de viudedad a favor del cónyuge supérstite (ya fuera viudo o viuda, siempre y cuando hubiera descendencia) con el

⁵⁷⁰ D’ORS, Álvaro, *El Código de Eurico. Edición, Palingenesia, Índices*, Estudios Visigóticos II, Cuadernos del Instituto Jurídico español, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2014 (2ª ed.). Recuperado de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-LH-2014-1, pp. 42-43.

⁵⁷¹ Fuero Juzgo, Ley 11, Título II, Libro IV. Vid. MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo, *Códigos antiguos de España. Colección completa de todos los Códigos de España, desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilación*, volumen I, Madrid, 1885. Recuperado de https://bvpb.mcu.es/es/catalogo_imagenes/grupo.do?path=142445, p. 31.

⁵⁷² PÉREZ ESCOLAR, Marta, “Sucesión intestada del cónyuge supérstite...”, op. cit., p. 24; MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código civil español*, t. IV, Madrid, 1951. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/comentarios-al-codigo-civil-espanol-9/>, p. 547.

⁵⁷³ D’ORS, Álvaro, *El Código de Eurico...*, op. cit., pp. 38-39.

⁵⁷⁴ MUCIUS SCAEVOLA, Quintus, *Código Civil. Concordado y comentado extensamente con acuerdo a la versión oficial*, tomo XIV, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944, p. 639.

⁵⁷⁵ PÉREZ ESCOLAR, Marta, “Sucesión intestada del cónyuge supérstite...”, op. cit., p. 24.

⁵⁷⁶ Fuero Juzgo, Ley 15, Título II, Libro IV. Vid. MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo, *Códigos antiguos ...*, op. cit., p. 32.

fin de asegurar la continuidad del patrimonio familiar y el sostenimiento de los hijos menores⁵⁷⁷.

La viudedad del Fuero Juzgo fue una importante fuente de protección para el supérstite⁵⁷⁸, pero desapareció con la implantación de las Siete Partidas que, en palabras de CASTÁN TOBEÑAS, introdujeron de forma “avasalladora” la corriente romanística y eliminaron totalmente la presencia del Fuero Juzgo y de los fueros territoriales⁵⁷⁹. Las Partidas marcaron un retorno al Derecho romano, con una nueva valoración de los textos del Digesto en relación al régimen jurídico aplicable a la mujer. El derecho de usufructo que el Fuero Juzgo reconocía a la viuda es reemplazado por un retorno a la *quarta uxoria* romana, ahora denominada cuarta marital, que, al igual que en el Derecho romano, le otorga la posibilidad de heredar en propiedad hasta la cuarta parte de los bienes de su consorte, siempre y cuando la viuda fuera pobre o no tuviese recursos para “vivir bien y honestamente”⁵⁸⁰. La

⁵⁷⁷ PÉREZ ESCOLAR, Marta, “Sucesión intestada del cónyuge supérstite...”, op. cit., p. 30; MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 548. Es también interesante reseñar otra importante fuente de protección de la posición de las mujeres que fue el régimen de gananciales que regía en el matrimonio. MARTÍNEZ MARINA apunta que, celebrado el matrimonio, los consortes empezaban a gozar del favor que les dispensaba una ley peculiar de España que “había establecido desde muy antiguo la legítima comunión de bienes entre marido y mujer, otorgándose a ésta derecho a la mitad de las ganancias o bienes adquiridos o multiplicados durante el matrimonio: legislación de que no hallamos vestigio en el cuerpo de derecho romano, y seguramente trae su origen de las costumbres de los pueblos germánicos conservadas por los godos (...). Los godos domiciliados en España, conformándose con aquellas costumbres, fueron los primeros que establecieron las leyes relativas a esa comunidad de bienes (...). Esta jurisprudencia se observó puntualísimamente en los reinos de Castilla y León”. Vid. MARTÍNEZ MARINA, Francisco, *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de D. Alonso el Sabio*, Imprenta de D.E. Aguado, Madrid, 1834. Recuperado de la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/ensayo-historicocritico-sobre-la-legislacion-y-principales-cuerpos-legales-de-los-reinos-de-leon-y-castilla-especialmente-sobre-el-codigo-de-las-siete-partidas-de-d-alonso-el-sabio-tomo-i-0/html/001c58ac-82b2-11df-acc7-002185ce6064_7.html, p. 312-313.

⁵⁷⁸ MARTÍNEZ MARINA, Francisco, *Ensayo histórico-crítico...*, op. cit., p. 315, describía la importancia de la viudedad apuntando que “nuestros legisladores, para estrechar más el nudo matrimonial y dar mayor firmeza al mutuo amor de los casados, ..., extendieron sus providencias y miras políticas aún más allá de la vida de cada cual de los consortes, honrando la viudedad, haciendo que se respetase la condición de las viudas proporcionando a éstas medios de subsistir con decoro y comodidad; obligándolas por motivos de honor y de interés a permanecer en ese estado entregadas al llanto y duelo de sus difuntos maridos, y prohibiendo que ninguna pudiese contraer segundas nupcias, sino después de haber pasado por lo menos un año contado desde la muerte de sus esposos”.

⁵⁷⁹ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español...*, op. cit., p. 539.

⁵⁸⁰ Ley 7, Título 13, Partida VI. A diferencia del Derecho romano, la viuda tenía derecho a la cuarta marital independientemente de si tenía hijos o del número de éstos. Este derecho a la cuarta parte

cuarta marital constituyó, por lo tanto, un retroceso en los derechos del cónyuge supérstite, ya que solo se le reconoció a la mujer viuda y pobre, pareciéndose más a una limosna que a un reconocimiento de su posición en la familia del causante, por lo que se ha dicho de ella que fue poco generosa e incluso innecesaria si se hubiesen respetado las antiguas leyes de Castilla⁵⁸¹. En cuanto a la sucesión intestada, las Partidas llamaron al cónyuge supérstite en último lugar, después de los parientes colaterales de décimo grado, colocándole por lo tanto en la posición más alejada que ocupará en la historia de la legislación española⁵⁸². En opinión de PÉREZ ESCOLAR, aunque indudablemente las Partidas supusieron un retroceso en la historia de la sucesión intestada del cónyuge, hay que recordar que en aquel momento la economía del matrimonio estaba subordinada al régimen dotal romano y al sistema ganancial, por lo que, posiblemente, el legislador consideró que la subsistencia del supérstite, principalmente la viuda, estaba cubierta por estas vías y, para los casos en los que no fuera así, la viuda podía recurrir a la cuarta marital⁵⁸³. La autora concluye, no obstante, que las Partidas representaron un estadio de la evolución histórica, en el aspecto que nos ocupa, bastante regresivo y, sin poner en duda la superioridad técnica del Derecho romano, “es obvio que la posición en que el cónyuge se situaba en la familia y la relación que durante buena parte de su vida había debido tener con el premuerto merecían, superados ya tiempo atrás los estadios primitivos del Derecho, algo más”⁵⁸⁴.

Entre las recopilaciones que se sucederían a lo largo de los años siguientes cabe mencionar las Leyes de Toro, de 1505, incorporadas posteriormente a la Nueva y Novísima Recopilación. Estas leyes mantuvieron intacta la cuarta marital de la viuda pobre y empeoraron, si cabe, la posición del supérstite en la sucesión intestada, que, si bien no fue modificada por las Leyes de Toro, ni siquiera fue mencionada en la Novísima Recopilación de 1805 generando dudas sobre la existencia del derecho del

del patrimonio hereditario, no podía exceder la cantidad de cien libras de oro. *Vid.* MUCIUS SCAEVOLA, Quinto, *Código civil*, op. cit., p. 661.

⁵⁸¹ PÉREZ ESCOLAR, Marta, “Sucesión intestada del cónyuge supérstite...”, op. cit., p. 33.

⁵⁸² Ley 6, Título 12, Partida VI.

⁵⁸³ PÉREZ ESCOLAR, Marta, “Sucesión intestada del cónyuge supérstite...”, op. cit., pp. 31-32.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 33.

cónyuge sobreviviente a ser llamado como heredero legal⁵⁸⁵. Este panorama legislativo estará vigente hasta la promulgación del Código civil en 1889.

2.2. Antecedentes directos: la codificación

El siglo XIX estuvo marcado por un intenso esfuerzo codificador que surgió como respuesta a la caótica situación de la legislación civil en España⁵⁸⁶. El proceso fue complicado y prolongado en el tiempo debido principalmente a la dificultad de conciliar la voluntad codificadora, que pretendía aunar las múltiples normas de origen y contenidos diferentes, con el respeto al régimen jurídico de las provincias forales⁵⁸⁷. Esta dificultad estuvo muy presente en el tratamiento de los derechos

⁵⁸⁵ SÁNCHEZ ROMÁN, Fernando, *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. 2, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910, p. 767.

⁵⁸⁶ Para un análisis histórico de la codificación del Derecho civil en España, ver TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia del Derecho español*, Tecnos (4ª ed.), Madrid, 1992.

Por su parte, ALONSO MARTÍNEZ, Manuel, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Editorial Plus-Ultra, (Nueva edición de la obra publicada en dos tomos en 1884 y 1885), Zaragoza, 2002. Recuperado de <http://www.derechoaragones.es/i18n/consulta/registro.cmd?id=601266>, pp. 16-17, en su discurso de 15 de septiembre de 1881 con ocasión de la apertura de los Tribunales, expresó su opinión sobre la situación de la legislación civil en España de modo tajante: "Y en el orden civil... ¡Ah señores! ¡Qué espectáculo! Nuestro derecho civil es la imagen del caos... Parece imposible que esta nación, tan distante todavía hoy de la unidad legislativa, haya pasado por los reinados de D. Fernando y D^a. Isabel, de Carlos I, Felipe II y Felipe V, tan celosos de su autoridad y de la grandeza del país, que alguno de ellos soñó en hacer de él la base de una monarquía universal... Y, sin embargo, ¿qué vemos todavía? Provincias sometidas al derecho común, provincias en que impera un régimen de privilegio o excepción... En las primeras, multitud de Códigos y compilaciones sobre cuya prelación se discute aún...; para hallar salida tienen que asirse frecuentemente al Código inmortal de las Partidas, convirtiéndose por la fuerza de las cosas y el poder de las costumbres en el primer Código español...". MIRETE NAVARRO, José, "M. Alonso Martínez y la polémica sobre la codificación en España", *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)*, vol. XXXIII, núm. 1-2, p. 267, recoge la opinión contraria expresada por Durán y Bas en una intervención en el Congreso de los Diputados en 1885: "hay completa discordancia entre el criterio del señor Alonso Martínez y el mío. Hay divergencia de principios, hay divergencias de escuelas y de principios; no es extraño que trascienda esta divergencia a cada uno de los particulares en que nos ocupamos. La unificación podrá ser un bien para las naciones, podrá ser una tendencia de nuestra época, podrá ser un desiderátum de ciertas escuelas que paulatinamente se consiga: ese bien, ese desiderátum, esa tendencia ha de subordinarse a la influencia de ciertas condiciones históricas de las naciones, a las circunstancias de lugar y de modo de ser de cada pueblo, a la obra, como tantas veces he dicho, del tiempo, única manera de resolver la cuestión que nos ocupa."

⁵⁸⁷ Vid. SERNA VALLEJO, Margarita, "La codificación civil española y las fuentes del derecho", *Anuario de historia de Derecho español*, núm. 82, 2012, pp. 11-36. De acuerdo con TOMÁS y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia...*, op. cit., p. 537, "la presencia de los Derechos civiles forales de Cataluña, Aragón, Mallorca (conservados a pesar de los Decretos de Felipe V), Navarra, País Vasco y, en menor medida, Galicia, no significó en los primeros momentos una barrera frente a la aspiración de "unificar codificando", pero desde mediados del siglo XIX, la reacción frente a los defectos de un centralismo torpe, el despertar de unas conciencias nacionalistas y el acicate que en este mismo sentido significó en algunos ambientes jurídicos la recepción del pensamiento programático de la

mortis causa del cónyuge ya que, a pesar de existir un acuerdo generalizado sobre la necesidad de mejorar la situación legal del supérstite⁵⁸⁸, no resultó fácil encontrar una solución que no fuera extraña al Derecho de Castilla, pero al mismo tiempo respetara las instituciones tradicionales de los territorios forales⁵⁸⁹.

El primer paso en esta dirección llegó de la mano de la Ley de adquisiciones a nombre del Estado, de 16 de mayo de 1835, vulgarmente conocida como la “Ley de Mostrencos”, cuyo fin era regular la adquisición por el Estado de los bienes vacantes y mostrencos⁵⁹⁰. El legislador aprovechó la ocasión para clarificar y mejorar la situación del cónyuge viudo en la sucesión *ab intestato*, que aún seguía en el mismo estado de confusión provocado por la Novísima Recopilación. Así, el artículo segundo de la Ley de Mostrencos estableció que el supérstite sería llamado a la sucesión intestada después de los hijos naturales legalmente reconocidos y sus descendientes e inmediatamente a continuación de los parientes colaterales de cuarto grado; es decir, con preferencia por primera vez a los colaterales del quinto al décimo grado que eran llamados a continuación. Este adelanto en el orden de llamamientos a la sucesión en toda la herencia y en plena propiedad supuso, sin duda, un avance notable en los derechos sucesorios del cónyuge; sin embargo, el legislador, influenciado por la idea tradicional de la propiedad familiar en la que el cónyuge advenedizo era considerado un extraño, cualificó este derecho sucesorio estableciendo una reserva legal sobre los bienes raíces de abolengo a favor de los

Escuela Histórica del Derecho fueron fenómenos en torno a los cuales se construyó una creciente resistencia frente a la codificación, o, por lo menos, frente a la política de “unificar codificando”.

⁵⁸⁸ ALONSO MARTÍNEZ, Manuel, *El Código civil en sus relaciones...*, op. cit., p. 275, describió la injusticia de la situación de la viuda con hijos que quedaba “a merced de su propia descendencia” y la aun peor situación en la que quedaba la viuda sin hijos a menos que fuera recordada por su marido en su testamento. En el mismo sentido, CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español...*, op. cit., p. 539, apuntaba que “[e]n el siglo pasado sintióse viva y urgente en nuestra Patria, principalmente en Catilla, la necesidad de conceder derechos sucesorios, de carácter necesario, al cónyuge viudo”.

⁵⁸⁹ Vid. PÉREZ ESCOLAR, MARTA, *El cónyuge supérstite...*, op. cit. pp. 20 y ss. Tal y como observa DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “Una propuesta...”, op. cit., p. 41-42, “...el Código civil español está construido básicamente con el Derecho Civil que ya existía en la sociedad decimonónica (...) 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.” En el mismo sentido ver RUBIO SAN ROMÁN, José Ignacio, “Reflexiones en torno a la renuncia a los derechos legitimarios por uno de los cónyuges”, en *Estudios de derecho de sucesiones. Liber Amicorum. Teodora Felipa Torres García*, Andrés Domínguez Luelmo y M^a Paz García Rubio (dir.), La Ley, Las Rozas, 2014, p. 1288.

⁵⁹⁰ Gaceta de Madrid de 22 de mayo de 1835, núm. 142.

parientes colaterales, de manera que dichos bienes revertían a la familia del causante una vez fallecido el supérstite que los hubiese adquirido por sucesión intestada⁵⁹¹. Se estableció también que, una vez contestada la demanda de divorcio, aunque aún no hubiera sentencia, el supérstite ya no sería llamado a la herencia de su consorte. Esta ley no afectó al régimen de la cuarta marital del viudo o viuda, que continuó vigente a falta de atención por parte del legislador⁵⁹².

En los años siguientes, el objetivo de mejorar la posición del cónyuge superviviente siguió presente en los varios proyectos legislativos que culminarían en el Código civil de 1889. Los autores del proyecto de Código de 1836 propusieron llamar al supérstite después de los descendientes y ascendientes legítimos o legitimados y en concurrencia y por partes iguales con los hermanos legítimos de padre y de madre. Esta importante mejora en la posición del viudo se justificaba por su lugar en los afectos del consorte premuerto, siendo el fundamento de la sucesión intestada la voluntad presunta del causante, entendida como reflejo del orden natural de los afectos del causante por los que le rodean⁵⁹³.

El proyecto de Código civil de 1851 recogió varios artículos relativos a la posición *mortis causa* del cónyuge viudo. En el Título dedicado a la sucesión intestada, el artículo 773 concedía al supérstite una cuota en propiedad equivalente a un quinto del patrimonio hereditario si concurría con descendientes, un cuarto si concurría con ascendientes y un tercio a falta de unos y otros. En ningún caso era el cónyuge llamado a la totalidad de la herencia, aunque siempre tenía derecho a una cuota

⁵⁹¹ Artículo 2 de la Ley de adquisiciones a nombre del Estado, de 16 de mayo de 1835: “Corresponden al Estado los bienes de los que mueran o hayan muerto intestados, sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo a las leyes vigentes. A falta de dichas personas sucederán con preferencia al Estado. Primero: Los hijos naturales legalmente reconocidos, y sus descendientes por lo respectivo a la sucesión del padre, y sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos para suceder a la madre. Segundo: El cónyuge no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo del fallecimiento, entendiéndose que a su muerte deberán volver los bienes raíces de abolengo a los colaterales. Tercero: Los colaterales desde el quinto hasta el décimo grado inclusive, computados civilmente al tiempo de abrirse la sucesión.

⁵⁹² PÉREZ ESCOLAR apunta que la cuarta marital de las Partidas continuó vigente, a pesar de ser una concesión a favor del supérstite que “no satisfacía a nadie, por su insuficiencia, por su parcialidad, y por sus dificultades de aplicación”, *vid.* PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., p. 26.

⁵⁹³ Para un análisis sobre la propuesta de mejora de la situación del cónyuge en el proyecto de Código civil de 1836, ver PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El Cónyuge supérstite...*, op. cit. 27-29.

hereditaria en propiedad⁵⁹⁴ Este derecho estaba limitado a la sucesión *ab intestato* y no era reconocido en la sucesión voluntaria, siendo ésta una de las razones por la que se afirma que el derecho otorgado en el artículo 773 no llegó a constituir una legítima⁵⁹⁵. En cuanto a la sucesión voluntaria, el artículo 653 del proyecto de 1851 otorgaba al testador la facultad de disponer a favor de su consorte sobreviviente una cuota en usufructo cuya cantidad variaba en función del número de hijos, y que en caso de concurrir solo con ascendientes podía ser otorgada en propiedad y ascender hasta la mitad de la herencia⁵⁹⁶. Este derecho fue lo más parecido a la viudedad foral que se reconoció en este Proyecto, a pesar de que, a diferencia de aquella, la atribución de este derecho viudal quedaba supeditada a la voluntad del testador⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴ García Goyena relataba que “no se distingue de sexos, ni si los viudos son ricos o pobres; las miras del legislador, en todo lo que atañe al matrimonio, deben ser más nobles y elevadas: el viudo o viuda heredará siempre en propiedad, alejándose así los perjuicios inseparables del usufructo”. Con respecto a la propuesta de la Comisión General de hacer al viudo o viuda heredero forzoso, García Goyena explicó que se suprimió “no solo por ser irregular, monstruosa y chocante con todos los principios que rigen la materia de herencias sin testamento, sino también por haberla hallado impracticable después de mil y mil combinaciones”, *vid* GARCÍA GOYENA Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. tomo III, Madrid, 1852, pp. 188-189.

⁵⁹⁵ PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge superviviente...*, op. cit. p. 34-35; CARCABA FERNÁNDEZ, María, *Los Derechos sucesorios del cónyuge viudo*, Servicio de publicaciones Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, p. 13.

⁵⁹⁶ Artículo 653 del Proyecto de 1851: “*Los padres y ascendientes pueden además disponer a favor de su cónyuge en usufructo:*

1º. De la cuarta parte de la legítima del hijo, si queda uno solo o descendientes que le representen.

2º. De un quinto de la legítima, si deja dos o más hijos o descendientes que le representen.

Si el testador deja solo ascendientes, cualquiera que sea su número, puede disponer hasta de la mitad de su herencia en propiedad a favor de su cónyuge.

El cónyuge binubo no gozará de la facultad concedida en este artículo.”

⁵⁹⁷ García Goyena justificó la inclusión de este derecho de la siguiente manera: “parece por lo menos humano y equitativo dar a los esposos entre sí alguna mayor facultad para demostrarse su cariño y solicitud; y el ejemplo dado en este punto por otros Códigos era más recomendable para nosotros que habemos suprimido el usufructo universal de los viudos, arraigado y aun querido en algunas de las provincias de Fueros como en Aragón y Navarra; de este modo el buen esposo deberá a sus merecimientos y al amor del difunto lo que aun el malo debía en dichas provincias a la fría disposición de la ley”, *vid*. GARCIA GOYENA, Florencio, *-Concordancias ...*, op. cit., p. 101. ALONSO MARTÍNEZ, Manuel, *El Código civil en sus relaciones...*, op. cit., pp. 288 y ss., refleja bien la dificultad que presentó esta cuestión, refiriéndose a ella en términos de “cómo resolver el problema de la viuda en el Código civil” (p. 288) y reflexionando sobre la preferencia de otorgar a la viuda un derecho en propiedad o en usufructo, apuntaba lo siguiente: “Paréceme, sin embargo, que cuando el viudo tiene hijos, ya no puede considerársele como un mero usufructuario, interesado en hacer una explotación codiciosa de los bienes, en vez de sacrificar una parte de su producto para invertirlo en su conservación y mejora. En este caso, que es el más frecuente, el sentimiento de la paternidad es más poderoso que el estímulo de la ganancia, y en el sistema foral la casa no sufre desmembración alguna: el padre y los hijos trabajan juntos en el aumento del patrimonio común, siendo menos costoso y más esmerado el cultivo. Ahora, cuando no hay sucesión, es incontestable la crítica de los adversarios del sistema foral.

Por lo tanto, ninguno de los derechos sucesorios reconocidos al cónyuge en el Proyecto de Código civil liderado por García Goyena constituyó un derecho forzoso o necesario a favor del supérstite. En palabras de PÉREZ ESCOLAR, el Proyecto pasó prácticamente por encima de la diversidad normativa existente en España lo que contribuyó a su fracaso e hizo que en la etapa siguiente se buscara el equilibrio con las legislaciones forales, particularmente en el tema de la viudedad⁵⁹⁸.

La necesidad de encontrar el punto de equilibrio con la viudedad foral fue defendida por el que fuera Ministro de Gracia y Justicia, Manuel Alonso Martínez, que en 1881 afirmaba que “la viudedad de Aragón y Navarra puede y debe formar parte del Código civil”⁵⁹⁹. Sin embargo, no fue éste el criterio que finalmente prevaleció, en opinión de CASTÁN TOBEÑAS por miedo a cercenar demasiado los derechos de los herederos, sino que se buscó una solución intermedia que encajara mejor con el sistema sucesorio de Castilla, al tiempo que asegurara al supérstite una posición “cómoda y digna dentro del hogar doméstico”⁶⁰⁰.

La Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 propuso esta solución en su base 17 con una fórmula similar a la contenida en el Fuero Juzgo, que contemplaba para el viudo o viuda una cuota en usufructo que, en lugar de ser universal como la viudedad foral navarra o aragonesa, sería igual a la que por legítima les correspondería a los hijos

La razón y la experiencia testifican de consuno que, por lo general, el mero usufructuario no piensa más que en esquilmar los bienes. ¿Qué interés tiene en mejorarlos? Ninguno.” (p. 310)

⁵⁹⁸ PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., pp. 36-37.

⁵⁹⁹ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español...*, op. cit. p. 540. Ver también ALONSO MARTÍNEZ, Manuel, *El Código civil en sus relaciones...*, op. cit., p. 277 y ss., donde afirmaba que el Fuero aragonés era “modelo digno de imitación y muy superior a la legislación de Castilla”. Tras la publicación del Código civil, Alonso Martínez haría referencia a la importancia del acercamiento a las instituciones de los territorios forales en su intervención en el Congreso de los Diputados el 17 de abril de 1889: “...lo primero que manifesté al Gobierno fue, que, antes de emprender una obra tan delicada y tan difícil como la codificación civil, era menester tomar un temperamento respecto de las legislaciones forales, pues era una ilusión creer que se podía publicar un Código civil en España, si previamente no se llegaba a una inteligencia, a una concordia, a un *modus vivendi* con las provincias del régimen foral. El proyecto de 1851 no llegó a ser ley del Reino, no ciertamente porque no tuviera méritos bastantes para aspirar a esa categoría, sino porque obedeciendo al precepto constitucional de aquella época, se quiso que fuera un Código que rigiera para todas las provincias de la Monarquía, y eso era luchar contra la realidad de las cosas, era estrellarse ante fuerzas sociales vivas, a las cuales no se podía imponer una legislación determinada por procedimientos autoritarios y violentos.” *Vid. Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados. Legislatura de 1888-1889, tomo V, Madrid, 1889, pp. 2611-2618.*

⁶⁰⁰ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español...*, op. cit. p. 540.

si los hubiere⁶⁰¹. Si solo hubiera un hijo, el usufructo comprendería el tercio de mejora. El Código civil, finalmente publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889⁶⁰², recogió esta versión de la legítima viudal en su artículo 834⁶⁰³, reconociendo, por primera vez, al cónyuge sobreviviente como *heredero forzoso* de su consorte en el tercer párrafo del artículo 807, junto con los hijos naturales reconocidos y el padre o madre de éstos⁶⁰⁴. La posición del supérstite, por lo tanto, mejorará sustancialmente ya que a partir de ahora contará con un derecho necesario y vitalicio, que no dependerá de su situación económica ni de la voluntad de su consorte⁶⁰⁵.

⁶⁰¹ Base 17 de la ley de 11 de mayo de 1888: “*Se establecerá a favor del viudo o viuda el usufructo que alguna de las legislaciones especiales le conceden; pero limitándose a una cuota igual a lo que por su legítima hubiere de percibir cada uno de los hijos si los hubiere, y determinando los casos en que ha de cesar el usufructo*”.

⁶⁰² La primera edición del Código se publicó el 6 de octubre de 1888. A esta publicación le siguió un debate sobre si el gobierno había cumplido con lo ordenado por la ley de Bases de 1888 y, a consecuencia de este debate se introdujeron algunos cambios recogidos en la segunda y definitiva edición de 24 de julio de 1889. Los artículos referentes al tema que nos ocupa no fueron alterados en la segunda edición.

⁶⁰³ El artículo 834 CC publicado el 24 de julio de 1889 establecía lo siguiente: “*El viudo o viuda que al morir su consorte no se hallase divorciado, o lo estuviere por culpa del cónyuge difunto, tendrá derecho a una cuota, en usufructo, igual a la que por legítima corresponda a cada uno de los hijos o descendientes legítimos no mejorados. Si no quedara más que un solo hijo o descendiente, el viudo o viuda tendrá el usufructo del tercio destinado a mejora, conservando aquél la nuda propiedad, hasta que por fallecimiento del cónyuge supérstite se consolide en él el dominio. Si estuvieren los cónyuges separados por demanda de divorcio, se esperará al resultado del pleito. Si entre los cónyuges hubiere mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos*”. El artículo 836 establecía que en caso de concurrir con ascendientes la cuota sería de la tercera parte de la herencia en usufructo y el artículo 837 concluía que, si no hubiera descendientes ni ascendientes, la cuota viudal sería de la mitad de la herencia, también en usufructo. *Vid.* CASTÁN TOBEÑAS, José, *El Código civil español...*, op. cit. pp. 544-546.

⁶⁰⁴ Con respecto a la cuestión referente a si el usufructo viudal recogido en el artículo 834 hizo efectivo el objetivo señalado en la Base 17 que preveía la concesión al viudo o viuda del “*usufructo que alguna de las legislaciones especiales le conceden*”, es interesante el análisis contenido en PEREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., p. 46 y ss. La autora señala, citando en este punto al propio Manuel Alonso Martínez, que la viudedad foral no cuadraba en el sistema sucesorio de Castilla, basado en la existencia de una amplia legítima de los descendientes, reclamable desde el momento de la muerte de los progenitores y concluye que a pesar de que la codificación del Derecho civil español tuvo necesariamente que buscar el acercamiento de las distintas legislaciones, en el tema que nos interesa el verdadero motor fue “el deseo constantemente manifestado a lo largo de todo el proceso de mejorar la situación del cónyuge supérstite” y no tanto el llegar a un acercamiento con las legislaciones forales (p. 48).

⁶⁰⁵ En opinión de CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, op. cit., p. 540, la legítima viudal recogida en el Código civil supuso un gran progreso pero criticó el estrecho espíritu que la inspira comparada con la viudedad foral: “La viudedad foral encarna mejor que la del Código las tradiciones españolas: responde a una más alta concepción filosófica de la familia, y tiene finalidades y ventajas morales – vigorizar la familia, robusteciendo la autoridad paterna, y dignificando muy especialmente a la mujer y a la madre – que son extrañas a la cuota viudal del Código civil”. En este sentido, FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “Usufructo legitimario...”, op. cit., p. 4, opina que “la legítima del cónyuge

En cuanto a la sucesión intestada, el Código civil también supuso una mejora en el llamamiento del cónyuge. La base 18 de la Ley de Bases de 1888, recogida en los entonces artículos 946, 952 y 953 del Código, llamó al viudo después de los descendientes y ascendientes del causante e inmediatamente a continuación de hermanos y sobrinos, posicionándole por delante de los parientes colaterales ordinarios, que entonces eran los de cuarto a sexto grado⁶⁰⁶. Por primera vez el cónyuge ocupa un puesto en la sucesión intestada que le otorga una verdadera posibilidad de llegar a ser el heredero universal de su consorte⁶⁰⁷. Este reposicionamiento del cónyuge en la sucesión *ab intestato* fue aplaudido por la doctrina de la época que lo entendió como la consecuencia lógica de la evolución del modelo familiar hacia una familia nuclear en la que el cónyuge ocupa un lugar privilegiado en los presuntos afectos del causante⁶⁰⁸. El cónyuge tendrá a partir de este momento un derecho legitimario ejercitable tanto en la sucesión voluntaria como en la intestada, así como una mejor posición en ésta última.

La primera reforma del Código que afectó a los derechos sucesorios del cónyuge llegó de la mano de la Ley de 24 de abril de 1958 que incluía entre sus objetivos la mejora de la situación de la mujer casada⁶⁰⁹. La ley modificó el artículo 834 CC de modo que, a partir de ahora, cuando el cónyuge concorra a la herencia con hijos o

viudo en el Código civil no se hizo con el propósito de perpetuar el conjunto orgánico y patrimonial de la familia (finalidad presente en los usufructos forales), sino que se proponía asegurar a la viuda un beneficio económico en la herencia del causante (que no pierde con un ulterior matrimonio) como se hace con otros legitimarios”.

⁶⁰⁶ El llamamiento de los parientes colaterales a la sucesión intestada quedó limitado al cuarto grado por el Real Decreto Ley de 13 de enero de 1928.

⁶⁰⁷ PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., p. 51, apunta que el llamamiento del cónyuge en el Código civil de 1889 le colocó en un puesto no sólo sin precedentes en el Derecho histórico español, sino también bastante avanzado para la época en que se promulgó. Con respecto a la paulatina anteposición del viudo en la sucesión intestada respecto a otros llamados, ver también MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada...*, op. cit., pp. 292-295.

⁶⁰⁸ PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., p. 52; CARCABA FERNÁNDEZ, María, *Los derechos sucesorios ...*, op. cit., p. 58.

⁶⁰⁹ La Exposición de Motivos de la ley señala que “[a]l 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”. También apunta como justificación de la reforma llevada a cabo por el artículo 1 que modifica los artículos 807 y 834 a 839: “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”

descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora, independientemente del número de hijos o descendientes con los que concurra. También se reformó el entonces artículo 953 CC, estableciendo que cuando el cónyuge fuera llamado a la herencia *ab intestato* en concurrencia con parientes colaterales privilegiados, su derecho legitimario en usufructo no recaería sobre la mitad de la herencia, sino sobre dos terceras partes, tal y como se preveía en el también modificado artículo 838 CC⁶¹⁰. La reforma también aclaró una duda que se venía generando desde la promulgación del Código civil con respecto a si el cónyuge tenía derecho a su legítima vidual cuando concurría con descendientes o ascendientes en la sucesión intestada, ya que el Código solo la preveía expresamente para el caso de concurrir con parientes colaterales⁶¹¹. El legislador zanjó la cuestión en sentido afirmativo al concretar que la legítima correspondía al viudo en la sucesión intestada “en todo caso”⁶¹².

Tal vez la reforma de mayor alcance en el tema que nos ocupa llegó con la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que eliminó cualquier distinción entre los hijos del causante cualquiera que fuera su filiación, tal y como lo exigía la Constitución. A pesar de no ser el objetivo de la reforma, la equiparación de todos los hijos ante la ley tuvo una consecuencia importantísima en el ámbito sucesorio ya que provocó el llamamiento del cónyuge a la sucesión *ab intestato* después de los descendientes y ascendientes, pero con preferencia a todos los parientes colaterales. La igualdad de todos los hijos, cualquiera que fuera su

⁶¹⁰ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, “La reforma de la sucesión intestada en el Código civil”, en *Derecho de Sucesiones, Presente y futuro*. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Universidad de Murcia, 2006, pp. 426-427.

⁶¹¹ Ver a este respecto la opinión de CASTÁN TOBEÑAS que ya en 1944 argumentaba que “La simple omisión de una regla en el Código civil no puede llevarnos a la aceptación de consecuencias absurdas, cuando como en este caso, el silencio del Código puede suplirse perfectamente por la aplicación de principios generales del Derecho, virtualmente contenidos en su articulado. Toda la legítima es, por su naturaleza, un derecho que concede la ley independientemente de la voluntad del causante y, por lo tanto, no sólo en la sucesión testada, sino con mayor razón en la sucesión intestada”, *vid.* CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español...*, op. cit., p. 542. En el mismo sentido VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Las Legítimas*, tomo I, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, p. 157.

⁶¹² El artículo 953 será suprimido por la ley de 13 de mayo de 1981 ya que, al llamar al cónyuge con preferencia a todos los parientes colaterales, incluidos los privilegiados, la norma ya no tenía sentido. *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., p. 277 y ss.

filiación, exigía su llamamiento a la herencia en primer lugar, diluyendo por lo tanto la expectativa del cónyuge que hasta entonces había sido llamado antes que los hijos extramatrimoniales. El legislador, reconociendo que el matrimonio establece entre las personas un vínculo más fuerte que el de la sangre y observando la progresiva implantación en la sociedad de la familia nuclear, reposicionó al cónyuge por delante de los hermanos y sobrinos para evitar un mayor aminoramiento de su derecho⁶¹³. A partir de ahora, en ausencia de descendientes y ascendientes, el cónyuge será llamado a la totalidad de la herencia en propiedad. En caso de existir aquellos, el supérstite no es llamado a la sucesión intestada, pero continúa teniendo derecho, en todo caso, a su legítima en forma de usufructo.

La siguiente reforma de interés en este breve repaso histórico llegó con la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad; a pesar de perseguir un fin completamente distinto, esta ley se aprovechó para ampliar sustancialmente la facultad de delegar en el cónyuge (o en la persona con la que el causante tuvo descendencia en común) la distribución de hasta dos tercios de la herencia entre los hijos comunes (art. 831 CC). Esta institución fue propuesta por primera vez en el Proyecto de 1851 como forma de introducir en el Derecho común la posibilidad de favorecer la unidad patrimonial familiar fortaleciendo la posición del cónyuge, de un modo similar al existente en las legislaciones forales, pero sometida a una serie de condiciones que hicieron que su uso fuera limitado⁶¹⁴. La reforma de 2003, vigente hoy en día, permite que el

⁶¹³ PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., p. 128 y ss., señala que la equiparación de todos los hijos del causante fue una de las causas por las que se reposicionó al cónyuge en la sucesión intestada, pero apunta que la razón principal fue el reconocimiento del legislador del hecho de que el matrimonio establece entre las personas un vínculo más fuerte que el de sangre, creando vínculos o afecciones muy preferentes en un causante medio. En el mismo sentido, ver DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, "Una propuesta de política...", op. cit., p. 92. La opinión de estos autores está basada en la propia Exposición de Motivos de la Ley 11/1981 que señalaba que "la equiparación entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, significa que el cónyuge deja, en lo sucesivo, de ser llamado en casos en los cuales, antes de esta ley, lo era. La postergación del cónyuge se habría agravado si se mantenía la preferencia de los hermanos e hijos de hermanos. No se ha vacilado en adelantar el puesto del cónyuge, dando con ello reconocimiento al hecho de que el matrimonio ordinariamente establece entre las personas un vínculo más fuerte que el de la sangre y, a su vez, al de que en la sociedad moderna prima la familia nuclear sobre la troncal".

⁶¹⁴ Originalmente se contemplaba la fiducia sucesoria únicamente por pacto en capitulaciones matrimoniales (inmodificables después del matrimonio hasta 1975) y se requería la muerte intestada del delegante y la permanencia del viudo en ese estado. La Ley 11/1981 de 13 de mayo,

causante, por testamento, confiera facultades al cónyuge supérstite o al coprogenitor para mejorar al descendiente común, incluso con cargo al tercio de libre disposición y admite la posibilidad de que el fiduciario pueda pagar las legítimas estrictas de los hijos comunes con bienes propios extrahereditarios⁶¹⁵.

Finalmente, los derechos sucesorios del cónyuge también se vieron afectados por la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio y, posteriormente, por la Ley 15/2015 de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Estas normas han modificado los artículos 834 y 945 del Código civil, que son los que regulan los presupuestos subjetivos del cónyuge legitimario. Con anterioridad a la Ley 15/2005, la redacción de los artículos 834 y 945 CC generaba cierta dificultad interpretativa. El artículo 834 CC, sin modificar desde la reforma de 24 de abril de 1958, establecía que el cónyuge quedaba excluido del derecho a legítima sólo si estaba separado judicialmente, y siempre que la separación no hubiera sido “por culpa del difunto”. En cambio, el artículo 945 CC, reformado por la Ley 11/1981, establecía que el cónyuge quedaba excluido de la sucesión intestada en caso de separación judicial o de hecho por mutuo acuerdo que constara fehacientemente. La referencia a la culpa y la falta de mención de la separación de hecho en el artículo 834 CC generaron polémica entre la doctrina sobre la correcta interpretación de estos artículos y sobre si, al tratarse de instituciones distintas, sucesión intestada y legítima, estaba justificado que se mantuviera una regulación diferenciada para cada una de ellas⁶¹⁶. La Ley 15/2005 puso fin al debate reformando ambos preceptos para hacer coincidir los supuestos de exclusión de la sucesión forzosa (art. 945 CC)

permitió que la facultad de mejorar se otorgara por testamento que será la única vía a partir de la reforma de 2003.

⁶¹⁵ GÓMEZ PERALS, Miguel, “La delegación de la facultad de mejorar del 831 CC. ¿Perspectivas?, en *Las legítimas y la libertad de testar, Perfiles críticos y comparados*, Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada y Francisco José Aranguren Urriza (dirs.) y Juan Pablo Murga Fernández y César Hornero Méndez (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 597-619; EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *Sucesión “mortis causa” de la familia recompuesta (De la reserva viudal a la fiducia sucesoria)*, Cuadernos de Aranzadi Civil-Mercantil, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, pp. 131-155.

⁶¹⁶ PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit. pp. 406-416; PÉREZ ESCOLAR, Marta, “Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código civil español. Revisión de fundamentos y planteamientos de futuro”, *ADC, tomo LX*, fasc. IV, 2007, p. 1669; FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “La inacabada reforma...”, op. cit., p. 263 y ss.

y los de exclusión de la legítima viudal (art. 834 CC) cuando el supérstite estuviese separado judicialmente o de hecho⁶¹⁷. Ambos artículos fueron nuevamente modificados por la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria que sustituyó la terminología “separación judicial” por “separación legal”, con el objeto de reflejar la autoridad reconocida a los notarios para tramitar ciertas separaciones matrimoniales.

Es importante observar, sin embargo, que a pesar de que los requisitos para ser legitimario y sucesor intestado están equiparados desde 2005, la posición del supérstite es muy diferente en cada caso. Mientras en la sucesión intestada la viuda (o viudo) es llamada como heredera universal del causante a la titularidad de la herencia en propiedad, como legitimaria su derecho es en usufructo y varía dependiendo de con quién concurra a la herencia⁶¹⁸.

3. LA LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE VIUDO

3.1. Concepto y Naturaleza jurídica

El punto de equilibrio ideal entre el grado de libertad que debe reconocerse al causante para ordenar su sucesión y la necesidad de proteger a la familia mediante mecanismos que limiten esa libertad, es un tema muy presente en los debates doctrinales de hoy en día, aunque ya anteriormente fue objeto de extensas discusiones en la etapa codificadora que precedió al Código civil⁶¹⁹. Ante lo que, al

⁶¹⁷ También se suprimió el párrafo segundo del artículo 837 que reconocía un usufructo viudal de mayor cuantía cuando el cónyuge concurría a la herencia “solo con hijos de su consorte habidos constante el matrimonio de ambos”, y en el mismo sentido se modificó el artículo 840 que ya no distinguiría entre los hijos del causante, cualquiera que fuera su filiación.

⁶¹⁸ TORRES GARCÍA, Teodora y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, “La legítima en el Código civil (I)”, en *Tratado de Legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 42.

⁶¹⁹ Vid. GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, ...*, op. cit., pp. 525 y ss. Ver también VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Limitaciones de Derecho...*, op. cit., pp. 12 y ss., para un análisis de los argumentos y debates sobre las ventajas y desventajas de los regímenes basados en la libertad de testar o en el sistema de legítimas.

Para una interesante reflexión sobre la libertad de testar y sus limitaciones en los derechos civiles vigentes en España, ver VAQUER ALOY, Antoni, “Libertad de testar y condiciones testamentarias”, *Indret*, 4/2015. Recuperado de: <https://indret.com/libertad-de-testar-y-condiciones-testamentarias/>

fin y al cabo, es una decisión de política legislativa, el legislador estatal optó por un sistema que limita la libertad de disponer del causante mediante, principalmente, una institución de derecho necesario, la legítima, fundamentada en la idea de la solidaridad intergeneracional y en el deber de protección de la familia *post mortem*⁶²⁰. Estos valores se juzgaron necesitados de protección en una sociedad decimonónica en la que el causante moría relativamente joven, dejando habitualmente a su mujer viuda a cargo de hijos menores⁶²¹. Crucialmente, el número de hijos por hogar en la época en la que se concibió la institución de la legítima era, sin duda, superior al actual. La profunda transformación experimentada por la sociedad desde entonces se refleja también en un fenómeno sucesorio que ahora generalmente tiene lugar mucho más tarde en la vida del causante y, a su vez, en la de los beneficiarios de su herencia⁶²². Es interesante

⁶²⁰ Gran parte de la doctrina cuestiona la pervivencia hoy en día de este fundamento y, en consecuencia, la relevancia del sistema de legítimas en la sociedad actual. Entre otros, VERDERA SERVER, Rafael, *Contra la legítima*, op. cit., *in totum*; VAQUER ALOY, Antoni, “Derecho a la legítima e intereses subyacentes”, en *La libertad de testar y sus límites*, Antoni Vaquer Aloy, M^a Paz Sánchez González, y Esteve Bosch Capdevila (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 63-81; VAQUER ALOY, Antoni, “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *InDret*, 3/2007, pp. 1-25; VAQUER ALOY, Antoni, “Acerca del fundamento de la legítima”, *InDret*, 4/2017, pp. 1-28; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “Una propuesta de política...”, op. cit., p13-171; GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Una propuesta doctrinal...”, op. cit.; GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Las legítimas en la propuesta de reforma de la asociación de profesores de Derecho Civil”, en *Retos y oportunidades del Derecho de sucesiones*, Cristina Villó Travé (dir.), Aranzadi Thomson Reuters, España, 2019, pp. 47-73; CAÑIZARES LASO, Ana, “Legítimas y libertad de testar”, en *Estudios de derecho de sucesiones*. Liber Amicorum. Teodora Felipa Torres García, Andrés Domínguez Luelmo y M^a Paz García Rubio (dir.), La Ley, Las Rozas, 2014, pp. 245-269; ROCA TRÍAS, Encarna, “Una reflexión sobre la libertad de testar”, en *Estudios de derecho de sucesiones*. Liber Amicorum. Teodora Felipa Torres García, Andrés Domínguez Luelmo y M^a Paz García Rubio (dir.), La Ley, Las Rozas, 2014, pp. 1245-1266; GARCÍA GOLDAR, Mónica, *Las legítimas en los derechos autonómicos y su reforma en el Código civil*, Andavira, Santiago de Compostela, 2020; BARRIO GALLARDO, Aurelio, “Atemperar la rigidez de la legítima”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Núm.21, 2007, pp. 1-33.

⁶²¹ VAQUER ALOY, Antoni, “Reflexiones sobre...”, op. cit., pp. 8-10 ofrece datos estadísticos sobre la esperanza de vida en 1900 (35 años), comparada con la esperanza de vida en 2003 (80,4). La población vive actualmente una media de 40 años más que en la época en la que se redactó el Código civil.

⁶²² *Ibid.*, p. 10. Vaquer observa que “en la mayoría de los casos, a la muerte del causante, sus ascendientes habrán fallecido o tendrán una edad muy avanzada, mientras que sus hijos estarán en una franja de edad comprendida entre los 40 y 55 años” que es la edad media en la que el individuo alcanza su renta máxima. Apunta el autor la siguiente paradoja: “la herencia o, por lo menos, la legítima, se recibe con habitualidad en el momento de mayor riqueza del beneficiado. ¿Tiene sentido, pues, seguir afirmando que el fundamento de las legítimas es la solidaridad intergeneracional?”. Ver, en el mismo sentido, REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, “La actualización del Derecho sucesorio...”, op. cit., p. 28 y ss., en el que el autor afirma que la familia ya no es un instrumento de conservación y transmisión del patrimonio, con especial preocupación respecto de los hijos menores y discapacitados, lo que puede poner en cuestión la existencia de límites a la libertad de testar del causante. También en este sentido afirma VERDERA SERVER, Rafael, *Contra la legítima*, Fundación

apreciar que un dato que no ha cambiado es el hecho de que el cónyuge sobreviviente continúa siendo mayoritariamente mujer, a pesar de ser esta una realidad que no se refleja particularmente en las disposiciones legales⁶²³.

Como observa LACRUZ BERDEJO, fijar los derechos sucesorios del cónyuge viudo es una labor particularmente difícil debido a la gran diversidad de supuestos y circunstancias de viudedad y al modo, diferente en cada caso, en el que incide el fallecimiento de uno de los cónyuges en el sobreviviente⁶²⁴. El autor añade que “la dificultad es máxima en cuanto a los derechos llamados de *sucesión forzada*”, cosa que parece cierta, atendiendo a la extremada cautela que, como veremos, ha mostrado el legislador en relación a los derechos necesarios contemplados para el cónyuge desde que le reconoció como legitimario con la promulgación del Código civil⁶²⁵. Efectivamente, tal y como apuntaba VALLET DE GOYTISOLO, “el Código civil introdujo la novedad de atribuir la cualidad de legitimario tanto al viudo como a la viuda, y siempre con independencia de cuál sea su fortuna personal”⁶²⁶. Ubicado en

Notariado, Madrid, 2022, p. 146, que “la herencia se abre normalmente en un momento en que el causante ya ha abandonado hace tiempo la etapa más productiva de su actividad profesional o laboral, y que, por el contrario, los posibles beneficiarios se encuentran en el inicio de la etapa donde sus niveles de ingresos serán más elevados. Ello ha llevado a cierta doctrina a sugerir que, en su caso, la solidaridad familiar se evidencia más a través de donación “inter vivos”, especialmente cuando los hijos están comenzando a independizarse, que a través de la sucesión “mortis causa”.

⁶²³ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “Una propuesta de política...”, op. cit., p. 116 observa que, según datos del Instituto Nacional de Estadística, en 2004 el 82,7% de las personas viudas en España eran mujeres y sólo el 17,5% eran varones. Por lo tanto, apunta el autor, “cuando hablamos de mejorar la posición del cónyuge viudo en la sucesión de su consorte, nos referimos, en realidad, muy preferentemente a las viudas”. Las cifras actualizadas de 2021, también de acuerdo con el INE, muestran estadísticas parecidas: el número total de viudos y viudas en España ascendió a 2.910.000 personas, de los que 2.342.400 eran mujeres, mientras que los hombres solo representaban 575.600. Es decir, el 80 por ciento de los viudos en España son mujeres. Fuente: <https://www.ine.es>.

⁶²⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de sucesiones*, op. cit., p. 84, observa que la determinación de los derechos sucesorios del cónyuge viudo plantea un “problema al que no cabe dar una solución genérica satisfactoria, pues el equilibrio ideal de intereses depende, en cada caso, de datos muy concretos y singulares: clase de familia y economía familiar; existencia o no de hijos; edad de éstos; naturaleza de los bienes del difunto; régimen económico del matrimonio.”

⁶²⁵ FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “¿El usufructo como legítima del cónyuge viudo?, en *Las legítimas y la libertad de testar, Perfiles críticos y comparados*, Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada y Francisco José Aranguren Urriza (dirs.) y Juan Pablo Murga Fernández y César Hornero Méndez (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 438 observa que la inclusión del cónyuge supérstite como legitimario generó polémica entre los redactores del Código y, de hecho, no se le reconoció tal condición al cónyuge hasta una fase ya avanzada de la elaboración del mismo.

⁶²⁶ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Limitaciones de derecho sucesorio...*, op. cit., p. 152. FERNÁNDEZ CAMPOS, Jesús, “El usufructo como legítima...”, op. cit., pp. 440-441, observa que este usufructo viudal de alcance y finalidad particular diseñado por la Comisión General de Codificación, fue

la sección quinta del Capítulo II, “De la herencia”, del Título III del Libro Tercero del Código civil, bajo la rúbrica “De las legítimas”, el artículo 806 CC define esta institución como “la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos”. Entre estos mal llamados “herederos forzosos”, el Código incluye en primer lugar a los hijos y descendientes (art. 807.1 CC), en ausencia de éstos a los padres y ascendientes (art. 807.2 CC) y, en todo caso, al cónyuge supérstite “en la forma y medida que establece este Código” (art. 807.3 CC). Esta referencia a la “forma y medida” de la legítima del cónyuge nos avisa ya del carácter particular de su derecho, si lo comparamos con el de los demás legitimarios, los parientes en línea recta, que a veces son elocuentemente denominados legitimarios “de élite”⁶²⁷.

Una clara indicación de la naturaleza diferente de la legítima viudal es el desplazamiento de su regulación en el Código fuera de la sección quinta, “De las legítimas”, a la sección séptima denominada “Derechos del cónyuge viudo” (arts. 834 a 840 CC), a pesar de que esta sección no regula todos los derechos del viudo, sino sólo aquellos relativos a su legítima⁶²⁸. Más allá de su ubicación en el Código, las particularidades que diferencian al cónyuge de los otros legitimarios, como veremos más adelante, son el carácter variable de su cuota dependiendo de los parientes con quienes concurra a la herencia (arts. 834, 837 y 838 CC) y el hecho en sí de su concurrencia, que le garantiza su derecho legitimario siempre, aunque existan descendientes o ascendientes⁶²⁹. Sin embargo, crucialmente, su cuota es en

concebido como un derecho sucesorio individual que otorga un beneficio patrimonial a favor del cónyuge viudo considerado en sí mismo y no como cabeza de familia (a diferencia de la viudedad foral).

⁶²⁷ Vid. TORRES GARCÍA, Teodora, “La legítima en el Código civil español: un panorama general”, en *Las legítimas y la libertad de testar, Perfiles críticos y comparados*, Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada y Francisco José Aranguren Urriza (dirs.) y Juan Pablo Murga Fernández y César Hornero Méndez (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 33. Ver también con referencia a las peculiaridades de la legítima viudal TORRES GARCÍA, Teodora y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, “La legítima en el Código civil (II)”, en *Tratado de Legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 87-141.

⁶²⁸ Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. 2, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910, pp. 798-799.

⁶²⁹ Recordemos que los descendientes son llamados como legitimarios en primer lugar, excluyendo a los ascendientes, que sólo serán llamados a falta de los primeros. El cónyuge, por el contrario, siempre goza de su derecho como legitimario, aunque dicho derecho sólo se le reconozca en usufructo y no en propiedad como a los demás legitimarios.

usufructo y no en propiedad como la de los demás legitimarios y, aunque es conmutable, sólo lo es a instancia de los herederos (art. 839 CC), aunque el propio cónyuge puede requerirla cuando concurre con hijos sólo del causante (art. 840 CC).

A pesar de todas estas singularidades, no hay duda de que el cónyuge es un verdadero legitimario⁶³⁰. La cuestión que inicialmente generó mayor debate fue la de si la legítima viudal atribuye forzosamente al cónyuge la cualidad de heredero⁶³¹. Obviamente el testador puede instituir heredero a su cónyuge, pero la pregunta es si la mera condición de legitimario, atribuida al viudo tanto en la sucesión testada como en la intestada⁶³², asigna al mismo la cualidad de heredero. La literatura jurídica sobre este punto es extensa, con opiniones sumamente autorizadas y, a menudo, contradictorias⁶³³. La doctrina clásica, influenciada por la confusa terminología del Código civil que se refería a los legitimarios, incluido el cónyuge, como “herederos forzosos”, entendió que el viudo, en cuanto legitimario, era heredero⁶³⁴. Sin embargo, en la actualidad, la generalidad de la doctrina rechaza el

⁶³⁰ PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., pp. 285 y ss., desarrolla esta idea analizando las razones por las que podemos concluir que la legítima del cónyuge del causante es una verdadera legítima, a pesar de sus singularidades. Entre estos argumentos, la autora nos recuerda que “[l]a misma ley de 24 de abril de 1958, (...) declaró en sus preliminares su propósito de afectar a los derechos sucesorios del cónyuge viudo *en su carácter de legitimario*, cuestión que, por añadidura, ante la nueva posibilidad de reformar el Código civil que se abrió con la ley de 13 de mayo de 1981, que afectó además al número 3º del art. 807 C.c. con el objeto de eliminar del mismo a los hijos naturales, fue, sin embargo, plenamente respetada” (p. 287).

⁶³¹ Para una detallada discusión al respecto, ver PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, volumen III, Bosch, Barcelona, 1964, p. 99.

⁶³² Analizamos más adelante el derecho legitimario del cónyuge en la sucesión intestada, pero basta por ahora reproducir la afirmación de VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Limitaciones de Derecho sucesorio...*, op. cit., p. 157: “La legítima del cónyuge viudo corresponde a éste tanto en la sucesión testada como en la intestada, pues no sería racional estimar que la ley se desentiende supletoriamente *ab intestato* de aquello mismo que impone forzosamente a la voluntad del testador”.

⁶³³ Un estudio exhaustivo de las variadas y abundantes opiniones en la materia supera los límites del presente trabajo, pero puede hallarse en PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite*, op. cit., pp. 287-317.

⁶³⁴ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español*, p. 541 recuerda las opiniones de autores como Alvarado, Sánchez Román o Valverde, que mantenían que “es indudable la cualidad de heredero del cónyuge viudo en nuestro Derecho, toda vez que el art. 807 del Código le reconoce explícitamente el carácter de heredero forzoso y el 814 establece las causas de desheredación del cónyuge”. En opinión de LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de sucesiones*, op. cit., p. 86, los comentaristas que defendían la calidad de heredero del viudo en base a su inclusión en los artículos 807 o 814 CC “parecen olvidar que el régimen de los citados preceptos no contempla al viudo en cuanto heredero o legatario, y sí exclusivamente, como legitimario”. Ver también, PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., p. 302; CORRAL GARCÍA, Eduardo, *Los derechos del cónyuge viudo en el Derecho civil común y autonómico*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 42.

argumento literal y sostiene que el carácter usufructuario de la legítima viudal impide la adjudicación de la cualidad de heredero, ya que ésta implica una sucesión a título universal por la que el sucesor se subroga en todos los derechos y obligaciones del causante, lo cual es incompatible con la sucesión en usufructo que es una sucesión a título particular⁶³⁵. El cónyuge, a consecuencia de su derecho legitimario, asume una única relación jurídica de todas las que integran la herencia del causante, la representada por su cuota usufructuaria, lo que, dentro de la técnica de nuestra legislación civil, es incompatible con la institución de heredero⁶³⁶. En palabras de PUIG BRUTAU, el Código civil atribuye al cónyuge viudo un derecho en usufructo, “y frente a esta realidad de poco sirve que le llame heredero”⁶³⁷.

La legislación y la jurisprudencia no han ayudado a esclarecer la cuestión adjudicando a veces al supérstite legitimario cualidades de heredero, pero negándoselas en otras ocasiones⁶³⁸. En cualquier caso, dichas afirmaciones se

⁶³⁵ Este argumento ya lo proponía el profesor Demófilo De Buen en la primera veintena del siglo, tal y como lo recoge CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español*, p. 541: “De Buen, en cambio, piensa – seguramente con más acierto – que a la cuota viudal no puede dársele el carácter de una institución de heredero, porque el cónyuge viudo no tiene derecho a ser instituido, sino a que se le asegure la cuota señalada, como lo demuestra que su preterición en el testamento no anula la institución, y porque, en realidad, el del cónyuge viudo queda circunscrito a una cantidad de dinero que se determina en función del caudal, reducido a una entidad numérica, según resulta del art.838” (actual art. 839). Ver también VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Limitaciones de Derecho...*, op. cit., pp. 276 y ss. donde afirma que “[h]erencia y usufructo –dijimos hace años– son términos incompatibles. El usufructuario de herencia no es heredero o, si lo es, no es un verdadero usufructuario, sino un fiduciario”. En el mismo sentido se postula LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de sucesiones*, op. cit., p. 87.

⁶³⁶ PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., p. 303. En relación a la atribución del usufructo universal explica LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de sucesiones. Parte general*, en Lacruz, José Luis y Albaladejo, Manuel: *Tratado teórico-práctico de Derecho civil*, tomo V, volumen 1º, Librería Bosch. Barcelona, 1961, p. 66, que “mientras el heredero sucede en la totalidad de las relaciones, el usufructuario, al adquirir un *ius in re aliena*, sucede en una relación singular. La atribución del usufructo universal ofrece al llamado una situación nueva respecto a la del causante: así, pues, una adquisición derivativa que no es *sucesión* en sentido rigurosamente técnico, sino constitución de una nueva posición jurídica. De esta argumentación, una cosa sí es indiscutible: que, igual que un instituido en cosa cierta, tampoco el usufructuario, en principio, ingresa en la misma posición jurídica del difunto; (...) porque la atribución del usufructo, aun el de todos los bienes de la herencia, es asignación de un objeto particular que, de igual modo que la institución en una cosa cierta, no proporciona en principio el subingresso en la posición jurídica transmisible del causante”.

⁶³⁷ PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, volumen III, Bosch, Barcelona, 1964, p. 99.

⁶³⁸ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, “Concurrencia de hijos de anterior matrimonio y cónyuge supérstite en la sucesión intestada”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 734, noviembre 2012, p. 3278, habla de una “especie de categoría intermedia” en la que la legislación y jurisprudencia colocan al cónyuge viudo.

producen siempre en las declaraciones jurisprudenciales y atendiendo a la cualidad de legitimario del cónyuge⁶³⁹. Tras realizar un meticuloso estudio de las sentencias del Tribunal Supremo sobre este aspecto, PUIG BRUTAU observó que a menudo hacen “depender una solución exacta de consideraciones que no son necesarias ni útiles para sostenerla”⁶⁴⁰ y resumió la situación en unas palabras compartidas y citadas por numerosos autores:

Cabe afirmar, en síntesis, que el Tribunal Supremo ha resuelto que el cónyuge viudo ha de intervenir en la partición de la herencia, que no puede ser contador partidor, que puede reivindicar bienes hereditarios en beneficio de todos los interesados (...), que no responde personalmente de las deudas de la herencia, etc. Todas las decisiones recaídas en estos casos, consideradas como conflictos de intereses y no como tesis jurídicas, son indudablemente acertadas y justas. Pero que frente a esta variedad de soluciones se busque el apoyo de la decisión en el calificativo de heredero forzoso que emplea, sin ninguna precisión, el art. 807, resulta sin duda una tarea ilusoria. Las excesivas generalizaciones deben desaparecer y ceder el paso a una doctrina clara y congruente con las decisiones dictadas, y para ello hay que abandonar la falsa concepción de que el legitimario es un heredero forzoso⁶⁴¹.

⁶³⁹ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, “Concurrencia de hijos...”, op. cit., p. 3287. Ver también PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, volumen III, Bosch, Barcelona, 1964, p. 101 que en este sentido afirmaba que “[l]a cosa es tan sencilla y clara que raya la perogrullada. Sin embargo, como todavía es frecuente invocar en la práctica profesional la jurisprudencia a que aludimos a base de lo que se dijo de pasada en los considerandos (*obiter dicta*) y no de lo que verdaderamente se tuvo en cuenta para resolver el caso (*ratio decidendi*), es necesario entrar en el examen concreto de las decisiones...”. Como ejemplos podemos acudir a la STS de 24 de enero de 1963 (RJ 1963, 518) en la que se afirma que entre el heredero propiamente dicho y el sucesor usufructuario median profundas diferencias, como por ejemplo que el usufructuario no es responsable de las deudas hereditarias y sólo queda afectado por los legados de pensión vitalicia y alimentos. La STS de 11 de abril de 1990 (RJ 1990, 2717) denomina al cónyuge legitimario heredero *sui generis*, y se refiere a la viuda como una heredera singular y atípica. La STS de 29 de junio de 2006 (RJ 2006, 4714), y en el mismo sentido la STS de 16 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 6780), afirman que el usufructuario de la totalidad o parte de la herencia no puede ser asimilado a la institución o posición jurídica del heredero de la herencia.

⁶⁴⁰ PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos ...*, op. cit., p. 100.

⁶⁴¹ *Ibid.*, pp. 120-121.

Por lo tanto, para justificar las facultades otorgadas al cónyuge supérstite mientras la herencia está indivisa, así como su derecho a intervenir en las operaciones de liquidación de la herencia, no es necesario acudir a una equiparación artificiosa con la condición de heredero, sino que dichas facultades dimanen de su condición de legitimario o, en palabras del profesor LACRUZ BERDEJO, de su cualidad de “sucesor *ex lege*”⁶⁴², la cual le otorga un derecho al usufructo de una parte de la herencia cuyo pago, además, está garantizado por todos los bienes de la herencia, de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 839 del Código. Es indiscutible que el cónyuge legitimario, aunque no sea heredero, debe intervenir en la partición de la herencia, ya que ciertas operaciones particionales como la valoración de los bienes hereditarios, determinarán la cuantía de su derecho, por lo que le interesa poder pedir, si procede, el complemento de su legítima o solicitar la partición para que se señalen los bienes sobre los que recaerá su usufructo o para que se proceda a la conmutación, en su caso⁶⁴³. Estas facultades, sin embargo, emanan no de su cualidad de heredero, sino de su posición como legitimario⁶⁴⁴.

3.2. Características

La legítima del cónyuge supérstite se diferencia de la de los descendientes y ascendientes por una serie de elementos propios que la estructuran de un modo particular.

3.2.1. Carácter general e incondicionado

Una característica propia de la legítima viudal es que el cónyuge viudo es legitimario en todo caso, tanto en la sucesión testada como en la intestada, independientemente de con quién concurra a la herencia. Su derecho no depende de ningún orden de preferencia como ocurre, por ejemplo, con los ascendientes, que sólo son

⁶⁴² LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1988, p. 501.

⁶⁴³ FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “Usufructo legitimario...”, op. cit., p. 5.

⁶⁴⁴ Un resumen de la posición del cónyuge viudo como legitimario en la sucesión de su consorte atendiendo a la jurisprudencia puede verse en VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Limitaciones de Derecho...*, op. cit., pp. 276-283.

legitimarios en defecto de descendientes. Esta concurrencia incide en la cuantía de la cuota que le corresponderá al viudo, pero no afecta al reconocimiento de su derecho de usufructo, que tampoco queda condicionado por ningún requisito con respecto a su conducta, manteniéndose incluso cuando el supérstite contraiga ulteriores nupcias⁶⁴⁵. Por lo tanto, con independencia de la opinión que nos merezca la naturaleza y dimensión de la legítima vidual, lo cierto es que el cónyuge tiene garantizada la protección que ésta brinda, en todos los casos.

3.2.2. Cuantía variable

Como consecuencia del carácter concurrente al que nos referíamos, la cuantía de la cuota usufructuaria que se reconoce al cónyuge como legítima varía dependiendo de con quién concurra a la herencia. En función de dicha concurrencia, pueden distinguirse las siguientes situaciones:

a) Concurrencia con hijos o descendientes

De acuerdo con el artículo 834 del Código civil, “[e]l cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste legalmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”. Por lo tanto, en caso de concurrir con hijos o descendientes de su consorte, ya sean comunes, sólo del causante o adoptivos, el cónyuge tiene un derecho *ex lege* al usufructo del tercio de mejora⁶⁴⁶.

Antes de la reforma introducida por la Ley de 24 de abril de 1958, la cuantía de la legítima vidual variaba según el número de descendientes con el que concurriera el cónyuge a la herencia. La norma se modificó para reconocer al supérstite un derecho fijo sobre un tercio del caudal hereditario independientemente de cuántos

⁶⁴⁵ PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos...*, op. cit., p. 97; PEREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., p. 250; CARCABA FERNÁNDEZ, María, *Los derechos sucesorios*, op. cit., pp. 22-23.

⁶⁴⁶ El usufructo vidual se impone sobre el tercio de mejora de la legítima de los descendientes para evitar mermar aún más la libertad de testar del causante. A este respecto, ver ALBALADEJO GARCIA, Manuel, “El tercio de herencia gravado por el usufructo del cónyuge viudo cuando los legitimarios son los hijos del causante”, *Actualidad Civil*, XXXI (3), 1991, pp. 423-430.

descendientes concurren a la herencia⁶⁴⁷. De acuerdo con el artículo 834 CC, dicho tercio ha de imputarse al destinado a mejora, logrando así que el tercio de libre disposición sea verdaderamente libre, al tiempo que se respeta la intangibilidad del tercio de legítima estricta. Se entiende que, si el tercio destinado a mejora no se emplea en su totalidad o en absoluto, la legítima larga tendrá que soportar la parte que falta o, en su caso, la totalidad del usufructo legítimo hasta formar el tercio⁶⁴⁸.

b) Concurrencia con ascendientes

A falta de descendientes, si el supérstite concurre a la herencia con ascendientes, la ley le reconoce un derecho de usufructo sobre la mitad de la herencia (art. 837 CC).

c) Concurrencia con otros herederos

Finalmente, no existiendo descendientes ni ascendientes, e independientemente de si el cónyuge concurre a la herencia con otros parientes o con extraños, su derecho de usufructo recaerá sobre dos tercios de la herencia (art. 838 CC).

3.2.3. *Carácter usufructuario*

La característica, en mi opinión crucial, de la legítima viudal es que se traduce en un derecho de usufructo sobre una parte de la herencia y no en un derecho de propiedad como el de los otros legítimos⁶⁴⁹. El cónyuge viudo, en su calidad de

⁶⁴⁷ PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., p. 251.

⁶⁴⁸ FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, "Usufructo legítimo...", op. cit., p. 10-11. Con referencia a la imputación de la legítima viudal al tercio de mejora, ALBALADEJO GARCIA, Manuel, "El tercio de herencia gravado por el usufructo del cónyuge viudo cuando los legítimos son los hijos del causante", *Actualidad Civil*, XXXI(3), 1991, pp. 424: "Se trata del tercio destinado a mejora, no de la parte del mismo que haya usado efectivamente el testador para mejorar, que si fuese esto segundo, cuando no se hubiese usado el tercio entero para mejorar, el usufructo no alcanzaría a un tercio de la herencia".

⁶⁴⁹ Así se deduce de los artículos 834, 837 y 838 CC que precisan la extensión de la cuota en usufructo, así como de los artículos 813 CC (excepción a la prohibición de gravar la legítima) y 839 y 840 (conmutación del usufructo por otros medios de pago).

heredero forzoso, es titular *ex lege* de un derecho vitalicio de usufructo, pero no se le reconoce ningún título en propiedad sobre el *as* hereditario líquido⁶⁵⁰.

De qué forma y en qué medida proteger al cónyuge viudo tras la muerte de su consorte es una cuestión de política legislativa que admite diferentes respuestas dependiendo de cuál sea la finalidad perseguida por el legislador. Si lo que interesa es que los bienes hereditarios permanezcan en la familia de procedencia, se concederán al cónyuge derechos en usufructo, alimenticios o similares; por el contrario, si dicha permanencia no es una consideración primordial, los derechos viduales podrán ser en propiedad; asimismo, y en base a la misma consideración, el usufructo puede ser vitalicio pero conmutable o puede no admitir tal conmutación. La fórmula finalmente elegida por el legislador deberá tener en cuenta múltiples variables; la protección que recibe el cónyuge en sede de Derecho de familia mediante el régimen económico matrimonial, la protección que se debe ofrecer a los hijos, particularmente si son fruto de un matrimonio o unión anterior, la situación económica tanto del cónyuge viudo como de los demás herederos, o la existencia de parientes que en vida dependían económicamente del causante⁶⁵¹. Obviamente, cuanto mayor sea la protección ofrecida al cónyuge, menores serán los derechos sucesorios del resto de los parientes y, en concreto, los derechos sucesorios de los hijos del causante.

En el capítulo anterior veíamos que el legislador inglés, enfrentado a esta misma cuestión en relación a la sucesión intestada (recordemos que en la sucesión testada el causante goza de libertad absoluta) y tras considerar criterios similares a los mencionados en el párrafo anterior, concluyó que el interés necesitado de mayor protección en la sucesión *mortis causa* del causante es el de su cónyuge (y ahora también pareja civil legalmente constituida), a pesar de redundar esta solución en perjuicio de los hijos que, en la mayoría de los casos, no reciben nada en la herencia

⁶⁵⁰ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil IV, Derecho de Sucesiones*, Tomo 2, Tecnos (undécima edición), Madrid, 2013, p. 160.

⁶⁵¹ Para una reflexión sobre estas cuestiones ver FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “¿El usufructo como legítima...?”, op. cit. pp. 457-462. También PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos...*, op. cit., pp. 93-96 apunta las consideraciones que se le presentan al legislador en relación con la legítima del cónyuge supérstite.

de su progenitor. De forma coherente con esta decisión, el legislador inglés reconoce al supérstite un derecho en propiedad sobre la mayor parte de la herencia de su consorte intestado si concurre con descendientes, y sobre la totalidad del caudal en todos los demás supuestos⁶⁵². El nivel de protección ofrecido al supérstite en la sucesión legal nos permite hacernos una idea de lo que el legislador considera como una atribución razonable para el cónyuge o pareja civil, que, recordemos, es el estándar que se aplica si el supérstite impugna la distribución realizada por el causante. A pesar de que la forma indiscriminada en la que el Derecho inglés ha implementado su preferencia por el cónyuge supérstite puede ser discutible, creo que el legislador acierta en su objetivo principal de garantizar un estatuto sucesorio adecuado para el supérstite.

El Derecho civil común español ha optado por una solución diferente a la inglesa, adjudicando al cónyuge viudo, tanto en la sucesión testada como en la intestada, un derecho forzoso sobre una parte de la herencia, pero no en propiedad sino en usufructo. Por supuesto, esta opción debe de entenderse atendiendo al contexto histórico-jurídico en el que se diseñó, esto es, en el contexto de una sociedad decimonónica en la que la riqueza provenía del patrimonio familiar y conservarla en la familia era una prioridad. Asimismo, como ya vimos, la elección de la solución usufructuaria estuvo fuertemente influenciada por la necesidad de aunar las diferentes tradiciones del Derecho de Castilla y los Derechos forales y especiales. En palabras de RUBIO GARRIDO, “en la regulación codicial de la legítima del cónyuge viudo –y en esa extraña transacción que se hizo con los Derechos forales u otros territoriales distintos del común o de Castilla, para, a la postre, no unificar nada–

⁶⁵² Recordemos que, inicialmente, el legislador inglés también contempló un derecho de usufructo para el cónyuge supérstite. En concreto, cuando concurría a la herencia con los hijos o descendientes del causante, si aún quedaba patrimonio tras satisfacer la *statutory provision* y entregar los *personal chattels*, el cónyuge tenía un derecho en usufructo sobre la mitad del remanente si concurría con hijos o descendientes o en propiedad si concurría con otros parientes. Finalmente, el legislador consideró que la fórmula usufructuaria (la creación de un *life interest* gestionado mediante un *trust*) complicaba el proceso sucesorio y generaba problemas para el cónyuge beneficiario que no podía disponer plenamente de los bienes, por lo que reformó la ley de modo que, en la actualidad, el supérstite recibe la mitad del remanente siempre en propiedad (en caso de no haber hijos o descendientes, el viudo o viuda recibe la totalidad de la herencia). Los argumentos de la *Law Commission* sobre el derecho de usufructo pueden encontrarse en el documento LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, párrafos 2-58 y 2-59. Para una discusión más detallada sobre el tema y un repaso de las sentencias más notables, ver SLOAN, Brian, *Borkowski's...*, op. cit. pp. 24-29.

primó fundamentalmente aquel designio algo hipócrita de una sociedad burguesa, en la que era clave el decoro aparente de la viuda (...).” Apunta el autor que el usufructo vidual fue la solución idónea para atender tanto a los intereses de los parientes en línea recta del causante, permitiéndoles conservar el patrimonio familiar, como al interés del cónyuge sobreviviente que podía disponer de una parte de dicho patrimonio para su mantenimiento tras la muerte de su consorte⁶⁵³.

Las ventajas y desventajas de otorgar al supérstite su derecho en usufructo o en plena propiedad han sido extensamente analizadas por la doctrina que aporta sólidos argumentos tanto a favor de una solución como de la otra⁶⁵⁴. Se reconocen las bondades del usufructo vidual como una solución apta para conciliar las expectativas de parientes y cónyuges, pero sin obviar los inconvenientes, principalmente de tipo económico y práctico, que se derivan del desmembramiento de la propiedad⁶⁵⁵. Hay autores que abogan por suprimir el usufructo vidual y

⁶⁵³ RUBIO GARRIDO, Tomás, “Problemas actuales en materia de protección cualitativa y cuantitativa de la legítima”, en *Las legítimas y la libertad de testar, Perfiles críticos y comparados*, Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada y Francisco José Aranguren Urriza (dirs.) y Juan Pablo Murga Fernández y César Hornero Méndez (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 146-147. Continúa su exposición este autor argumentando que en la sociedad actual la solución usufructuaria carece de sentido y ofrece argumentos para concluir que la legítima vidual se debería de concretar en bienes en propiedad olvidándonos “del dichoso usufructo vidual que a los que aplicamos el Derecho civil común tanto no atormenta”.

⁶⁵⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1988, p. 500. LACRUZ resume las ventajas y desventajas del usufructo frente a la propiedad de la siguiente manera: “El usufructo, cuando recae sobre parte importante o la totalidad de la herencia, fomenta la unidad de la familia (en particular si hay descendientes) bajo la dirección del cónyuge viudo; en cambio, retarda la percepción, por los hijos, de unos medios económicos que aquellos precisan para independizarse, y pone dificultades al tráfico de los bienes gravados, que prácticamente se amortizan. La propiedad constituye una expresión más definitiva del afecto entre los cónyuges, pero, a falta de hijos, desvía los bienes de los familiares de quienes acaso los obtuvo el causante para reconducirlos a una persona extraña a ellos”. Es también interesante la reflexión de VAQUER ALOY, Antoni, “Reflexions escoceses...”, op. cit., pp. 92-93, que, aunque hecha en relación a la sucesión legal en Catalunya, es igualmente válida como reflexión general sobre la solución usufructuaria. Tras exponer algunas consecuencias prácticas de la desmembración del derecho de propiedad en nuda propiedad y usufructo, el autor concluye que, a menos que la herencia sea cuantiosa y proporcione rendimientos suficientes (o el supérstite usufructuario disponga de recursos propios), el usufructo puede devenir antieconómico para el cónyuge y, aún más, para los hijos que ven su derecho reducido a la nuda propiedad.

⁶⁵⁵ PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., p. 249: “Ante el inevitable y siempre aludido conflicto de intereses que supone el incorporar a la sucesión una persona que puede actuar como vía de escape de los bienes del premuerto hacia otros grupos familiares, aceptar la operatividad del derecho usufructuario en relación con lo que representará siempre su participación necesaria en la herencia del causante implica reconocer la validez y legitimidad de las expectativas de todos.”

sustituirlo por una cuota en propiedad⁶⁵⁶, mientras otros consideran sus desventajas un mal menor comparado con la solución técnica que la institución viudal representa para resolver el difícil problema que presenta la sucesión del cónyuge⁶⁵⁷.

Personalmente, aun reconociendo la atracción de la solución usufructuaria como una forma de dar una respuesta a todos los intereses en conflicto, creo que finalmente la solución no satisface ni las necesidades del cónyuge usufructuario, ni las de los descendientes nudos propietarios. Aparte de las ya citadas desventajas que resultan del desmembramiento de la propiedad, creo que limitar el derecho del supérstite a un uso y disfrute del caudal hereditario no responde a la realidad a la que se enfrentan la mayoría de los viudos, y sobre todo viudas, hoy en día. A diferencia de la viuda del Código civil decimonónico, generalmente joven y con hijos menores a su cargo, la viuda del siglo XXI es, en su mayor parte, una persona de edad avanzada, con necesidades asistenciales y médicas que, por regla general, generan una necesidad económica superior a la que puedan tener los hijos, normalmente ya adultos y con su vida encauzada. El derecho de usufructo, incluso si se extendiera a la vivienda familiar, no da acceso a los recursos que, crecientemente, van a ser necesarios en una sociedad que cada vez delega más el cuidado de sus mayores en instituciones externas a la familia y en la que la salud pública cada vez está más privatizada. Tal vez la preocupación principal ya no sea garantizar que el supérstite siga disfrutando de la vivienda familiar, sino asegurar sus necesidades asistenciales

⁶⁵⁶ Vid. TORRES GARCÍA, Teodora y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar...*, op. cit. p. 162 que opinan que “de mantenerse la legítima del viudo, los cambios sociológicos operados en las familias contemporáneas, las nuevas formas de titularidad de la riqueza y de composición de los patrimonios familiares, e incluso las dificultades técnicas que pueden derivar de la concurrencia de propietarios y usufructuarios en una misma sucesión, aconsejan la opción por la propiedad y no por el derecho de goce. Sin duda, con ello se evitan *ex ante* muchas querellas familiares, especialmente en aquellos casos en los que el viudo o viuda lo es de un segundo o ulterior matrimonio del causante de la sucesión y concurre con los descendientes del matrimonio o matrimonios anteriores.” En el mismo sentido, RUBIO GARRIDO, Tomás, “Problemas actuales...”, op. cit., pp. 147-148: “...la legítima se debiera concretar directamente en bienes en propiedad – y quizá con más clara cercanía a la institución de los alimentos – (...); o aquella que sugiere que al cónyuge viudo se le pueda conceder la iniciativa para proceder a conmutar con carácter general...”.

⁶⁵⁷ Nótese que la propuesta de reforma del Código civil realizada por la Asociación de Profesores de Derecho civil (APDC) aboga por mantener el carácter usufructuario de la legítima viudal. El texto íntegro de la Propuesta de Código civil consensuada por la APDC puede consultarse en www.derechocivil.net.

y residenciales dentro o fuera de dicha vivienda. Ante este cambio de paradigma, la solución usufructuaria se presenta, a mi parecer, insuficiente.

3.2.4. *Carácter conmutable*

Una característica que aparece estrechamente ligada a la naturaleza usufructuaria de la legítima vidual, es su carácter conmutable, que la distingue, no sólo del resto de las legítimas del Código civil, sino también de los usufructos viduales característicos de las legislaciones forales. Como se ha visto, el legislador de 1889 concedió por primera vez al cónyuge supérstite la cualidad de legitimario y optó por el usufructo como forma de satisfacer este derecho sucesorio necesario, acercándose a los modelos forales, pero con la importante diferencia de permitir que el usufructo vidual fuera conmutado por otras formas de pago. Se confirmaba así que el usufructo legitimario del Código civil es un derecho sucesorio individual diseñado para favorecer al cónyuge por sí mismo, a diferencia de los derechos viduales forales, cuyo objetivo es proteger la unidad del patrimonio familiar manteniendo la autoridad del supérstite como cabeza de familia, razón por la que no admiten conmutación⁶⁵⁸.

De acuerdo con el artículo 839 del Código civil “[l]os herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.” En su párrafo segundo, el precepto establece que, “mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge”.

Por su lado, el artículo 840 CC contempla la conmutación para la circunstancia concreta de concurrencia con hijos sólo del causante, estableciendo que, “cuando el

⁶⁵⁸ FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “¿El usufructo como...?, op. cit., pp. 440-441; FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “Usufructo legitimario...”, op. cit., p. 14. A este respecto, PEREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., p. 260 observa que la posibilidad concedida a los herederos en el artículo 839 CC (y al propio cónyuge en las circunstancias del art. 840 CC) de conmutar la legítima vidual, constituye un elemento sin precedentes en el Derecho histórico español como rasgo de los derechos sucesorios del cónyuge, a pesar de lo cual se ha mantenido materialmente inalterada desde la redacción originaria del Código civil (antiguo art. 838).

cónyuge viudo concorra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios”.

Se han discutido las razones que llevaron al legislador a introducir la posibilidad, en su momento innovadora, de conmutar el usufructo viudal por otros medios de pago, pero actualmente la doctrina coincide mayoritariamente en que la principal finalidad de la conmutación prevista en los artículos 839.1 y 840 CC es evitar las dificultades que presenta la división del dominio en nuda propiedad y usufructo⁶⁵⁹. La conmutación ofrece una solución para que los herederos no se vean forzados a soportar un gravamen sobre los bienes heredados de la magnitud de un usufructo vitalicio, con las complicaciones jurídicas, económicas y personales que ello conlleva, incluso cuando la relación entre el cónyuge sobreviviente y los herederos gravados es buena. Su uso, además, no supone lesión alguna al principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima del viudo, ya que su derecho será plenamente satisfecho utilizando un medio de pago diferente, pero de valor equivalente. Como apunta FERNÁNDEZ CAMPOS, el cónyuge viudo “no tiene derecho a que se le satisfaga su legítima necesariamente con usufructo (...). El usufructo no es (...) más que una de las posibles formas en que la legítima del cónyuge viudo puede quedar satisfecha”⁶⁶⁰.

Sin embargo, y sin perjuicio de la innegable importancia práctica de la facultad de conmutar, es preciso señalar sus limitaciones desde la perspectiva del cónyuge, para quien se prevé una participación marginal (con la excepción del presupuesto

⁶⁵⁹ En relación a la intención del legislador, LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de sucesiones*, op. cit., pp. 95-96, observa que “el legislador estableció la facultad de conmutación del derecho de usufructo del viudo en atención a que, no habiendo descendientes comunes, tal viudo normalmente concurre a la herencia con personas que no son parientes suyos de sangre, siendo probable que convenga a éstos desinteresarse de toda comunidad patrimonial o relación de gestión de bienes con ellos. Igualmente se evitan, mediante esta solución, los inconvenientes del usufructo a la hora de la partición hereditaria, los peligros que entraña el gravamen del bien cuando la explotación es abusiva, las desventajas de la desmembración del dominio, etc.”. Para un resumen de las diferentes opiniones formadas en torno a la finalidad de los artículos 839.1 y 840 CC ver CARCABA FERNÁNDEZ, María, *Los derechos sucesorios...*, op. cit., pp. 71-73. Ver también TORRES GARCÍA, Teodora y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, “La legítima en el Código...”, op. cit., p. 119; VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Limitaciones de Derecho...*, op. cit., pp. 285-288.

⁶⁶⁰ FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “Usufructo legitimario...”, op. cit., p. 15.

concreto del art. 840 CC⁶⁶¹). En efecto, de acuerdo con el artículo 839.1 CC, la decisión de conmutar el usufructo corresponde a los herederos del causante y no al supérstite, lo que confirma que la conmutación contemplada en el Código civil es concebida como una medida protectora de los herederos, nudos propietarios, que les permite liberarse de la carga del usufructo, y no como una medida protectora de los derechos del cónyuge viudo⁶⁶². Se ha discutido, en este sentido, si la referencia a la necesidad de proceder de “mutuo acuerdo” en el artículo 839.1 CC requiere el consentimiento del cónyuge y de los herederos para poder llevar a cabo la conmutación. Esta interpretación es mayoritariamente rechazada, ya que, de requerirse dicho acuerdo, sobraría el resto del precepto, pudiendo las partes acordar el modo de pago que creyeran más conveniente⁶⁶³. La iniciativa de conmutar pertenece exclusivamente, por lo tanto, a los herederos. Lo mismo parece ser cierto de la elección del medio sustitutivo del usufructo (renta vitalicia, productos de determinados bienes o un capital en efectivo) que también corresponde a los herederos como sujetos afectados por el gravamen⁶⁶⁴; eso sí, se les exige unanimidad en su elección, ya que no se puede obligar al viudo a soportar

⁶⁶¹ Como veremos, en el caso de que los hijos sean sólo del causante, el artículo 840 CC otorga la facultad de conmutar al cónyuge.

⁶⁶² Vid. FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “Usufructo legitimario...”, op. cit., p. 18; FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura, “La libertad de testar del causante como protección sucesoria del cónyuge viudo en el siglo XXI”, en *Las legítimas y la libertad de testar, Perfiles críticos y comparados*, Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada y Francisco José Aranguren Urriza (dirs.) y Juan Pablo Murga Fernández y César Hornero Méndez (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 502.

⁶⁶³ Vid. DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de sucesiones*, tomo 2, volumen IV, Tecnos (11ª edición), Madrid, 2012, pp. 170-171; CARCABA FERNÁNDEZ, María, *Los derechos sucesorios...*, op. cit., pp. 80-82.

⁶⁶⁴ Apuntan DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil...*, op. cit., p. 171 que si se requiriera el acuerdo del cónyuge con respecto al medio sustitutivo del usufructo se “dejaría en manos del cónyuge viudo la conmutación; le basta con negarse a aceptar lo que propongan los herederos. No habría base alguna para que la autoridad judicial dirima la controversia, pues no se comprende cómo puede recaer una decisión si el cónyuge no quiere una renta vitalicia, por ejemplo, y los herederos no conmutan el usufructo más que por ella”. Sin embargo, la jurisprudencia es contradictoria. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1962 establece que el juez no está obligado a aceptar el medio sustitutivo elegido por los herederos, de lo que parece desprenderse que la elección debe ser de mutuo acuerdo; asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre 2001 establece que la necesidad de mutuo acuerdo se refiere a la elección del medio y en el mismo sentido la STS de 13 de julio de 2009. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2000 afirmó que es a los herederos a quienes compete la posibilidad de elegir entre las distintas opciones establecidas en el artículo 839 CC: “al tratarse de una carga sobre su porción hereditaria, es preciso entender que a ellos exclusivamente les está permitida la facultad de elección, que no se facilita a la viuda dado que ella es beneficiaria de la cuota viudal usufructuaria”.

la imposición de una pluralidad de modos de satisfacer su legítima⁶⁶⁵. Por lo tanto, parece que el “mutuo acuerdo” ha de limitarse a las operaciones de valoración del usufructo, determinación de los bienes, equivalencia entre el valor del usufructo y el modo solutorio elegido y las garantías de la operación⁶⁶⁶.

En cuanto a quiénes son los herederos facultados para conmutar de acuerdo con el artículo 839.1 CC, parece que el término debe entenderse en su mayor amplitud, de suerte que están legitimados no solo los herederos forzosos (descendientes y ascendientes), sino también los herederos voluntarios y los herederos legales, e incluso los legatarios afectados por el usufructo vidual⁶⁶⁷. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2000⁶⁶⁸ estableció que la facultad de elegir una de las modalidades sustitutorias del usufructo previstas en el Código corresponde a los herederos, sean voluntarios o forzosos, testamentarios o *abintestato* y clarifica que la mención de “heredero” se refiere solo a los afectados por el usufructo vidual, lo que hace posible extender la legitimación a aquellos legatarios gravados por la legítima del viudo. Por lo tanto, como acertadamente apunta la doctrina, el único que está excluido de llevar a cabo la conmutación del artículo 839.1 CC es, precisamente, el cónyuge supérstite⁶⁶⁹.

Resulta sorprendente que no se prevea la participación activa del cónyuge en la conmutación de su derecho. Al fin y al cabo, las limitaciones impuestas por el usufructo le afectan, si no principalmente, sí en igual medida que a los herederos. Es más, a diferencia de estos -generalmente adultos de mediana edad con recursos

⁶⁶⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Elementos de Derecho Civil...*, op. cit., p. 504.

⁶⁶⁶ Es interesante la observación de CARCABA FERNÁNDEZ, María, *Los derechos sucesorios...*, op. cit., p. 81, que apunta que “a mi modo de ver, la situación del cónyuge viudo, a efectos de elegir la modalidad solutoria, es semejante a la del socio que tiene voz, pero no voto. Como persona no facultada para conmutar, su presencia es aconsejable a la hora de determinar la modalidad conmutativa, pero no ineludible; ahora bien, como persona interesada en el tema está legitimada para impugnar ante el Juez el acuerdo conmutativo cuando éste ha sido tomado con mala fe o en fraude de sus derechos”.

⁶⁶⁷ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Limitaciones de Derecho...*, op. cit., pp. 288-289.

⁶⁶⁸ RJ 2000/8549.

⁶⁶⁹ TORRES GARCÍA, Teodora y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, “La legítima en el Código civil (II)”, op. cit., p. 121.

económicos propios- el cónyuge supérstite posiblemente afronte, como venimos apuntando, una situación de mayor necesidad (residencial, asistencial y/o médica), que requiera acceso a recursos económicos líquidos. En consecuencia, considero que se debería reconocer al cónyuge sobreviviente la iniciativa de instar la conmutación en todo caso (y no sólo en el supuesto del artículo 840 CC)⁶⁷⁰.

Un supuesto diferente de conmutación de la legítima del cónyuge se recoge en el artículo 840 CC. Tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio⁶⁷¹, este precepto prevé que cuando el cónyuge viudo concurra a la herencia con hijos sólo del causante, tendrá la facultad de exigir la conmutación, mediante la asignación de un capital en dinero o en un lote de bienes hereditarios, a elección de los hijos. La finalidad de esta facultad conmutativa, al igual que en el supuesto anterior, es evitar las dificultades que se derivan del desmembramiento del dominio, pero, en este caso, agudizadas por unas relaciones posiblemente incómodas entre el cónyuge sobreviviente e hijos “sólo del causante” con los que el cónyuge no tiene relación de parentesco⁶⁷². La decisión de conmutar su usufructo corresponde en este caso al cónyuge, pero el método utilizado (reducidas las opciones a un pago en efectivo o la asignación de bienes hereditarios) continúa quedando a elección de los herederos.

La decisión de conmutar el usufructo, la elección del método solutorio y su ejecución deben completarse antes de la partición, ya que, de otro modo, la adjudicación al cónyuge nunca tendría carácter definitivo. En cualquier caso, mientras no se concreten los bienes a los que afecta el usufructo o éste no se conmute, el párrafo segundo del artículo 839 CC establece que todos los bienes de la herencia permanecen afectos a su pago, como garantía del derecho del viudo a su legítima⁶⁷³.

⁶⁷⁰ Ver, en el mismo sentido, FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, *¿El usufructo como legítima...?*, op. cit., p. 457; FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura, “La libertad de testar...”, op. cit., p. 516.

⁶⁷¹ Para un análisis de los cambios introducidos por esta ley en el artículo 840 CC, ver FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “La inacabada reforma...”, op. cit., pp. 277-282.

⁶⁷² Se incluyen en este supuesto tanto los hijos provenientes de un matrimonio anterior, como los hijos extramatrimoniales.

⁶⁷³ Vid. CARCABA FERNÁNDEZ, María, *Los Derechos sucesorios...*, op. cit., p. 82; GIMÉNEZ COSTA, Ana y VILLÓ TRAVÉ, Cristina, “Libertad de testar y protección del cónyuge viudo o conviviente supérstite”, en *La libertad de testar y sus límites*, Antoni Vaquer Aloy, M^a Paz Sánchez González, y Esteve Bosch Capdevila (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 223. Apunta FERNÁNDEZ CAMPOS,

3.3. Requisitos subjetivos del cónyuge legitimario

El artículo 834 del Código civil establece que “[e]l cónyuge que al morir su consorte *no se hallase separado de éste legalmente o de hecho*, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora” (énfasis añadido).

El derecho a legítima del cónyuge viudo, por lo tanto, sólo existe si los consortes no estaban separados en el momento de la muerte del causante. A pesar de que este requisito sólo se menciona en el artículo que se ocupa de la legítima viudal en caso de concurrencia con hijos y descendientes, es pacífico que lo mismo se exige al viudo legitimario en todo caso; es decir, el cónyuge supérstite, para ser legitimario, independientemente de con quién concurra a la herencia, no puede estar separado (ni por supuesto divorciado⁶⁷⁴) de su consorte en el momento de su muerte⁶⁷⁵. La redacción del precepto es significativa ya que parifica la separación legal (ya sea judicial o ante notario⁶⁷⁶) con la separación de hecho a efectos de la pérdida de los derechos patrimoniales que le corresponderían al cónyuge como legitimario⁶⁷⁷.

Juan Antonio, “Usufructo legitimario...”, op. cit., pp. 8-10, en relación con la protección del usufructo legitimario viudal, que la garantía del artículo 839.2 CC ha sido considerada por parte de la doctrina como una hipoteca legal general y tácita o como un derecho que admite anotación preventiva, pero observa que “la hipoteca legal tácita o la anotación preventiva no son necesarias para salvaguardar el derecho sucesorio del viudo, pues su usufructo está latente sobre todos los bienes de la herencia, hasta su concreción sobre bienes determinados, o su conmutación por otros medios de satisfacción de la legítima”.

⁶⁷⁴ El divorcio extingue el matrimonio y, con él, cualquier derecho sucesorio recibido en calidad de cónyuge viudo. Existe polémica entre la doctrina, sin embargo, sobre la validez de las disposiciones testamentarias realizadas a favor del cónyuge cuando, tras el otorgamiento del testamento, los cónyuges se divorciaron, pero el testamento no fue modificado ni contiene ninguna previsión al respecto. Ver GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Institución hereditaria a favor del cónyuge y ulterior divorcio. Comentario a la STS de España Núm. 593/2018, de 28 de septiembre (CENDOJ: ROJ STS 3263/2018)”, *Revista Boliviana de Derecho*, Núm. 28, 2019, pp. 498-513.

⁶⁷⁵ Ver por todos, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada...*, op. cit. pp. 279-280.

⁶⁷⁶ Tras la reforma por Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria y de acuerdo con el nuevo artículo 82 CC, la separación puede tramitarse ante un juez o, en ciertos casos, mediante convenio regulador ante el Secretario judicial o el notario, por lo que se substituye la referencia “separación judicial” por “separación legal”.

⁶⁷⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, op. cit., p. 160.

Esta paridad, sin embargo, no ha existido siempre, habiendo sido la norma objeto de varias reformas, así como causa de controversia y dudas interpretativas⁶⁷⁸.

La redacción del artículo 834 CC fue significativamente modificada en 2005 por la Ley 15/2005 por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio y, más recientemente en 2015 por la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, para adaptarlo a la nueva “separación notarial”. La redacción anterior a la reforma de 2005 provenía de la ley de 24 de abril de 1958, época en la que la separación de hecho no tenía lugar en nuestro ordenamiento, siendo el presupuesto subjetivo que el viudo no estuviese separado judicialmente, o si lo estuviere, fuese por culpa del cónyuge difunto⁶⁷⁹. Este concepto culpabilista de la separación matrimonial fue eliminado por la Ley 30/1981, de 7 de julio; sin embargo, dicha ley no modificó el texto del artículo 834 CC, que mantuvo la

⁶⁷⁸ Salvando las distancias de contexto normativo, resulta de interés para este trabajo señalar que, bajo el Derecho inglés, la separación de hecho no afecta a los derechos sucesorios del cónyuge viudo. En la sucesión intestada, el cónyuge o pareja civil está legitimado para reclamar sus derechos sucesorios siempre y cuando no exista sentencia firme de divorcio, de separación judicial o de disolución de la pareja, a pesar de que la separación continúe en el momento de la muerte del causante (*Matrimonial Causes Act 1973*, art.18(2) y *Partnership Act 2004*, art. 57). Bajo la normativa de la *Family Provision*, que permite reclamar una porción de la herencia en caso de que la distribución hereditaria del patrimonio del causante, ya sea testada o intestada, hubiera dado lugar a un resultado injusto o irracional, el cónyuge o pareja civil está legitimado para interponer una reclamación siempre que no exista sentencia firme de divorcio o disolución. Incluso en caso de separación judicial, el supérstite podrá reclamar a menos que, en el momento de dicha separación, el causante hubiera obtenido una orden judicial prohibiendo expresamente a su cónyuge la posibilidad de reclamar a cargo de su herencia (*The Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*, arts. 1(1) y 15). SLOAN, Brian, *Borkowski's ...*, op. cit., pp. 22 y 267.

Resulta también de interés que el 6 de abril de 2022 entró en vigor la *Divorce, Dissolution and Separation Act 2020*, que puso fin al sistema de divorcio culpabilista que aún se aplicaba en Inglaterra, a pesar de que hacía años que se reclamaba su reforma. La nueva ley permite a los cónyuges divorciarse pasados seis meses desde la fecha del matrimonio, sin tener que culpar a una de las partes (el denominado *no fault divorce*). Anteriormente, para poder divorciarse sin alegar culpa (adulterio, abandono, etc.), la pareja debía de llevar dos años separada de mutuo acuerdo o cinco años separada sin mutuo acuerdo.

⁶⁷⁹ La ley de 1958 reformó el texto original del Código civil, introduciendo la posibilidad de la separación judicial. Antes de esta reforma, el cónyuge supérstite solo perdía su condición de legitimario si se hallaba divorciado, aunque la conservaba si el divorcio había sido por culpa del causante. Como explicaba CASTÁN TOBEÑAS, la prueba de la culpabilidad venía recogida en la sentencia de divorcio correspondiente; si se hallaren separados los cónyuges por demanda de divorcio, había que esperar el resultado del pleito; y si entre los cónyuges divorciados hubiere mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservaba sus derechos, de acuerdo con el entonces artículo 834 CC. Observa CASTÁN que el divorcio revela una falta de estimación entre los esposos que debe conllevar la privación del usufructo viudal, “pero adaptándose al principio jurídico de la personalidad de la pena, el legislador la impone sólo al culpable”. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español*, op. cit., p. 544.

referencia a la culpa del causante como reminiscencia de un sistema de separación ya superado, hasta la reforma de 2005⁶⁸⁰. De este modo, el régimen de separación matrimonial contemplado en el sistema anterior a 1981, un régimen basado en la idea del matrimonio indisoluble y la separación por culpa de uno de los cónyuges, se proyectó más allá de la reforma que supuestamente ponía fin a un sistema que ya no reflejaba la realidad de la sociedad de la época⁶⁸¹.

Esta aparente incongruencia generó una profunda controversia entre la doctrina. Algunos autores aseguraban que la referencia a la culpa en el artículo 834 CC era necesariamente irrelevante, ya que no tenía lugar en un ordenamiento en el que el sistema de separación-sanción estaba superado e incluso la recepción de la pensión compensatoria era independiente de cualquier noción de culpabilidad del cónyuge receptor de la misma⁶⁸². Estos autores también apuntaban a la reforma del artículo 945 CC por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, conforme al cual el cónyuge no era llamado a la sucesión intestada si se hallaba separado judicialmente o de hecho, siempre que ésta última fuera de mutuo acuerdo y que la separación constara fehacientemente⁶⁸³. Así, en agudo contraste con el artículo 834 CC, no modificado en 1981, el nuevo artículo 945 CC no contenía referencia alguna a la culpa y admitía la relevancia de la separación de hecho, si bien cualificada. Muchos autores apuntaron a este hecho y argumentaron que el artículo 834 CC debía ser interpretado a la luz del modificado artículo 945 CC y de una realidad social que ya

⁶⁸⁰ PÉREZ ESCOLAR, Marta, "Incidencia de la ley 15/2005, de 8 de julio, en los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2008, p. 187. Para un análisis más profundo de la evolución del artículo 834 CC y su interacción con el artículo 945 CC, ver PEREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., pp. 347-416; EGUSQUIZA BALASEDA, M^o Ángeles, *Sucesión legal...*, op. cit., *in totum* (incluye un análisis de la jurisprudencia relevante).

⁶⁸¹ EGUSQUIZA BALASEDA, M^a Ángeles, *Sucesión legal ...*, op. cit., p. 45.

⁶⁸² Ver referencias y análisis de las diferentes posturas doctrinales en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, "Incidencia de las crisis matrimoniales en el Derecho de sucesiones", *Actualidad Civil*, XIII, 2006, pp. 1525-1554.

⁶⁸³ Entre otras, ver la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 26 enero 2001 (JUR 2001, 82950): "constituyen las normas que regulan el llamamiento de los herederos *ab intestato* una búsqueda de cuál hubiera sido la voluntad del causante si hubiera podido testar, y por ello se establece un orden en los llamamientos con preferencia de las personas que, por razón de parentesco o por el origen de los bienes, se consideran en el orden de la afectividad y de los intereses más cercanos a él, y es por ello por lo que en los casos de separación de hecho de mutuo acuerdo se excluye al cónyuge viudo, pues no puede pretender estar ligado con el causante quien ha decidido vivir separado de él, fuera de la órbita de sus afectos e intereses."

no entendía de culpas en las crisis matrimoniales, sosteniendo que también el derecho a la legítima viudal debía perderse en caso de separación judicial o de hecho, independientemente de quién tuviera la culpa de la ruptura⁶⁸⁴.

Otros autores, sin embargo, argumentaron a favor de la literalidad del precepto aludiendo a la diferente finalidad y fundamento de la sucesión testada e intestada⁶⁸⁵, que justificaba que el legislador contemplase una regulación distinta para cada una de ellas, siendo así que la separación de hecho causaba la pérdida del derecho a ser llamado a la sucesión intestada del causante, pero no causaba la pérdida del derecho a la legítima viudal, que sólo desaparecía mediando separación judicial en la que no constara la culpa del causante⁶⁸⁶. Así lo recogió, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2005, que estimó la pérdida del derecho a legítima viudal del cónyuge supérstite separado, justificando su decisión en el hecho

⁶⁸⁴ Ver referencias a las diferentes posiciones doctrinales en FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, "La inacabada reforma...", op. cit., pp. 267-268 y en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, "Incidencia de las crisis matrimoniales...", op. cit., pp. 1525-1554.

⁶⁸⁵ Esta fue también la posición adoptada por los tribunales. Ver, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª, 22 de octubre de 2010 (AC 2010, 1816): "Es cierto que una cosa es la sucesión abintestato, basada en la presunta voluntad del causante de disponer de sus bienes entre sus parientes más próximos, y otra distinta la sucesión forzosa (sistema legitimario), que es un derecho necesario con la finalidad pretendida de proteger jurídicamente al cónyuge viudo, haciéndole acreedor a una vida digna, al tiempo que permite la cohesión del grupo familiar, por lo que se ha negado buscar una razón de analogía entre los arts. 945 y 834 del CC." (Fundamento de Derecho tercero).

⁶⁸⁶ Vid. FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, "La inacabada reforma...", op. cit., pp. 267-268; PÉREZ ESCOLAR, Marta, "Incidencia de la Ley 15/2005...", op. cit., pp. 189-190; este punto de vista fue desarrollado por PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., pp. 360-361: "...no parece difícil, a mi juicio, encontrar la motivación que pudiera haber guiado al legislador en el establecimiento de esta diferencia de criterio en algo tan evidente como es el distinto fundamento de uno y otro derecho, pues si la sucesión intestada tiene en la voluntad presunta del causante uno de sus soportes básicos mientras que la institución legitimaria aparece predominantemente guiada por consideraciones de orden familiar que giran en torno a la idea de la existencia de un deber ético o moral hacia los próximos que el ordenamiento trata de reflejar jurídicamente desde el punto de vista sucesorio en la obligación en que la misma consiste, resulta en principio lógico que se establezcan menores trabas a la pérdida de la primera, puesto que se presume que el causante no habría querido que la persona de la que se ha separado se convirtiera en su heredero legal, que de la segunda, con respecto a la cual se puede pensar en la permanencia, aun a pesar de la separación, de un cierto deber de contribuir al bienestar del otro cuando la crisis matrimonial fue imputable, en un sistema culpabilista de separación como el que imperaba con anterioridad a la ley 30/1981, al cónyuge cuya muerte es la que genera la apertura de la sucesión. A la inversa, la pérdida de la legítima por el consorte declarado culpable de la separación operaba a modo de castigo derivado del hecho de haber fomentado, ayudado, o directamente, provocado, en la concepción del Código de esta época, la situación de anormalidad en que se encontraba el matrimonio cuando se produjo el fallecimiento del cónyuge, teóricamente, inocente...".

de que la sentencia de separación no atribuía la culpa de la separación al causante⁶⁸⁷. El mismo argumento, pero en sentido contrario, fundamentó la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de marzo de 2005, que declaró que el cónyuge “inocente” conservaba su derecho a legítima cuando la separación tuviera como causa un hecho culpable atribuible al fallecido⁶⁸⁸.

La reforma de los artículos 834 y 945 CC por la Ley 15/2005, respondió a la demanda generalizada por parte de la doctrina de mayor claridad en este ámbito y resolvió buena parte de las dudas interpretativas. En concreto, estableció como presupuesto subjetivo del supérstite, tanto en relación a la legítima como al llamamiento *ab intestato*, que en el momento de la muerte del causante los cónyuges no estuvieran separados “legalmente o de hecho”. A pesar de que esta clarificación fue bien recibida, el reconocimiento de la separación de hecho como causa de pérdida de la legítima ha generado nuevos debates. Indudablemente, la importancia del reconocimiento de la separación de hecho en esta sede es profunda: si la cualidad de legitimario se pierde a consecuencia de la separación de hecho, debe entenderse que lo que causa la desaparición del derecho a legítima es el cese de la convivencia conyugal.

⁶⁸⁷ Fundamento de Derecho quinto, STS (RJ 2005, 2912): “El decreto de separación conyugal dictado por el obispado de Lausana, Ginebra y Friburgo, inscrito en el Registro Civil de Ortigueira, no contiene declaración alguna sobre culpa de los cónyuges en la causa de separación, por lo que es correcta la aplicación por el Tribunal de instancia del art. 834 del Código civil que sólo reconoce al cónyuge separado el derecho de usufructo sobre el tercio de mejora, concurriendo con hijos o descendientes del difunto, cuando estuvieran separados por culpa del difunto, culpa que ha de estar declarada en la sentencia de separación y que en este caso no consta.”

⁶⁸⁸ La resolución 2/2005 de la DGRN (RJ 2005, 3479) reconoció el derecho a legítima del supérstite, citando el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales del marido fallecido (antiguo art. 82 CC). En concreto, el Fundamento de Derecho segundo dice: “la regulación actualmente vigente de la separación y su coordinación con el artículo 834 del Código civil (LEG 1889, 27) suponen que, si bien la regla general es que la separación trae consigo la pérdida de la legítima para los cónyuges, ello tiene la excepción de la conservación de tal derecho para el cónyuge inocente cuando dicha separación tenga como causa un hecho culpable atribuible al fallecido. Es cierto, como dicen los recurrentes, que hoy día la idea de la separación-sanción se va sustituyendo por la de separación remedio u objetiva, pero no puede dejarse de lado que en nuestro Código civil persisten uno y otro sistema, y la generalidad de la doctrina es concorde en el sentido de que la causa recogida en el artículo 82-1.^a es una causa que sigue el primero de los sistemas, por lo que el cónyuge fallecido ha sido declarado culpable de la separación por la sentencia que decretó la misma, y, en consecuencia, su viuda conserva los derechos legitimarios como resulta palmariamente del artículo 834 del Código civil.”

La dificultad radica en identificar cuándo la separación de hecho, es decir, un cese de la convivencia que no necesita estar ratificado por sentencia judicial ni constatado fehacientemente, tiene la suficiente relevancia como para excluir el derecho a suceder del supérstite, tanto en el usufructo legitimario como *ab intestato*⁶⁸⁹. Parte de la doctrina identifica la separación de hecho a la que se refiere el artículo 834 CC (y en la sucesión intestada el art. 945 CC) con la quiebra de la *affectio maritalis*, mientras que otra parte de la doctrina habla de un cese efectivo de la convivencia. Otros autores requieren ambos requisitos, ya que el cese de la convivencia puede no conllevar separación si se mantiene la *affectio maritalis* que caracteriza la institución matrimonial y constituye la base del deber moral de asistencia al cónyuge que justifica la institución de la legítima viudal⁶⁹⁰. De acuerdo con FERNÁNDEZ CAMPOS, dado que la comunidad de vida es la esencia del matrimonio y, por lo tanto, fundamento del llamamiento legitimario al cónyuge supérstite, se puede concluir que no hay matrimonio cuando no haya voluntad de constituir una comunidad de vida, independientemente de que medie separación judicial o formalización documental, siempre y cuando exista una situación prolongada en el tiempo que muestre de forma inequívoca la voluntad de los cónyuges⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ Ver, en este sentido, FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “La inacabada reforma...”, op. cit., pp. 271 y ss.

⁶⁹⁰ PÉREZ ESCOLAR, Marta, “Incidencia de la ley 15/2005...”, op. cit., p. 188. Como apunta MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada...*, op. cit., p. 281, “no existirá separación de hecho, aunque los cónyuges no estén físicamente juntos o estén viviendo en domicilios separados por razones variadas siempre que ‘conserven el *animus* de reunirse cuando están ausentes [pues] la separación matrimonial surge cuando la convivencia así entendida desaparece, cuando los miembros de la pareja se apartan entre sí con la intención –de ambos o de uno– de no compartir su vida en adelante [SAP Baleares de 2 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 22179)]”.

⁶⁹¹ FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “La inacabada reforma...”, op. cit., p. 274. En opinión de este autor, la reforma de 2005 ha dado excesiva relevancia a la separación de hecho en relación a la sucesión forzosa y afirma que, “a diferencia del papel que la separación de hecho puede jugar en el ámbito de la sucesión intestada, en la medida en que su fundamento descansa en la voluntad presunta del difunto, en la sucesión forzosa, el llamamiento al cónyuge viudo debe compartir las mismas condiciones que el llamamiento al resto de legitimarios. En consecuencia, respecto de la sucesión intestada (...) permiten suponer que, en ese momento, de haber otorgado testamento el causante, no habría contemplado al cónyuge como sucesor (...). En cambio, la sucesión forzosa viene revestida de otras formalidades, de modo que dar carta de naturaleza a toda separación de hecho, cualquiera que sea su constancia y su causa, significa un elemento extraño en la economía interna de la regulación de los derechos legitimarios” (pp. 274-275).

Lo cierto es que la mayoría de la doctrina considera que la reforma introducida por el legislador en 2005 aumentó la seguridad jurídica del sistema sucesorio. Asimismo, introdujo en la norma una coherencia necesaria, al equiparar los supuestos subjetivos que privan al cónyuge viudo de su derecho legitimario y del llamamiento a la sucesión intestada, reconociendo que ambos derechos tienen un fundamento convivencial y no conyugal, que se sustenta en una presunción de afecto en el caso de la sucesión intestada y en un supuesto deber moral en el caso de la legítima⁶⁹². No obstante, tal y como apunta ESPEJO LERDO DE TEJADA, el reconocimiento de la separación de hecho como causa de pérdida de la legítima es también susceptible de convertirse en fuente de abundante litigiosidad, ya que su carácter fáctico hace que sea fácil de alegar por los coherederos, pero su verdadera existencia o no, es difícil de probar, sobre todo debido a la falta de claridad legislativa en relación a los elementos que integran este tipo de separación, que presenta gran variedad de formas e intensidades en la práctica⁶⁹³.

La Ley 15/2005 también modificó el artículo 835 CC con respecto a la reconciliación de los cónyuges separados judicialmente y dispuso que, “[s]i entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación o al Notario que otorgó la escritura pública de separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos”. El precepto, por lo tanto, exige que la reconciliación haya sido notificada al Juzgado o al Notario, según el caso, para que el supérstite conserve (o, habiéndolos

⁶⁹² PÉREZ ESCOLAR, Marta, “Sucesión intestada...”, op. cit., p. 1673. A pesar de que la doctrina coincide en que la reforma acabó con la anterior situación de inseguridad jurídica, no todos coinciden con el acierto de la redacción actual del artículo 834 CC. Vid. FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “La inacabada reforma...”, op. cit., p. 276: “...la nueva redacción dada tanto al art. 834 del Código civil para regular el llamamiento a la sucesión forzosa, como la dada al art. 945 para el llamamiento a la sucesión intestada, ha zanjado la polémica doctrinal sobre si la diferente función de estas sucesiones justificaba un diferente régimen de condiciones para el cónyuge viudo (...). Otra cosa es que tal solución unificadora (que resuelve la discrepante e indeseable interpretación judicial del art. 834) merezca la aprobación de nuestra doctrina en cuanto a la relevancia que se le ha dado a la separación de hecho”.

⁶⁹³ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *Tendencias reformistas en el Derecho español de sucesiones, Especial consideración al caso de las legítimas*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, p. 22. Ante esta falta de claridad jurídica, el autor propone que la separación de hecho mantenida en el tiempo vuelva a ser, simplemente, una posible causa de desheredación, quedando en manos del testador invocarla o no, como manifestación del incumplimiento de los deberes conyugales o, alternativamente, que el legislador concrete mejor qué tipo de separación de hecho priva de legítima (pp. 23-24).

perdido con la separación, tal vez sea más acertado decir, recupere) sus derechos legitimarios. La intención del legislador al establecer este requisito fue garantizar la seguridad jurídica evitando posibles problemas derivados de las llamadas “reconciliaciones tácitas” que podrían dar lugar a controversias sobre la efectividad de la reconciliación⁶⁹⁴.

Sin embargo, comparto la opinión de las autoras que observa que la exigencia de notificación introduce ciertas incoherencias en el sistema sucesorio que podrían haberse evitado con la supresión del artículo 835 CC⁶⁹⁵. Por un lado, se plantea la duda de si debe exigirse notificación en la sucesión intestada, en cuya sede no se menciona nada al respecto. Por otro lado, el legislador otorga por primera vez relevancia al presupuesto convivencial en el artículo 834 CC, reconociendo que la separación de hecho es causa de pérdida de los derechos legitimarios del cónyuge, pero inmediatamente parece negarle dicha relevancia al requerir que la reconciliación sea notificada al Juzgado o al Notario. Este requerimiento no tiene sentido en un contexto de separación de hecho.

Según PÉREZ ESCOLAR, “si la reconciliación conyugal se produce, el derecho a legítima del cónyuge que sobrevive es una exigencia de justicia material que deriva del fundamento de la institución, que pivota sobre la base de la existencia de una relación de proximidad muy acentuada entre causante y legitimario. Tal exigencia de justicia material entiendo que debe prevalecer sobre el principio de seguridad jurídica”⁶⁹⁶. También apunta la doctrina que la reconciliación se da cuando los cónyuges reanudan la vida conyugal con voluntad de volver a asumir los deberes conyugales y de reiniciar, con vocación de permanencia, el proyecto de vida en común⁶⁹⁷. La notificación al Juzgado de dicha reconciliación no es constitutiva y, por lo tanto, tampoco debe ser imprescindible para que el cónyuge supérstite conserve

⁶⁹⁴ PÉREZ ESCOLAR, Marta, “Incidencia de la Ley 15/2015...”, op. cit., p. 191.; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, “Incidencia de las crisis matrimoniales...”, op. cit., pp. 1525-1554.

⁶⁹⁵ PÉREZ ESCOLAR, Marta, “Incidencia de la Ley 15/2015...”, op. cit., pp. 191-193; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada...*, op. cit., pp. 282-286.

⁶⁹⁶ PÉREZ ESCOLAR, Marta, “Incidencia de la Ley 15/2005...”, op. cit., p. 192.

⁶⁹⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Bercal (5ª edición), Madrid, 2018, p. 93.

sus derechos legitimarios al fallecer su consorte. En este sentido, MARTÍNEZ MARTÍNEZ considera que lo dispuesto en el artículo 835 CC no excluye el derecho a legítima cuando se produce la reanudación de la convivencia con *affectio maritalis* de ambos cónyuges, aunque no haya sido notificada al Juzgado o al Notario correspondiente⁶⁹⁸.

3.4. Atribución en la sucesión intestada

La legítima, como institución de derecho necesario que no puede ser derogada ni lesionada por la voluntad de los particulares, le corresponde al cónyuge viudo tanto en la sucesión testada como en la intestada⁶⁹⁹. Tal y como apunta VALLET DE GOYTISOLO, “no sería racional estimar que la ley se desentiende supletoriamente *ab intestato* de aquello mismo que impone forzosamente a la voluntad del testador”⁷⁰⁰. Esta afirmación que puede parecer obvia, históricamente no siempre lo ha sido.

Parece que no debería de haber existido duda al respecto de la aplicabilidad de la legítima viudal en la sucesión intestada, ya que la Base 17 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 estableció la legítima viudal en términos generales, sin distinguir entre sucesión testada, intestada o mixta. Tal y como lo recordaba ALONSO MARTÍNEZ, se acordó que “en todo caso, con testamento o sin él e independientemente de la voluntad del testador, por ministerio de la ley, el viudo o viuda ha de tener en la herencia de su consorte difunto el usufructo de una porción igual a la legítima de los hijos...”⁷⁰¹. Sin embargo, la desafortunada redacción del entonces artículo 953 CC generó dudas entre la doctrina sobre la vigencia del

⁶⁹⁸ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada...*, op. cit., p. 285: “En nuestra opinión, después de la reforma por Ley 15/2015 (LJV), y lo mismo valía después de la reforma por Ley 15/2005, lo dispuesto en el artículo 835 CC no es más que una constatación para los supuestos que prevé y no excluye el mismo efecto (derecho a legítima) cuando se produzca la mera reanudación de la convivencia con *affectio maritalis* de ambos cónyuges, aunque no haya sido notificada ni al Juzgado ni se haya otorgado escritura pública notarial o actas de manifestación ante el Notario correspondiente”. En el mismo sentido se expresa PÉREZ ESCOLAR, Marta, “Incidencia de la Ley 15/2005...”, op. cit., p. 192. Ver la opinión contraria en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, “Incidencia de las crisis matrimoniales...”, op. cit., pp. 1525-1554.

⁶⁹⁹ PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., p. 277.

⁷⁰⁰ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Limitaciones de Derecho...*, op. cit., p. 157.

⁷⁰¹ ALONSO MARTÍNEZ, Manuel, *El Código civil en relación con ...*, op. cit., p. 295.

usufructo viudal en la sucesión intestada cuando el viudo concurría con parientes del causante en línea recta. El citado precepto preveía que en defecto de descendientes y ascendientes eran llamados por ley a heredar los hermanos e hijos de hermanos del causante con preferencia al cónyuge viudo, pero éste “tendrá derecho a percibir, en concurrencia con éstos, la parte de herencia en usufructo que le está señalada en el artículo 837”. Esta declaración sobre la aplicabilidad de la legítima viudal al caso específico de concurrencia con los colaterales privilegiados generó confusión sobre si la protección legitimaria existía también en caso de concurrir con parientes en línea recta, ya que el Código guardaba silencio a este respecto⁷⁰². A pesar de que, como afirmó PUIG BRUTAU, una interpretación racional llevaba a la afirmación de que el cónyuge goza de los mismos derechos como legitimario en la sucesión testada y en la intestada, independientemente de con quién concurra⁷⁰³, hubo que esperar a la reforma introducida por la Ley de 24 de abril de 1958 para que se aclarara finalmente la situación introduciendo en el hoy derogado artículo 953 la frase “legítima que *en todo caso* corresponde al viudo en la sucesión intestada” (énfasis añadido)⁷⁰⁴.

No hay duda, por lo tanto, de la aplicación de la legítima viudal en la sucesión *ab intestato*, pero, además, debe subrayarse la importantísima función que cumple, al garantizar al superviviente una participación mínima, no sólo cuando él mismo sea el heredero legal de acuerdo con el artículo 944 CC, sino en el supuesto de concurrencia con descendientes o ascendientes del causante. Y es que hay que tener en cuenta que, en la sucesión legal del Código civil, todos los descendientes y todos los ascendientes son llamados antes que el cónyuge superviviente, por lo que, a falta de legítima, la posición del cónyuge sería ciertamente precaria⁷⁰⁵.

⁷⁰² Para un análisis en más profundidad sobre las diferentes opiniones doctrinales de la época, ver PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge superviviente...*, op. cit., pp. 277-284.

⁷⁰³ PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil...*, op. cit., p. 130.

⁷⁰⁴ Tal y como apunta CARCABA FERNÁNDEZ, María, *Los derechos sucesorios...*, op. cit., p. 65, la razón de reconocer la aplicación del derecho legitimario en la sucesión intestada “es lógica, porque si al cónyuge viudo no se le reconociera derecho a una cuota legitimaria en el caso de la sucesión intestada, bastaría con no hacer testamento para privar al consorte de sus derechos legitimarios, desheredándole de hecho, aunque no estuviere incurso en ninguna de las causas de desheredación que el Código contempla”.

⁷⁰⁵ La sucesión intestada del cónyuge viudo se trata en el epígrafe 5.

3.5. Función de la legítima viudal y su relevancia en la sociedad actual

Veámos en el apartado relativo a la evolución histórica de los derechos sucesorios del cónyuge que originariamente se reconoció un derecho que garantizase la subsistencia de la viuda “necesitada” en forma de *quarta uxoria*. Años más tarde, cuando el Código civil concedió tanto al viudo como a la viuda el derecho a legítima, parte de la doctrina consideró que era un derecho que sólo debía otorgarse cuando fuera necesario para asegurar al supérstite su sustento y el mantenimiento de su posición social⁷⁰⁶. Sin embargo, la doctrina pronto rectificó en su interpretación, reconociendo al cónyuge como “verdadero legitimario”, con derecho a una cuota hereditaria en todo caso, independientemente de su condición económica, del número de hijos que tuviera o incluso de si tenía o no descendencia⁷⁰⁷. Este derecho, sin embargo, está fuertemente condicionado por los derechos concedidos a los otros legitimarios y, en particular, a los hijos y descendientes del causante que gozan de absoluta prioridad en el sistema impositivo de legítimas del Código civil⁷⁰⁸. La pregunta es si este sistema, diseñado hace más de un siglo para una sociedad de características socioeconómicas y demográficas muy distintas, ofrece hoy en día una protección adecuada al consorte del premuerto. Sin pretender obviar la complejidad de la cuestión, sin duda repleta de aristas, creo que no resultará polémico adelantar que considero que la legítima del cónyuge viudo no cumple, en la actualidad, la función que se le presupone. Más debatible, sin duda, serán las opiniones que se expresan a continuación sobre su posible reforma.

⁷⁰⁶ FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “Usufructo legitimario...”, op. cit., pp. 5-6.

⁷⁰⁷ FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “¿El usufructo como legítima...?”, op. cit., pp. 439-440.

⁷⁰⁸ MAGRO SERVET describe la situación de la siguiente manera: “Los hijos y descendientes tienen unos derechos hereditarios exorbitantes en el Código civil que les hacen acreedores de un derecho superior, incluso, al de la propia madre que se convierte en viuda del causante, ya que el Código civil antepone los derechos hereditarios de los hijos descendientes respecto del cónyuge viudo, al que solo reconoce el usufructo del tercio destinado a mejora” en MAGRO SERVET, Vicente, “El maltrato psicológico de hijos a padres con causa de desheredación (Nuevo criterio del Tribunal Supremo interpretando la causa de desheredación del art. 853.2 CC”. ELDERECHO.COM, *Lefebre*, <https://elderecho.com/el-maltrato-psicologico-de-hijos-a-padres-como-causa-de-desheredacion-nuevo-criterio-del-tribunal-supremo-interpretando-la-causa-de-desheredacion-del-art-853-2-cc>

Cualquier reflexión sobre la legítima vidual debe ubicarse necesariamente dentro de un debate más amplio que cuestione si el sistema legitimario del Código civil es aún adecuado para responder a las necesidades de la sociedad actual, planteándose la necesidad de reformar el sistema o incluso la posibilidad de suprimir la institución⁷⁰⁹. El debate es complejo y ha sido objeto de abundante análisis doctrinal⁷¹⁰. Incluso el Ministerio de Justicia reconoció en 2019 que el Código civil español debe plantearse una reforma del Derecho sucesorio y encomendó a la sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación la realización de un estudio sobre los regímenes sucesorios de legítimas y libertad de testar, con idea de que su resultado sirva de base a una futura reforma⁷¹¹. El debate es, sin duda, amplio y complejo, por lo que un tratamiento adecuado del mismo desborda las fronteras

⁷⁰⁹ VERDERA SERVER, Rafael, *Contra la legítima*, op. cit., pp. 249-250, sintetiza bien la cuestión planteando las siguientes preguntas: “¿el mantenimiento del sistema actual del Código Civil español responde a lo que la sociedad requiere de su ordenamiento sucesorio? ¿Da respuesta a sus problemas o crea más problemas de los que resuelve? A pesar de sus dificultades, ¿conviene modificar, sea parcial, sea totalmente, el sistema de legítimas? ¿Tiene nuestro sistema actual la flexibilidad suficiente para ajustarse a la diversidad social y familiar?”

⁷¹⁰ Aportaciones de obligada cita incluyen, VERDERA SERVER, Rafael, *Contra la legítima*, op. cit., in totum; VAQUER ALOY, Antoni, “Derecho a la legítima e intereses subyacentes”, en *La libertad de testar y sus límites*, Antoni Vaquer Aloy, M^a Paz Sánchez González, y Esteve Bosch Capdevila (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 63-81; VAQUER ALOY, Antoni, “Acerca del fundamento de la legítima”, *InDret*, 4/2017, pp. 1-28; CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Freedom of Testation, Legal Inheritance Rights and Public Order under Spanish Law”, en *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, M. Anderson y E. Arroyo (eds.), Europa Law Publishing, 2011, pp. 283-293; PARRA LUCÁN, María Ángeles, “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, 2009, pp. 481-554; VAQUER ALOY, Antoni, “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *InDret*, 3/2007, pp. 1-25; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “Una propuesta de política...”, op. cit., pp. 13-171; GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Una propuesta doctrinal...”, op. cit.; GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Las legítimas en la propuesta de reforma de la asociación de profesores de Derecho Civil”, en *Retos y oportunidades del Derecho de sucesiones*, Cristina Villó Travé (dir.), Aranzadi Thomson Reuters, España, 2019, pp. 47-73; CAÑIZARES LASO, Ana, “Legítimas y libertad de testar”, en *Estudios de derecho de sucesiones. Liber Amicorum. Teodora Felipa Torres García*, Andrés Domínguez Luelmo y M^a Paz García Rubio (dir.), La Ley, Las Rozas, 2014, pp. 245-269; ROCA TRÍAS, Encarna, “Una reflexión sobre la libertad de testar”, en *Estudios de derecho de sucesiones. Liber Amicorum. Teodora Felipa Torres García*, Andrés Domínguez Luelmo y M^a Paz García Rubio (dir.), La Ley, Las Rozas, 2014, pp. 1245-1266; GARCÍA GOLDAR, Mónica, *Las legítimas en los derechos autonómicos y su reforma en el Código civil*, Andavira, Santiago de Compostela, 2020; BARRIO GALLARDO, Aurelio, “Atemperar la rigidez de la legítima”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Núm.21, 2007, pp. 1-33; FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura, “La libertad de testar...”, op. cit., pp. 491-518; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a Paz, “Límites constitucionales a la libertad de testar”, en *La libertad de testar y sus límites*, Antoni Vaquer Aloy, M^a Paz Sánchez González, y Esteve Bosch Capdevila (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 7-38.

⁷¹¹ Orden de 4 de febrero de 2019, por la que se encomienda a la sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación el estudio de los regímenes sucesorios de legítimas y libertad de testar, Ministerio de Justicia, <https://www.mjusticia.gob.es/es/areas-tematicas/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/propuestas>

de este trabajo. No obstante, con el fin de contextualizar la cuestión que aquí nos interesa, la idoneidad de la legítima del cónyuge supérstite, los próximos párrafos recogen los principales argumentos del debate reformista.

Partimos de la premisa de que el Derecho de sucesiones del Código civil se diseñó para responder a las necesidades de la sociedad de finales del siglo XIX, por lo que es obvio que se han dado numerosos y profundos cambios que han transformado las circunstancias económicas, sociales y familiares de la sociedad española. Sin embargo, el Código sigue legislando en base a una familia estructurada exclusivamente en torno al parentesco derivado de la filiación y del matrimonio, sin contemplar la posibilidad de otras formas alternativas de convivencia y anteponiendo la relación filial a cualquier otro tipo de relación del causante, incluida la matrimonial⁷¹². Pero el modelo de familia extensa multigeneracional ya no existe, habiendo sido sustituido por un modelo de familia nuclear que se ha consolidado y que, a su vez, coexiste con otros modelos de convivencia como la familia monoparental, las uniones del mismo sexo, las uniones estables más o menos formalizadas, con o sin hijos, las familias recompuestas, o los hogares unipersonales. La aparición de estos nuevos cánones hace reflexionar sobre la relevancia de un sistema de legítimas centrado exclusivamente en modelos familiares que ya no reflejan la diversidad presente en la sociedad.

A la vista de estos cambios, debemos cuestionarnos si la institución de la legítima cumple hoy en día la función asistencial de solidaridad intergeneracional que satisfacía en el pasado y que es considerada mayoritariamente como fundamento de su existencia⁷¹³. En la sociedad de 1889, la corta esperanza de vida de la población y la posición marginal que la mujer ocupaba en la sociedad, hacían que frecuentemente el causante varón, cabeza de familia y posiblemente única fuente de

⁷¹² REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, “La actualización del Derecho sucesorio...”, op. cit., pp. 24-26. Apunta REBOLLEDO que “existe por parte de los hijos y descendientes un derecho a la herencia (legítima) que está concebido más como un derecho inherente a la propia filiación que derivado de las efectivas y afectivas relaciones familiares. La fuerza de ese derecho legitimario es tal que condiciona todas las actuaciones económicas del causante (...), y no sólo en relación con terceros sino también respecto de los propios integrantes del grupo familiar (cónyuge e hijos)” (p. 25).

⁷¹³ Ver un cuestionamiento a la solidaridad intergeneracional como fundamento actual de la legítima en VAQUER ALOY, Antoni, “Acerca del fundamento de la legítima”, op. cit., *in totum*.

ingresos, dejara tras su muerte mujer e hijos menores sin otros ingresos que los que recibieran del patrimonio hereditario que, por otro lado, a menudo estaba compuesto por los bienes de producción esenciales para la subsistencia de la familia. Como venimos insistiendo, la situación ha cambiado, con la excepción de que el cónyuge supérstite sigue siendo mayoritariamente mujer⁷¹⁴. Por un lado, hoy en día la herencia consiste principalmente en bienes obtenidos por el trabajo individual y la familia ya no es un instrumento de conservación y transmisión del patrimonio⁷¹⁵. Por otro lado, la esperanza de vida ha aumentado considerablemente y, por lo tanto, también la edad del causante medio, y la de sus beneficiarios⁷¹⁶. Como apunta VAQUER ALOY, “en la mayoría de los casos, a la muerte del causante, sus ascendientes habrán fallecido o tendrán una edad muy avanzada, mientras que sus hijos estarán en una franja de edad comprendida entre los 40 y 55 años”⁷¹⁷. Por lo

⁷¹⁴ De acuerdo con los datos del último trimestre de 2021 del Instituto Nacional de Estadística (INE), el número total de viudos y viudas en España ascendió a 2.910.000 personas, de los que 2.342.400 eran mujeres y 575.600 hombres. Es decir, el 80 por ciento de las viudas en España son mujeres. Fuente: <https://www.ine.es>.

⁷¹⁵ REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, “La actualización del Derecho...”, op. cit., p. 28. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “Propuesta de política...”, op. cit., p. 86 observa que el soporte principal para la vida de las personas ya no es la herencia sino el trabajo individual y añade que “la educación, la sanidad y las pensiones cumplen las principales funciones que la transmisión de los bienes de la familia tenía hace un siglo. (...) Las grandes fortunas no se transmiten (...) por los cauces del Derecho civil de sucesiones, sino preferentemente por instrumentos de Derecho de sociedades”. En el mismo sentido, EQUSSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *Sucesión mortis causa ...*, op. cit., p. 23 apunta que “Preservar el patrimonio familiar íntegro y transmitirlo a la siguiente generación, ha dejado de ser considerada la mejor opción para atender las necesidades de la familia. (...) Hoy en día la mayor parte de las herencias se componen de bienes de uso personal, los ahorros acumulados como consecuencia del trabajo y la vivienda habitual”.

⁷¹⁶ De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística la esperanza de vida de las mujeres en España al nacer en el año 2020 es de 85,07 años mientras que la de los hombres es de 79,60 años (<https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1414#!tabs-tabla>). Si contrastamos estas cifras con los datos estadísticos presentados por VAQUER ALOY, Antoni, “Reflexiones sobre...”, op. cit., pp. 8-10 que muestran que la esperanza de vida en 1900 que era de 35 años, vemos que la población vive actualmente una media de 40 años más que en la época en la que se redactó el Código civil. Si tomamos el dato aportado por VERDERA SERVER, Rafael, *Contra la legítima*, op. cit., p. 105, en relación a la esperanza de vida en el tercer cuarto del siglo XIX, la edad se reduce a los 30 años, ampliando aún más la diferencia con la situación actual.

⁷¹⁷ VAQUER ALOY, Antoni, “Reflexiones sobre una eventual...”, op. cit., p. 9. Es interesante recordar aquí que la Comisión Legislativa del Parlamento británico se basó en esta misma reflexión (por un lado, el cónyuge supérstite de edad avanzada, generalmente mujer, y por otro, los hijos del causante, normalmente adultos con sus propios recursos económicos en el momento del fallecimiento del *de cuius*) para proponer una reforma que se resumió como “todo para el cónyuge en todos los casos” (Law Commission (Comisión Legislativa del Parlamento Británico). (1989)). *Family Law: Distribution on Intestacy, Informe N^o 187*, párrafos 22-36). Como señalamos en el primer capítulo, esta propuesta no fue adoptada por el Parlamento, pero en los años siguientes se adoptaron reformas menos radicales pero que, tomadas en su totalidad, consiguieron prácticamente el mismo resultado, esto es, favorecer al cónyuge, si no en todos, en la gran mayoría de los casos.

tanto, los hijos normalmente están en edad laboral y cuentan con recursos propios cuando son llamados a la herencia de sus progenitores y, muy posiblemente, además, ya habrán recibido en vida del causante bienes y recursos suficientes como para tener colmadas sus expectativas sucesorias. Ante este escenario, debemos plantearnos si es razonable que los hijos adultos continúen teniendo un derecho a recibir parte –y en el caso del Código civil, la mayor parte- de la herencia de sus progenitores. Desde mi punto de vista, así como los hijos y descendientes vulnerables (menores o adultos discapacitados) deben, sin duda, continuar estando protegidos por un derecho legitimario, en el caso de los hijos adultos no lo veo justificado, teniendo en cuenta, particularmente, que su cuota legitimaria reduce la parte de libre disposición que el causante podría utilizar para beneficiar, si así lo desea, a su cónyuge⁷¹⁸. Del mismo modo, tampoco veo justificación para mantener la legítima de los ascendientes, normalmente ya fallecidos en el momento de la muerte del causante⁷¹⁹.

Analicemos, por tanto, la posibilidad de excluir a los hijos adultos de la institución legitimaria, entendiendo que, de las dos supresiones propuestas (hijos adultos y ascendientes), puede ser la más cuestionable. Partimos del supuesto, mayoritariamente aceptado, de que el deber de asistencia o solidaridad intergeneracional es el fundamento de la legítima. En el lenguaje del Tribunal Constitucional alemán, a menudo citado en este contexto, “el derecho a la legítima está vinculado --al igual que el derecho a la pensión alimenticia-- a las relaciones de derecho de familia entre el testador y sus hijos y transfiere esta solidaridad entre

⁷¹⁸ En el mismo sentido se expresa FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura, “La libertad de testar...”, op. cit., p. 507, que cuestiona si está justificado que los padres de hijos adultos deban ser obligados por ley a dejarles una cuota de su patrimonio, ya que “no podemos obviar que esos hombres y mujeres de edad avanzada posean sus propios recursos, su propia independencia económica y, en definitiva, su propio sustento personal”. Es más, tal y como apunta EQUQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *Sucesión mortis causa...*, op. cit., p. 26, “hoy en día los padres no esperan a su muerte para hacer partícipes a sus hijos del patrimonio familiar. (...) los recursos familiares se invierten en vida, en su formación o los medios que les faciliten unas mejores expectativas personales y/o profesionales”. Una opinión similar puede encontrarse en VERDERA SERVER, Rafael, *Contra la legítima*, op. cit., p. 146.

⁷¹⁹ Tal y como apunta GALICIA AIZPURUA, Gorka, “En torno a la revisión...”, op. cit., pp. 13-14, en relación a la supresión de la legítima de los ascendientes en el Derecho civil vasco, la legítima de los ascendientes es, hoy en día, una figura “excepcional y de extrañísima aplicación”, ya que, a la muerte del causante sin dejar hijos, sus ascendientes normalmente ya habrán fallecido y, aunque vivan, tendrán de habitual una edad avanzada

generaciones, que se establece regularmente por la descendencia y suele estar sustentada en la convivencia familiar, al ámbito del derecho de sucesiones”⁷²⁰. Es cuestionable, sin embargo, si esta idea de solidaridad entre padres e hijos, premisa incuestionable en otros tiempos, continúa cumpliéndose hoy de forma consistente. En este sentido, algunos autores apuntan que, en la sociedad actual, una legítima que garantiza a ciertos parientes, en particular a los hijos, dos terceras partes de la herencia del causante por el simple hecho de la relación de parentesco (salvo en supuestos muy concretos de desheredación o indignidad), puede tener el efecto contrario al de la solidaridad intergeneracional que se le supone, ya que los hijos, teniendo asegurada por ley una parte importante en la herencia de sus padres, a menudo se despreocupan de ellos en los últimos años, dejando su cuidado a terceras personas a las cuales el causante no puede recompensar libremente al estar limitado por el sistema legitimario⁷²¹. En estos casos, tal y como apunta VAQUER ALOY, la

⁷²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 19 de abril de 2005 https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2005/04/rs200504_19_1bvr164400.html. “Las características estructurales de la participación de los hijos en la herencia son expresión de una solidaridad familiar que existe entre el testador y sus hijos de manera fundamentalmente indisoluble. El art. 6.1 GG protege esta relación entre el testador y sus hijos como una comunidad de por vida en la que padres e hijos no sólo tienen el derecho, sino también la obligación de responsabilizarse mutuamente, tanto material como personalmente. El derecho a la legítima está vinculado --al igual que el derecho a la pensión alimenticia-- a las relaciones de derecho de familia entre el testador y sus hijos y transfiere esta solidaridad entre generaciones, que se establece regularmente por la descendencia y suele estar sustentada en la convivencia familiar, al ámbito del derecho de sucesiones. Por lo tanto, la libertad de testar del testador está constitucionalmente sujeta, en principio, también a los vínculos de derecho de familia establecidos por la filiación. Esta obligación de atención integral mutua justifica que se asegure al hijo, mediante el derecho a la legítima, una base económica del patrimonio del progenitor fallecido incluso más allá de la muerte del testador.” Un análisis extenso de los argumentos más relevantes del Tribunal alemán en relación a la legítima puede encontrarse en VERDERA SERVER, Rafael, *Contra la legítima*, op. cit., pp. 60-66.

⁷²¹ Para una reflexión sobre la solidaridad intergeneracional como fundamento de la legítima ver VAQUER ALOY, Antoni, “Derecho a la legítima e intereses subyacentes”, op. cit., *in totum*. El autor cuestiona la solidaridad intergeneracional como verdadero fundamento de la legítima en una sociedad en la que, a menudo, la solidaridad entre generaciones es unidireccional de padres a hijos, del causante hacia los legitimarios, pero no viceversa. El autor se pregunta: “¿De qué protección de la familia estamos hablando, si se recibe una parte de la herencia incluso si no se contribuye en nada al bienestar de sus miembros?” (p. 67). Añade VAQUER que la decisión sobre cuál debe ser el fundamento de la legítima debe tener en cuenta sus implicaciones económicas, afirmando que la libertad de testar tiende a maximizar el valor de la herencia para el causante; “el mayor poder de decisión del testador otorga mayor valor a su herencia, por lo que tenderá a conservar y, si es posible, a incrementar su valor acumulando más riqueza que transferirá *mortis causa*. De hecho, una de las razones que se indican de la acumulación de riqueza en vida es disponer de bienes que transmitir a quien preste atenciones en los últimos años de su vida, quien aceptará llevarlo a cabo precisamente por la herencia que podrá recibir como recompensa. (...)” (pp. 76-77). Ver también MAGRO SERVET, Vicente, “El maltrato psicológico de hijos a padres con causa de desheredación...”, op. cit., *in totum*, con respecto a los malos tratos de hijos a padres como posible causa de desheredación.

solidaridad intergeneracional que fundamenta la institución legitimaria parece no ser recíproca sino unidireccional de padres a hijos⁷²². Si aceptamos, por tanto, que la solidaridad intergeneracional –en concreto de hijos a padres- no constituye ya una certeza tan firme como antaño y, si a esto le añadimos que, en la mayoría de los casos, los hijos reciben parte del patrimonio de sus padres en vida (sustento, estudios, apoyo económico...), creo que estaría justificado retirarles la consideración de legitimarios.

Por supuesto, no toda la doctrina opina que el sistema de legítimas se ha quedado obsoleto. Por ejemplo, ESPEJO LERDO DE TEJADA, aun reconociendo los profundos cambios sociales y, en particular, los cambios en los modelos familiares, no considera necesaria una reforma radical de la normativa actual ya que, en su opinión, la legítima recogida en el Código civil alcanza el equilibrio necesario entre la libertad de testar del causante y la protección patrimonial de la familia⁷²³.

¿Cómo afecta todo esto a la legítima del cónyuge supérstite? Para empezar, parece que su naturaleza es especial o diferente, ya que, en su caso, sí se conserva el fundamento original de la institución, entendido como deber de asistencia *post mortem* a los legitimarios⁷²⁴. Tal y como venimos diciendo, el escenario más frecuente es el de un supérstite, generalmente mujer, de edad avanzada similar a la del causante y con posibles necesidades asistenciales. Resulta interesante, en este sentido, la observación de VAQUER ALOY de que la inclusión del cónyuge como legitimario nos obliga a reformular la idea de la solidaridad intergeneracional como justificación de la legítima, ya que los cónyuges pertenecen a una misma generación, por lo que habría que pensar en una solidaridad distinta, basada en la contribución conjunta de los esposos al patrimonio común⁷²⁵ y, añadiría yo, justificada por el

⁷²² VAQUER ALOY, Antoni, “Derecho a la legítima...”, op. cit., pp. 67-70.

⁷²³ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *Tendencias reformistas...*, op. cit., p. 49-58 y pp. 111-116. El autor concluye sus reflexiones apuntando que “[e]n nuestra opinión las actuales normas en esta materia merecen, al menos, el beneficio de la duda, como que están consolidadas por una larga experiencia, muy asentadas en la conciencia social, y son un modo sensato y razonable de articular los principios constitucionales y éticos que se ponen en juego en la sucesión: la libertad de testar y la protección de la familia.” (pp. 111-112).

⁷²⁴ PÉREZ ESCOLAR, Marta, “Sucesión intestada y legítima...”, op. cit., p. 1660.

⁷²⁵ VAQUER ALOY, Antoni, “Derecho a la legítima...”, op. cit., p. 79.

deseo de mantener al sobreviviente en el nivel de vida que tenía antes de la muerte de su consorte (en pro de una solidaridad intrageneracional o post-convivencial).

No hay duda de que el cónyuge se ha consolidado como miembro principal de la familia del causante, lo que nos lleva a cuestionar si la protección que le ofrece el Código civil, incluida la legítima, se corresponde con la posición que ocupa en los afectos de su consorte premuerto⁷²⁶. La civilista FERNÁNDEZ ECHEGARAY capta perfectamente la incongruencia de la situación al observar: “¿Cómo es posible que el cónyuge no goce de un papel destacado respecto al patrimonio dejado por su cónyuge fallecido? ¿Debemos obviar los derechos de una persona que, a lo largo de su vida, seguramente, ha contribuido de alguna manera a su creación de forma conjunta con su consorte?”⁷²⁷. El legislador de 1981 ya reconocía en la Exposición de Motivos de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que “el matrimonio ordinariamente establece entre las personas un vínculo más fuerte que el de sangre y, a su vez, (...) en la sociedad moderna prima la familia nuclear sobre la troncal”. Esta afirmación está respaldada por múltiples testimonios de notarios que afirman que la mayoría de los cónyuges expresan la voluntad de instituir heredero a su consorte, diseñando testamentos que le otorguen la máxima protección posible dentro de las normas del Derecho sucesorio común⁷²⁸. Son significativos en este sentido los resultados de la encuesta realizada por REBOLLEDO VARELA que indican que, en la mayoría de los casos, los testadores expresan la voluntad de favorecer económicamente a su consorte viudo, más allá de lo que permiten las normas de derecho necesario que regulan las legítimas⁷²⁹.

⁷²⁶ Como describe perfectamente EGUSQUIZA BALMASEDA M^a Ángeles, *Sucesión mortis causa...*, op. cit., p. 48 en relación a la preocupación de conferir al supérstite un estatus sucesorio adecuado, “[e]sta inquietud arranca del sentimiento de justicia que experimentan los que compartieron una vida en común, y se socorrieron mutuamente a fin de que sea su pareja la destinataria del patrimonio que obtuvieron o gestionaron conjuntamente con el apoyo que, material o moralmente, se brindaron”.

⁷²⁷ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura, “La libertad de testar ...”, op. cit., p. 515.

⁷²⁸ VAQUER ALOY, Antoni, “Reflexiones sobre una eventual...”, op. cit., pp. 16 y ss.

⁷²⁹ REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, “La actualización del derecho...”, op. cit., pp. 31-33. REBOLLEDO afirma que esta conclusión también puede deducirse del amplio uso que se hace del usufructo universal a favor del cónyuge mediante la conocida cautela *socini*.

Ante estas evidencias, la generalidad de la doctrina coincide en que el Derecho sucesorio del Código civil tiene una deuda pendiente con el cónyuge viudo y aboga por una reforma que mejore su posición sucesoria⁷³⁰. El sistema legitimario actual, con su generoso trato a los descendientes, a quienes garantiza dos terceras partes del caudal relictivo, imposibilita que el causante proteja económicamente a su consorte en la forma y cuantía que desee⁷³¹. Las propuestas para mejorar los derechos sucesorios del cónyuge viudo son múltiples y variadas, pero la generalidad de los autores coincide en que cualquier cambio debe plantearse desde un análisis íntegro de la normativa sucesoria, evitando reformas parciales. Dicho esto, algunos autores sugieren la eliminación del sistema de legítimas para posibilitar así una mayor libertad de disponer del causante, reemplazándolo, tal vez, por un sistema de atribuciones necesarias o alimentos a cargo de la herencia⁷³². Intuyo en esas propuestas una tendencia hacia un sistema sucesorio al estilo del sistema inglés que, a pesar de resultar atractivo desde el punto de vista de la flexibilidad que ofrece, creo que finalmente, como vimos, genera más problemas que los que resuelve. Por esta razón, me inclino por la postura de otros autores que proponen una reforma que mantenga la institución legitimaria, aunque reconociendo que habría que reformarla⁷³³.

Dentro de las propuestas que mantendrían el sistema de legítimas hereditarias, las opciones son variadas. Algunas proponen una legítima viudal de cuantía más o menos reducida, aplicable sólo en caso de matrimonios de cierta duración, lo que

⁷³⁰ En los últimos años la doctrina consistentemente señala la necesidad de reforzar la posición sucesoria del cónyuge viudo. Véase, por todos, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, "Propuesta de política...", op. cit., *in totum*, trabajo en el que se presentan las propuestas debatidas en la XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil; uno de los objetivos identificados fue la mejora de la posición del cónyuge viudo en la sucesión de su consorte (pp. 116 y ss.).

⁷³¹ El mismo argumento puede aplicarse, por supuesto, en relación a personas distintas del cónyuge a quienes el causante quiera favorecer, como puede ser su pareja de hecho, la persona que le haya cuidado en su vejez, etc. Lo que está claro es que una mayor protección sucesoria del cónyuge (u otra persona) supondría, necesariamente, un detrimento en los derechos de otros beneficiarios y, en particular en el sistema sucesorio del Código civil, un detrimento de los derechos sucesorios de los hijos del causante.

⁷³² Ver, por ejemplo, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, "Propuestas de política...", op. cit., p. 128.

⁷³³ Por poner un ejemplo, RUBIO GARRIDO, Tomás, "Problemas actuales ...", op. cit., p. 143 opina que "la supresión de la legítima en territorios de profundo Derecho castellano como es Andalucía, con su idiosincrasia particular y el actual funcionamiento familiar (...) generaría un caos sociológico, con imprevisibles consecuencias en la cohesión social y familiar".

tiene el atractivo de ajustar el derecho sucesorio a la contribución del supérstite a la familia del causante y da respuesta, al menos parcialmente, a la inquietud que surge en torno al causante que contrae matrimonio a una edad avanzada. Otra opción sería simplemente aumentar la cuantía de la legítima usufructuaria, pero por las razones que se apuntaron anteriormente en relación al usufructo, me inclino más por aquellas propuestas que sugieren un cambio en la naturaleza de la legítima viudal a un derecho en propiedad⁷³⁴. También me parece acertada la propuesta, incorporada ya al Derecho civil vasco como veremos en el siguiente capítulo, de suprimir la legítima de los ascendientes y, yo añadiría, también la de los descendientes a partir de cierta edad. La reducción de las categorías de legitimarios redundaría en un aumento de la libertad del causante, liberándole para favorecer al cónyuge, tal y como los notarios nos dicen que es su deseo.

Es de obligada mención la propuesta de reforma del régimen sucesorio del Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que mantiene la naturaleza usufructuaria de la legítima viudal, aunque reduce su cantidad a un cuarto si el viudo concurre con varios descendientes, manteniéndose en un tercio si concurre con un solo descendiente y en la mitad en el caso de concurrencia con ascendientes o extraños⁷³⁵.

Existe también un debate interesante en torno a la necesidad o conveniencia de atender al régimen económico matrimonial que rigió el matrimonio a la hora de

⁷³⁴ Ver, entre otros, FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “La inacabada reforma...”, pp. 289 y ss.; PÉREZ ESCOLAR, Marta, “Sucesión intestada y legítima...”, op. cit., p. 1661; TORRES GARCÍA, Teodora, “Legítima, legitimarios...”, op. cit., p. 227; FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura, “La libertad de testar...”, op. cit., pp. 516-517; FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “¿El usufructo como...?”, op. cit., pp. 452 y ss.; EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *Sucesión mortis causa...*, op. cit., pp. 56-60; VAQUER ALOY, Antoni, “Reflexiones sobre una eventual...”, op. cit., pp. 16 y ss.; BARRIO GALLARDO, Aurelio, “Atemperar la rigidez...”, op. cit., pp. 8 y ss.

⁷³⁵ Artículo 467-5 de la Propuesta. *Vid.* GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Una propuesta doctrinal de reforma del régimen sucesorio del Código civil español”, *Iura Vasconiae*, N^o17, 2020, pp. 315-340. La reforma propuesta por la APDC con respecto a la legítima viudal es, como vemos, mínima, posiblemente porque la APDC no pretendía crear un régimen de nueva planta, sino preservar el actual en todo lo posible (p. 322). Ver también PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, “Las legítimas en la propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil”, en *Las legítimas y la libertad de testar, Perfiles críticos y comparados*, Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada y Francisco José Aranguren Urriza (dirs.) y Juan Pablo Murga Fernández y César Hornero Méndez (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 193-210.

determinar los derechos sucesorios del cónyuge y, en particular, la cuantía de su derecho forzoso. Algunos autores apuntan que sería más justo aumentar la participación del cónyuge viudo en el patrimonio relicto de su consorte cuando su matrimonio se hubiera regido por la separación de bienes y no por un régimen de comunidad, ya fuera la sociedad de gananciales o el régimen de participación en ganancias⁷³⁶. ROCA TRÍAS va más allá y apunta que la participación necesaria del cónyuge sobreviviente en el patrimonio del premuerto no está justificada, ya que cuando el caudal hereditario ha sido generado por el trabajo de uno o de ambos cónyuges, la participación en la riqueza creada constante matrimonio se produce en base a las reglas del régimen económico matrimonial aplicable. En su opinión, el derecho a una cuota forzosa en la herencia del consorte premuerto sólo debería de ser admisible cuando los cónyuges se hayan regido por un sistema puro de separación de bienes en el que el consorte que generó la riqueza excluye al otro cónyuge de cualquier participación que no sea la del simple mantenimiento⁷³⁷. Reconozco que el argumento me genera cierta inquietud, ya que no estoy del todo de acuerdo con la premisa sobre la que se construye. No disputo, por supuesto, que la liquidación del régimen ganancial otorgue al supérstite la mitad del patrimonio común, pero considero que esa parte no es más que lo que le pertenece, la justa retribución de su contribución a la economía familiar durante el matrimonio, generada por su trabajo fuera o dentro del hogar familiar. En mi opinión, la protección que debe recibir el supérstite en sede sucesoria debería de ser determinada sin atender al régimen matrimonial, lo cual evitaría que el cónyuge recibiera un trato más o menos favorable dependiendo del régimen económico que rigió durante su matrimonio⁷³⁸.

⁷³⁶ Vid. FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “¿El usufructo como ...?”, op. cit., p. 458.

⁷³⁷ ROCA TRÍAS, Encarna, “Una reflexión sobre...”, op. cit., pp. 1264-1265.

⁷³⁸ Recordemos además que, desde la entrada en vigor de la ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre la reforma de determinados artículos del Código civil y del Código de comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, es posible modificar el régimen económico constante matrimonio, bien pactando uno diferente, bien introduciendo cambios en el régimen que regía hasta entonces. Esta posibilidad de que las parejas modulen su régimen económico post-matrimonio hace aún más cuestionable la vinculación de aquel con los derechos sucesorios del supérstite.

Otro debate interesante, al que ya se ha aludido brevemente, es el propuesto por aquellos que, posiblemente influenciados por los modelos del *Common Law*, plantean la posibilidad de eliminar el sistema de legítimas y sustituirlo por una especie de derecho de alimentos o de participación en la herencia, para aquellas personas que puedan probar que dependían económicamente del causante en vida y que su muerte les ha producido un estado de necesidad irreversible⁷³⁹. Los posibles beneficiarios de este derecho de alimentos incluirían los hijos menores o discapacitados, los ascendientes y, posiblemente, el cónyuge sobreviviente⁷⁴⁰. Por las razones que ya adelanté, me sumo a la opinión de aquellos que consideran que un derecho de alimentos “con tintes sucesorios” no es adecuado para compensar los derechos de los legitimarios, en particular, los derechos del cónyuge y de los hijos, ya que sólo se generaría en caso de existir necesidades económicas⁷⁴¹. Podría ser, sin embargo, que esta solución sí fuera adecuada para el caso de los ascendientes y de los hijos adultos, cuya legítima se podría sustituir por una prestación alimenticia a la que sólo se accedería en caso de necesidad originada por la muerte del causante⁷⁴².

A la luz de lo anterior, lo que resulta evidente es que la legítima del cónyuge supérstite en el Derecho sucesorio común, al igual que el sistema de legítimas en el que se ubica, se encuentra en el punto de mira de un debate doctrinal que incorpora

⁷³⁹ En relación a la referencia a un “estado de necesidad irreversible”, recordemos que el sistema de *Family Provision* del Derecho inglés contempla dos estándares diferentes: uno para el caso del cónyuge viudo, consistente en una dotación económica que el juez considere razonable asignar al cónyuge o pareja civil sobreviviente, independientemente de que el supérstite se encuentre en estado de necesidad económica; y otro, el estándar “de alimentos” para el resto de los reclamantes, consistente en una dotación económica razonable para proveer sustento y manutención básica al reclamante.

⁷⁴⁰ BARRIO GALLARDO, Aurelio, “Atemperar la rigidez...”, op. cit., pp. 24 y ss.; ROCA TRÍAS, Encarna, “Una reflexión sobre...”, op. cit., p. 1265; FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura, “La libertad de testar...”, op. cit., pp. 508-509.

⁷⁴¹ En este sentido se expresa TORRES GARCÍA, Teodora, “Legítima, legitimarios y...”, op. cit., pp. 223-224: “el carácter eventual y temporal que los alimentos tienen, ya que su función es la de satisfacer necesidades vitales en mayor o menor extensión, se contraponen con el carácter permanente de la legítima, la cual no responde a ningún presupuesto vital”.

⁷⁴² Una opción similar se prevé, como veremos, en el Derecho civil vasco para los descendientes que incurran en situación de necesidad por motivo de su exclusión de la herencia o por la escasez de la parte que les asignó el testador. En efecto, el artículo 21.1-a LDCV establece que se pagarán con cargo al caudal relicto “a) los alimentos debidos a los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas”.

posturas encontradas y demanda una revisión pausada e integral de su función y encaje en la sociedad actual⁷⁴³.

4. LOS DERECHOS DEL CÓNYUGE VIUDO EN LA SUCESIÓN TESTADA

De acuerdo con el artículo 658 del Código civil, la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, sólo a falta de ésta se defiere por disposición de la ley. La ley suprema en la sucesión del causante es, por lo tanto, su propia voluntad. Sin embargo, la libre voluntad del testador está sujeta a fuertes limitaciones en el Derecho sucesorio del Código civil dirigidas principalmente a proteger la institución familiar. Como hemos visto en el epígrafe anterior, la mayor de estas limitaciones la constituyen las normas imperativas que regulan el sistema de legítimas hereditarias que, por decisión legal y no voluntaria, determina que los hijos heredarán la mayor parte del patrimonio de sus progenitores. El testador deberá respetar la legítima de dos tercios de los descendientes o, a falta de estos, la legítima de la mitad o un tercio del caudal de los ascendientes (arts. 808 y 809 CC), por lo que, si quiere favorecer a su cónyuge, sólo dispone de la parte de libre disposición, junto con el usufructo legitimario que le corresponde por ley. A su vez, el cónyuge viudo deberá reservar todo lo que reciba de su consorte, en caso de contraer segundas o ulteriores nupcias, a favor de descendientes del causante (arts. 968 y 970 a 980 CC), así como lo recibido de parientes de su consorte en atención al matrimonio (art. 969 CC).

⁷⁴³ A pesar de las posturas opuestas en este debate, la mayoría de los autores coinciden en que la cuestión es demasiado importante para acometer una reforma apresurada. En este sentido afirma VAQUER ALOY, Antoni, "Reflexiones sobre ...", op. cit., p. 16, que "[l]a posición del cónyuge sobreviviente en la sucesión es un tema demasiado complejo para ser abordado aquí con el detalle que merece, pues tiene múltiples implicaciones necesitadas todas ellas de un tratamiento armónico. Por ejemplo, no tendría sentido reformar solo la legítima del cónyuge sin tocar los órdenes de sucesión abintestato...". Igualmente, ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *Tendencias reformistas...*, op. cit., p. 111: "La reforma de las legítimas es una cuestión de tal importancia, y concita opiniones tan diversas y encontradas, que todo aconsejaría debatir mucho más pausadamente hasta obtener un mínimo consenso acerca de cuáles debieran ser los objetivos del futuro legislador antes que seguir modificando parcial y fragmentariamente las normas vigentes...". En opinión de CAÑIZARES LASO, Ana, "Legítimas y libertad de testar", op. cit., p. 269, cualquier posible reforma debe de ser "[u]na reforma en la que se tengan en cuenta las opiniones y el sentir social desde la sociedad y no tanto desde la opinión de los juristas. No desde los despachos notariales sino desde el sentir de los sujetos y las familias".

Como ya hemos visto, la información que nos llega de los notarios sugiere que la mayoría de matrimonios que acuden a las notarías expresan su voluntad de instituirse recíprocamente herederos⁷⁴⁴. También aquí encuentran los cónyuges límites a sus deseos ya que, para aquellos con vecindad civil común, esta posibilidad está expresamente prohibida de acuerdo con el artículo 669 del Código civil que prohíbe el testamento mancomunado, quedando también prohibidos la ordenación por comisario (art. 670 CC) y los pactos sucesorios (art. 1271 CC)⁷⁴⁵.

Ante estas limitaciones impuestas imperativamente, el cónyuge cuenta con dos herramientas importantes que le permiten robustecer la posición de su consorte en la sucesión testamentaria: el usufructo viudal universal y la fiducia sucesoria.

4.1. El usufructo universal por voluntad del testador: el artículo 820.3 CC

Existe abundante evidencia notarial de que la mayoría de los testadores casados con hijos que acuden a las notarías a otorgar testamento, expresan la voluntad de instituirse herederos recíprocamente, dejando su herencia “el uno para el otro”, y estableciendo que, tras el fallecimiento del último de los cónyuges, el residuo se divide entre sus hijos a partes iguales⁷⁴⁶. Cuando su vecindad civil es común⁷⁴⁷, el notario debe explicarles que, de acuerdo con la normativa del Código civil, lo máximo que pueden disponer a favor de su cónyuge es la plena propiedad sobre un

⁷⁴⁴ Ver, en este sentido, el resultado de la encuesta realizada por REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, “La actualización del derecho...”, op. cit., pp. 31-33.

⁷⁴⁵ Como apunta MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada...*, op. cit., pp. 276-277, “cuando los matrimonios acuden a la notaría con la pretensión de tomar sus decisiones *mortis causa* en común, los Notarios suelen otorgar sendos testamentos unipersonales con números de protocolo sucesivos en los que comparece cada uno de los cónyuges pero la revocación por cualquiera de ambos de las disposiciones hechas no son (ni pueden serlo) notificadas al otro por el Notario ni tiene modo cada uno de conocer disposiciones testamentarias posteriores del otro que puedan desvirtuar las acordadas en consenso por ambos y que pudieron ser determinantes para las disposiciones de cada uno.”

⁷⁴⁶ RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La herencia de los viudos: usufructo universal y legítima de los hijos*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 10, señala que se ha demostrado estadísticamente, mediante encuestas llevadas a cabo por BORRACHERO y VALLET DE GOYTISOLO, que alrededor del 90 por 100 de los testamentos otorgados por personas casadas con descendientes contienen un usufructo universal a favor del cónyuge sobreviviente, con la simultánea atribución de la nuda propiedad de todo el patrimonio relicto a los descendientes. Ver también resultados similares en REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, “La actualización del derecho...”, op. cit., pp. 31-33.

⁷⁴⁷ La institución existe en ordenamientos forales como el de Navarra, Aragón, Galicia y País Vasco.

tercio de la herencia, el de libre disposición, y un derecho de usufructo sobre otro tercio, el destinado a la mejora. El tercio restante, la llamada legítima estricta, pertenece por ley a los hijos y descendientes y, de acuerdo con el artículo 813 del Código, el testador no puede privarles de ella ni imponer gravamen o condición alguna sobre la misma⁷⁴⁸. Ante esta situación de conflicto entre las normas imperativas protectoras de la legítima y la voluntad del testador de ofrecer mayor protección a su cónyuge, el notario probablemente propondrá el uso de un mecanismo conocido como cautela de opción compensatoria de la legítima.

La cautela de opción compensatoria o cautela *socini* es una solución nacida de la práctica jurídica y notarial con el fin de mejorar la posición sucesoria del cónyuge viudo, de acuerdo con la voluntad del causante⁷⁴⁹. Mediante esta cláusula, el testador otorga al heredero forzoso una parte de la herencia mayor de la que por legítima le corresponde, pero imponiéndole un gravamen, ya sea un usufructo, un fideicomiso u otra limitación, y dispone que, si el legitimario no acepta íntegramente dicho gravamen, perderá lo que le ha sido atribuido por encima del importe de su cuota legitimaria, recibiendo sólo aquello que por ley le corresponde⁷⁵⁰. El ejemplo

⁷⁴⁸ FERRER PONS, Jaime, “La intangibilidad de la legítima. Aspectos prácticos en la aplicación de la “cautela *socini*”; la renuncia, transacción o pactos sobre la legítima futura, en *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, Oscar Monje, María Pilar Ferrer Vanrell y José Ángel Torres (dirs.), vol. I, 2014, p. 882, señala, refiriéndose a la prohibición de actos que graven la legítima, que “claramente resulta su prohibición del artículo 813 – pf 2 modificado por la ley 41/2003: -tampoco podrán imponerse sobre ella (la legítima) gravamen, ni condición ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del cónyuge viudo y lo establecido en el artículo 808, respecto a los hijos o descendientes judicialmente incapacitados.”

⁷⁴⁹ Tal y como apunta REAL PÉREZ, Alicia, *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1988, p. 174, “...cuando durante años los particulares se empeñan en conseguir sus propósitos, idean cláusulas a través de las cuales se intenta compaginar la voluntad del testador con lo prescrito por el legislador. Esto ocurre en nuestro caso, pues desde hace siglos se utiliza profusamente la llamada cautela *Socini* para asegurar al cónyuge viudo, de forma “legal”, el usufructo universal que el esposo premuerto deseó dejarle”. Para una perspectiva histórica y un análisis de la validez de estas cláusulas, ver VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “Perspectiva histórica de las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima”, *Anuario de Derecho Civil*, vol.16, núm. 2, 1963, pp. 281-344.

⁷⁵⁰ Lo explica FERRER PONS, Jaime, “La intangibilidad de la legítima...”, op. cit., p. 888, cuando dice que “el testador ha de respetar la legítima en un doble aspecto, en el quantum y en el quale. Y puede ser deseo del mismo atender determinados fines, imposibilitado por las disposiciones legales, surgiendo un conflicto entre éstas y la voluntad del testador, lo que se originaría cuando el testador pretende gravar el quale. La cautela que se estudia es el remedio arbitrado para alcanzar este fin con una oferta, una opción que impulsa al legitimario a aceptar la disposición con el gravamen. Este planteamiento de dejar a opción del legitimario el gravamen de la legítima es el juego de las cautelas de opción compensatoria de la legítima. Ver también SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, *El usufructo*

clásico es el del testador que nombra a sus hijos herederos⁷⁵¹ y constituye un usufructo universal sobre la totalidad de la herencia a favor de su consorte viudo, disponiendo que aquel de los hijos que no se conforme y reclame su derecho libre de gravamen, verá reducida su participación en la herencia a lo que estrictamente le corresponda por ley; es decir, el legitimario puede optar por aceptar el gravamen hasta el momento, incierto, del fallecimiento del cónyuge viudo cuando obtendrá la plena propiedad sobre la totalidad de la herencia, o puede reclamar inmediatamente su derecho legitimario libre de gravamen, en cuyo caso recibirá solamente la legítima estricta en pleno dominio⁷⁵².

La cautela *socini* es una institución con amplia tradición en nuestro ordenamiento, pero su utilización no ha estado exenta de polémica ya que parte de la doctrina considera que este tipo de cláusula violenta el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima recogido en el artículo 813 del Código civil⁷⁵³. Sin embargo, el criterio doctrinal que ha prevalecido ha sido el contrario, respaldado por abundante jurisprudencia⁷⁵⁴, que mantiene que la cautela *socini* tiene cabida dentro del

universal viudal y el artículo 820.3 del CC, Aranzadi, 2020; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil...*, op. cit., p. 181; LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Elementos de Derecho Civil...*, op. cit., pp. 522-525; RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La herencia de los viudos: usufructo universal y legítima de los hijos*, Tecnos, Madrid, 1991.

⁷⁵¹ Apunta CARCABA FERNÁNDEZ, María, *Los derechos sucesorios...*, op. cit., pp. 89-90, que, aunque desde un punto de vista teórico la cautela *socini* también podría darse cuando los legitimarios sean los ascendientes, la experiencia profesional de los notarios demuestra que, en caso de concurrencia del viudo o viuda con ascendientes, ningún testador lo solicita, mientras que, si concurre con descendientes, lo proponen el 90% de las ocasiones.

⁷⁵² LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Elementos de Derecho civil...*, op. cit., pp. 522-525.

⁷⁵³ Una referencia histórica de esta figura, así como un resumen de las diferentes posturas doctrinales en relación con el usufructo viudal universal del artículo 820.3 CC puede encontrarse en SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, *El usufructo universal...*, op. cit., pp. 57-67 y 125-144, respectivamente.

⁷⁵⁴ Entre otras, STS de 3 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 9925), STS de 10 de julio de 2003 (RJ 2003, 4628), STS de 17 de enero de 2014 (RJ 2014, 3116) y STS de 10 de junio de 2014 (2014, 6242). En esta última sentencia el Tribunal confirma de modo rotundo la plena admisión de la cautela *socini* disponiendo que, “en efecto, conceptualmente analizada, y pese a su usual redacción bajo una formulación de sanción, la cautela *socini*, al amparo de la voluntad del testador como eje vertebrador de la ordenación dispuesta (STS de 6 de mayo de 2013 , núm. 280/2013 (RJ 2013, 8072)) no constituye un *fraus legis* (fraude de ley) dirigido a imponer una condición ilícita (coacción) o gravamen directo sobre la legítima (813 del Código Civil), pues su alcance en una sucesión abierta y, por tanto, diferida, se proyecta en el plano del legitimario configurada como un derecho de opción o facultad alternativa que, sujeta a su libre decisión, puede ejercitar en uno u otro sentido conforme a sus legítimos intereses (...). Libertad de decisión que, en suma, una vez abierta la sucesión puede llevar, incluso, a la propia renuncia de la herencia ya diferida.” Para una recopilación de

ordenamiento jurídico del Derecho común⁷⁵⁵.

Existen diferentes tipos de cautela *socini* dependiendo del gravamen, condición o límite impuesto al legitimario⁷⁵⁶, pero aquí nos limitaremos a analizar la modalidad de cautela *socini* o cláusula de opción compensatoria mediante la que se establece un usufructo universal a favor del cónyuge viudo⁷⁵⁷. El artículo 820.3 del Código civil ofrece amparo legal a esta modalidad de cautela, denominada por algunos autores cautela *socini* tácita o *stricto sensu*⁷⁵⁸, disponiendo que “[s]i la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador”.

Reparemos en la diferencia entre el artículo 820.3 CC y la cautela *socini*: mientras en el caso del primero los legitimarios que no deseen soportar el gravamen pueden entregar al viudo el tercio de libre disposición reteniendo su legítima completa, en el caso de la cautela *socini*, la alternativa ofrecida por el testador a los legitimarios

jurisprudencia relevante ver RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La herencia de los viudos...*, op. cit. pp. 21-46; y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, *El usufructo universal...*, op. cit., pp. 211-259.

⁷⁵⁵ Ver, por todos, DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio, *Sistema de Derecho Civil...*, op. cit., p. 181: “Por motivos éticos se juzgó la cláusula ineficaz, en tanto toleraba por vía indirecta lo que el legislador prohibía, el gravamen de la legítima. Pero no parece haber tal conducta en el proceder del testador; el que consiente en el gravamen, y así lo recibirá, es el propio legitimario, que, a cambio de una mayor porción en la herencia, no tiene inconveniente en esa merma de su derecho hereditario.”

⁷⁵⁶ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, *El usufructo universal...*, op. cit., p. 18 y p. 45, proporciona ejemplos de otras modalidades de cautela *socini* como la sustitución a favor del descendiente del favorecido, la prohibición de intervención judicial o de partir la herencia, o aquellas en las que el causante pretende conseguir que el legitimario acepte menos del importe de su legítima (“cauteladas malévolas”).

⁷⁵⁷ Para un análisis en más profundidad de la naturaleza, características y aplicación de la cautela *socini*, así como las diferencias entre la cautela *socini* y la disposición contenida en el artículo 820.3 CC, ver REAL PÉREZ, Alicia, *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1988.

⁷⁵⁸ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, *El usufructo universal...*, op. cit., pp. 44-45 explica que la modalidad cautelar *stricto sensu* es una cláusula testamentaria por virtud de la cual se aplaza hasta la muerte del cónyuge viudo y a favor de éste, el disfrute del tercio de legítima estricta, compensando esta falta de intensidad con la mayor extensión del derecho de los legitimarios a una igual participación en los tercios de mejora y libre disposición. El autor añade que un tipo de cautela *socini stricto sensu* se recoge específicamente *ex lege* en la modalidad prevista en el artículo 820.3 del CC. La opinión contraria es defendida por REAL PÉREZ, Alicia, *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1988, p. 269 y ss., que considera que no es adecuada la denominación de cláusula *socini* tácita para referirnos a la disposición contenida en el artículo 820.3 CC, ya que existen diferencias notables entre ambas figuras.

es menor, ya que si no admiten el gravamen sólo percibirán lo que les corresponda por legítima estricta. El artículo 820.3 CC ofrece un remedio arbitrado por el legislador para que, en el supuesto concreto y con carácter excepcional, el testador pueda hacer efectivo su propósito de proteger al cónyuge sobreviviente más allá de lo que la normativa le permite, mediante la imposición de gravámenes sobre la legítima (como el usufructo y la renta vitalicia)⁷⁵⁹, siempre y cuando así lo permita el legitimario. Si el legitimario no accede a soportar el gravamen, el precepto prevé que se le entregue al cónyuge la parte de la herencia de la que podía disponer libremente el testador; es decir, en el caso del cónyuge, si los herederos no aceptan el gravamen, éste recibirá la plena propiedad de la parte de libre disposición, más el usufructo del tercio de mejora que en cualquier caso le corresponde por ley⁷⁶⁰. La opción compensatoria la establece el propio legislador, y no el testador, por lo que no es necesario que sea recogida expresamente en el testamento⁷⁶¹.

⁷⁵⁹ Para que la cautela entre en juego es necesario que al cónyuge viudo se le atribuya un mayor *quantum* del que por ley le es atribuible. Esto requiere una valoración de la carga impuesta a la legítima, en nuestro caso una valoración del usufructo o del derecho de habitación, que puede resultar muy compleja. Como explica REAL PÉREZ, Alicia, *Usufructo universal...*, op. cit., pp. 184-185, “el problema estriba en determinar cuándo hay mayor *quantum*. Para dilucidarlo habrá que valorar la atribución y/o valorar la carga, propiamente dicha, de modo que el beneficio percibido por el legitimario, aun descontando el valor presumible del gravamen, sea superior a la legítima. Esto reviste una gran complicación en algunos casos, ya que hay gravámenes cuyo valor no puede determinarse con seguridad *a priori* (por ej. El usufructo, que es nuestro caso) o difícilmente valorables.” (ver también pp. 274-284).

⁷⁶⁰ STS de 10 de julio de 2010 (RJ 2003, 4628). El Tribunal Supremo, confirmando la validez de la cláusula, dispuso que “la denominada cláusula sociniana o gualdense, consistente en la opción concedida por el testador al legitimario para elegir entre dos alternativas, o tolerar el usufructo universal del cónyuge viudo, o atribuirle el pleno dominio de todo el tercio de la herencia denominado de libre disposición, a más de los derechos que la ley concede al cónyuge supérstite como legitimario”. Apunta SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, *El usufructo universal...*, op. cit., pp. 50-51 que, para que la cláusula sea aún más efectiva, el testador tiene la opción de privar a los legitimarios de la nuda propiedad del tercio de mejora (ex 824 CC). Es decir, el testador, previendo la posibilidad de que todos los legitimarios optasen por su legítima libre de gravamen, puede disponer que se entregue el tercio de mejora a los nietos (descendientes no legitimarios) siempre que respete los derechos del cónyuge viudo y de los herederos forzosos.

⁷⁶¹ Así lo ha confirmado el Tribunal Supremo en múltiples sentencias. Por ejemplo, Sentencia de 3 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 9925) en la que el Tribunal confirmó que la opción concedida por el testador al legitimario para elegir entre dos alternativas, aceptar el usufructo universal o rechazarlo solicitando su legítima libre de gravamen, es otorgada por el legislador y no por el testador, por lo que no es necesario que esté expresamente recogida en el testamento. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, *El usufructo universal...*, op. cit., p. 48 apunta en este sentido que “en el art. 820.3 CC se prevé una modalidad de la Cautela *Socini*, una particular aplicación de la misma “*ex lege*” o por vía legal, para tratar así de atemperarse el rigor de la intangibilidad cualitativa de la legítima –art. 813.II CC -, por lo que no requiere que el testador haya previsto expresamente la opción compensatoria.”

En línea con la jurisprudencia, la mayoría de la doctrina defiende la licitud de esta modalidad de cautela *socini*, argumentando que respeta la intangibilidad de la legítima, ya que el gravamen a favor del cónyuge sólo tendrá lugar si así lo acepta el legitimario que, de la misma manera que puede renunciar a su legítima puede, con más motivo, aceptar que sea gravada⁷⁶²; es decir, el fundamento último de esta disposición es la voluntad del testador, pero su efectividad queda supeditada a la voluntad de los legitimarios⁷⁶³. Como afirma SÁNCHEZ HERNÁNDEZ “una cosa es que la ley, como regla general no permite al causante gravar o perjudicar la legítima y otra cosa distinta es que los legitimarios no puedan respetar las disposiciones testamentarias que perjudiquen cualitativamente sus legítimas. El artículo 813 CC establece una prohibición con excepciones para el testador, pero no para el legitimario, quien en los términos del art. 820.3 CC puede aceptar un gravamen como el de usufructo vidual universal sobre su legítima⁷⁶⁴”.

A pesar de que, indudablemente, constituye un mecanismo útil y de uso generalizado para canalizar la voluntad del causante de favorecer a su cónyuge más allá de lo que estrictamente permite la ley, lo cierto es que la cautela *socini* no puede ser más que un recurso subsidiario, ya que su efectividad queda en manos de los legitimarios que pueden frustrar tal voluntad rechazando la opción compensatoria⁷⁶⁵. Me parece muy acertada la observación de EGUSQUIZA

⁷⁶² DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil...*, op. cit., p. 181, tras observar que en ningún lugar se dice que la legítima no pueda ser objeto de negocios jurídicos cuando se recibe, se preguntan: “¿Por qué no se puede recibir ya merced voluntariamente?”.

⁷⁶³ En relación al debate sobre si la cautela *socini* impone una sanción civil o, por el contrario, constituye un derecho de opción de los descendientes legitimarios, ver CASADO CASADO, Belén, “La cautela *socini* y su posible consideración como sanción de derecho privado. La relevancia de esta consideración desde el punto de vista práctico”, en *Las legítimas y la libertad de testar, Perfiles críticos y comparados*, Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada y Francisco José Aranguren Urriza (dirs.) y Juan Pablo Murga Fernández y César Hornero Méndez (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 315-333.

⁷⁶⁴ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, *El usufructo universal...*, op. cit., p. 53. En el mismo sentido se expresa REAL PÉREZ, Alicia, *Usufructo universal ...*, op. cit., p. 193: “si es verdad que existen normas protectoras de la legítima, también lo es que no existe ninguna que prohíba al testador ofrecer al heredero un abanico de posibilidades entre las que optar.”

⁷⁶⁵ Es interesante la reflexión de RUBIO GARRIDO, Tomas, “Problemas actuales...”, op. cit., p. 157-158, que plantea la extensión, “quizá desmedida”, del juego de la cautela *socini* que, apunta el autor, ha robustecido el poder del testador para modelar la extensión de las legítimas y coloca a los legitimarios descendientes ante una posición ingratisima para poder ejercer pretensiones de protección cuantitativa o cualitativa de su legítima”.

BALMASEDA, de que “el hecho de que la operatividad de estas disposiciones dependa de las implicaciones emocionales y económicas que conlleva aceptar esa situación (caso, por ejemplo, de los descendientes legitimarios de anterior matrimonio que concurren con el cónyuge supérstite) replantea su valor como solución general⁷⁶⁶”.

En este sentido, en la propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil, en lugar de incluir la cautela *socini* como opción, se prevé expresamente la posibilidad de otorgar un legado de usufructo al cónyuge, que puede gravar la legítima de los descendientes, ya que dicho legado “no comporta vulneración de la regla de intangibilidad de la legítima”⁷⁶⁷. Como apunta PARRA LUCÁN, esta disposición introduce la posibilidad de ampliar los derechos del viudo mediante el legado de usufructo, pero siempre de forma voluntaria, sin llegar por lo tanto a formar parte de los derechos reconocidos *ex lege* en la Propuesta como gravámenes de la legítima⁷⁶⁸. Sin duda, la propuesta supone una mejora de la situación sucesoria del cónyuge siempre y cuando la voluntad del testador sea favorecerle. Sin embargo, coincido con DELGADO ECHEVARRÍA en que, si el objetivo final es mejorar la posición del supérstite, sería mejor reducir la legítima de los descendientes para ampliar la libertad del causante de testar a favor de su consorte⁷⁶⁹.

⁷⁶⁶ EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *Sucesión mortis causa de...*, op. cit., p. 56. Por su lado, PEREÑA VICENTE, Montserrat, “La obsolescencia no programada...”, op. cit., p. 15-16, también considera que los derechos sucesorios que se le pueden conceder al cónyuge actualmente son insuficientes, particularmente para garantizarle el poder seguir viviendo en su propia casa tras la muerte de su cónyuge, y señala que “simplemente consagrando de forma expresa en el Código civil la posibilidad de imponer en el testamento una cautela *socini*, como hacen algunos ordenamientos de nuestro entorno, se daría un paso en la buena dirección.” La autora, sin embargo, considera que esto no sería suficiente y aboga por un derecho al usufructo de la vivienda habitual de la familia, independientemente de si excede la cuantía de los derechos legitimarios que la ley otorgue al cónyuge “en abstracto” y aunque supongan un gravamen para la legítima de los hijos.

⁷⁶⁷ Artículo 467-19.3 de la Propuesta: “No comporta vulneración de la regla de intangibilidad de la legítima el legado de usufructo recayente sobre ella cuyo beneficiario sea el cónyuge viudo, o un hijo o descendiente con discapacidad o cuya capacidad esté modificada en el momento de la apertura de la sucesión”.

⁷⁶⁸ PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, “Las legítimas en la propuesta...”, op. cit., p. 207.

⁷⁶⁹ DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús, “Propuestas de política...”, op. cit., p. 121.

4.2. La fiducia sucesoria

Una figura que, a pesar de estar infrutilizada, ofrece amplias posibilidades al testador para fortalecer la posición de su consorte tras su muerte es la delegación de la facultad de mejorar prevista en el artículo 831 del Código civil⁷⁷⁰.

El precepto llega inmediatamente después de que el artículo 830 CC establezca que “la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro”, en línea con la caracterización del testamento como acto personalísimo del artículo 670 CC, que prohíbe el testamento por comisario o mandatario, y el artículo 1057.1 CC que sólo permite que se delegue a un tercero la partición hereditaria. El principio personalista defendido en el Código civil requiere, por lo tanto, que el contenido del testamento venga determinado únicamente por la voluntad del causante y que, además, sea él mismo quien la manifieste. La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 CC constituye una notable excepción a este principio ya que permite que el testador deje en manos de su cónyuge la ordenación de su sucesión para que sea éste quien la haga después de su muerte⁷⁷¹.

La institución, extraña a la tradición jurídica del Derecho castellano, se introdujo en un momento en el que se preveía un Código civil único para toda España, como concesión a las demandas forales de una figura que reforzara la autoridad del cónyuge sobreviviente en la familia y permitiera postergar la división del patrimonio hereditario. Originariamente se introdujo sólo para la sucesión intestada, y siempre que hubiera sido pactada en capitulaciones otorgadas antes del

⁷⁷⁰ EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *Sucesión mortis causa de...*, op. cit., p. 131 señala que “las mayores exigencias de libertad dispositiva que se requieren para atender a los hijos más necesitados y fortalecer la posición del cónyuge, o pareja supérstite tras la muerte del compañero o la compañera de vida, pueden tener respuesta en esta figura”.

⁷⁷¹ ASUA GONZÁLEZ, Clara, “Delegación de la facultad de ordenar la sucesión ex art. 831 CC y plazo para recibir la legítima estricta. Comentario a la STS de España Núm. 293/2019, de 24 de mayo (RAJ 2019, 2113)”, *Revista Boliviana de Derecho*, Núm. 29, enero 2020, pp. 505: “La ordenación sucesoria se realiza entonces a través de dos voluntades: la del causante, porque la designación del fiduciario ya es un acto ordenador; y la del fiduciario, que determinará quién o quiénes de entre los hijos o descendientes comunes, y siempre de acuerdo a las disposiciones del causante, son sucesores de éste y a qué título”.

matrimonio⁷⁷². En los territorios de Derecho común no había costumbre de capitular, lo cual, combinado con el requisito de que las capitulaciones se pactaran antes del matrimonio, hizo que la posibilidad de delegar la facultad de mejorar apenas fuera utilizada. En 1975 se reformó la normativa referente a las capitulaciones para permitir que se pactaran después del matrimonio y, seis años más tarde, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, con el fin de impulsar la fiducia sucesoria, extendió su uso a la sucesión testada permitiendo que se dispusiera de forma unilateral en testamento, además de por acuerdo de los cónyuges en capitulaciones⁷⁷³.

Finalmente, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, volvió a reformar el artículo 831 CC con el objetivo de “introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad”⁷⁷⁴. En realidad, la reforma fue mucho más allá, ampliando de forma significativa la libertad del testador para delegar la facultad de mejorar, sin limitar su aplicación a casos de discapacidad, sino extendiendo su uso a todos los casos en los que existan hijos o descendientes comunes del causante y el fiduciario (estén casados o no), y sea cual sea su edad y capacidad. La reforma, por otro lado, limitó las vías para otorgar la fiducia eliminando la posibilidad de acordarla en capitulaciones y requiriendo que se

⁷⁷² LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Elementos de Derecho civil...*, op. cit., p. 481: “En la redacción de 1888, que duró hasta el año 1981, el precepto establecía que ‘podrá válidamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado”.

⁷⁷³ *Ibid.*, pp. 481-482; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil...*, op. cit., p. 163.

⁷⁷⁴ La Exposición de Motivos de la Ley establece en su apartado séptimo: “d) Se reforma el artículo 831 del Código civil, con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge superviviente amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí”.

otorgue en testamento; es decir, deberá ser siempre una disposición unilateral y revocable, que no tendrá efectividad hasta el momento de la muerte del causante⁷⁷⁵.

En su formulación actual, la facultad de mejorar del artículo 831 CC, como toda fiducia sucesoria, está fundada en la relación de confianza entre testador y fiduciario, posibilitando que el primero confíe al segundo la labor de administrar y distribuir su patrimonio hereditario entre los hijos y descendientes comunes⁷⁷⁶. En su versión primigenia, el precepto establecía que el testador sólo podía delegar esta facultad en el cónyuge viudo, pero su redacción actual extiende su aplicación a todo aquel que tenga un hijo común con el causante delegante, resultando irrelevante a estos efectos si están casados o forman una pareja estable⁷⁷⁷. No cabe duda de que la inclusión de los coprogenitores como destinatarios de una fiducia sucesoria originalmente reservada exclusivamente a los cónyuges, constituye una reforma legislativa de gran calado ya que viene a equiparar, a estos efectos, la relación de confianza que se genera entre el testador y la persona con la que tuvo descendencia común, con la relación que se genera entre el testador y su cónyuge⁷⁷⁸. Ciertamente, la transcendencia del “nuevo” artículo 831.6 CC para la posición sucesoria del miembro de la pareja estable o del progenitor superviviente es enorme: a pesar de que la normativa sucesoria común les considera extraños y, por lo tanto, el testador sólo puede disponer a su favor el tercio de libre disposición, el artículo 831.6 CC permite

⁷⁷⁵ EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *Sucesión mortis causa de...*, op. cit., p. 134.

⁷⁷⁶ GÓMEZ PERALS, Miguel, “La delegación de la facultad de mejorar del 831 CC. ¿Perspectivas?, en *Las legítimas y la libertad de testar, Perfiles críticos y comparados*, Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada y Francisco José Aranguren Urriza (dirs.) y Juan Pablo Murga Fernández y César Hornero Méndez (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 598, apunta que “la función perseguida es aplazar los efectos sucesorios (...) por no estar la coyuntura familiar y patrimonial todavía definida, en espera de su mejor precisión con el transcurso del tiempo, en aras de una ordenación conjunta y armónica de la transmisión del patrimonio (o empresa) familiar, designando como sucesor al más capaz o necesitado en cada caso atendiendo a posibles circunstancias sobrevenidas. Con ello se intenta potenciar la autoridad familiar del superviviente en relación a los descendientes, a la vez que se reequilibra la situación patrimonial de éstos o se pretende un estímulo y compensación por sus cuidados y asistencia a padres y ascendientes”.

⁷⁷⁷ Artículo 831.6 CC: “Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí.”

⁷⁷⁸ EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *Sucesión mortis causa de...*, op. cit., p. 135 observa que “se legitima la atribución de esta fiducia no sólo al conviviente con el que se conformó una unión estable, sino también al progenitor de la descendencia común en atención a la confianza que pudo suscitar esa relación. La norma no requiere que exista una situación de familia ‘no matrimonial’, aunque sí que ésta medie materialmente entre el facultado y los posibles mejorados”.

que se delegue en ellos facultades de administración y disposición sobre dos tercios del patrimonio hereditario (mejora y libre disposición) dotándoles de “un estatus en la herencia que resultaría impensable de no hallarse legalmente reconocida la posibilidad de la delegación de esta facultad”⁷⁷⁹. No sin razón apunta EGUSQUIZA BALMASEDA que, “la ampliación de facultades al delegado en la actual regulación del artículo 831 del CC, impensable en el régimen del Código civil, permite que la delegación de este poder pueda ser un instrumento apto para tutelar todos los intereses familiares, y proteger a la descendencia, al cónyuge, al miembro de la pareja estable o al simple progenitor”⁷⁸⁰.

Ciertamente, las facultades que pueden delegarse al amparo de la ordenación del artículo 831 CC son amplísimas. El fiduciario puede realizar disposiciones a favor de los hijos o descendientes comunes, no sólo con cargo al tercio de mejora sino también al tercio de libre disposición; también puede adjudicar o atribuir bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio⁷⁸¹, o realizar particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal que esté sin liquidar (art. 831.1 CC)⁷⁸². Todo esto lo podrá realizar el fiduciario en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos, siempre que lo haga dentro del plazo fijado por el causante, que incluso puede ser vitalicio si el testador autoriza al fiduciario para que realice la partición en su propio testamento⁷⁸³. Además, mientras penden las

⁷⁷⁹ Ibid, p. 135.

⁷⁸⁰ EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *Sucesión mortis causa de...*, op. cit., p. 133.

⁷⁸¹ Apunta EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *Sucesión mortis causa de...*, op. cit., p. 141 que la referencia a la facultad de adjudicar bienes “por cualquier título o concepto sucesorio” debe de entenderse como la facultad de nombrar herederos o legatarios, así como la posibilidad de realizar atribuciones y adjudicaciones *inter vivos* de los bienes confiados.

⁷⁸² Apunta BUSTO LAGO, José Manuel, “La ordenación sucesoria de los bienes gananciales: avances hacia la consideración unitaria del patrimonio ganancial”, en *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Ángel Luis Rebolledo Varela (coord.), Dykinson, Madrid, 2010, p. 650, que, “en efecto, se permite delegar en el supérstite la facultad de liquidar la sociedad de gananciales, lo que supone una fórmula para soslayar uno de los principales problemas que se plantea en el caso de querer realizar la partición de la herencia viviendo uno de los cónyuges (...). En efecto, la delegación de la facultad de distribuir y mejorar constituye una vía de solución del problema representado por la partición basada en la voluntad conjunta de los cónyuges en relación con los bienes gananciales, pudiendo el delegatario asignar en las operaciones particionales, bienes propios y bienes del delegante, así como bienes gananciales...”.

⁷⁸³ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *Tendencias reformistas ...*, op. cit., p. 109; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil...*, op. cit., p. 163, opinan que permitir que el fiduciario aplase la partición hasta su propia sucesión es desproporcionado y perjudicial para los hijos comunes

facultades conferidas, el supérstite tendrá la administración de los bienes hereditarios sujetos a la fiducia. Cuando se le otorga la fiducia con carácter vitalicio, el supérstite dispondrá del control material del patrimonio que compartió con el difunto, pues no tendrá que repartir el caudal relicto ni liquidar la sociedad conyugal hasta su muerte⁷⁸⁴. El único límite a las facultades del fiduciario lo constituye el respeto a la legítima estricta de los descendientes comunes y a las mejoras y demás disposiciones efectuadas por el causante en favor de éstos (art. 831.3 CC). En caso de que el fiduciario rebasara esos límites, el perjudicado puede pedir que se rescindan sus actos en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado⁷⁸⁵. En cualquier caso, *ex* artículo 831.3 CC, el supérstite fiduciario puede satisfacer las disposiciones del causante a favor de los descendientes comunes, así como sus legítimas, utilizando en todo o en parte bienes pertenecientes al propio fiduciario (es decir, que no formen parte del caudal hereditario), liberándole, por lo tanto, de la obligación de igualdad y homogeneidad en la composición de los lotes que establecen los artículos 1061 y 1062 del Código civil⁷⁸⁶. También debe respetar

que tendrán que esperar a la muerte del progenitor supérstite para adquirir definitiva y concretamente la herencia de su otro progenitor.

⁷⁸⁴ EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *Sucesión mortis causa de...*, op. cit., p. 146: “La extensión de las facultades concedidas al titular de la delegación, cónyuge o padre o madre de los hijos comunes, tiene como colofón la asignación a éste de la administración de los bienes sobre los que penden esas facultades. Esta ha sido una de las innovaciones incluidas en la letra de la ley (art. 831.2 del CC) que refuerza la calificación actual de la figura como una fiducia sucesoria, aproximándola a la regulación prevista de instituciones homólogas en los derechos civiles forales o especiales”.

⁷⁸⁵ La legítima estricta es un derecho del legitimario cuyo pago no está sujeto a la voluntad del testador. En este sentido se plantea la cuestión de si la delegación de la ordenación de la sucesión del causante *ex* artículo 831 CC puede dar lugar al aplazamiento del cobro de aquello a lo que se tiene derecho por legítima estricta durante el tiempo que tiene el supérstite para realizar la ordenación. La respuesta debe ser negativa, como apunta ASUA GONZÁLEZ, Clara, “Delegación de la facultad de ordenar...”, op. cit., pp. 508-511. En su comentario a la STS 293/2019, de 24 de mayo, la autora observa que “en el régimen general de las legítimas está la interdicción de su sujeción a plazo, interdicción que, según criterio general, se entiende incluida en el art. 831.II CC. De ahí que no quepan aplazamientos no previstos normativamente para las atribuciones en su pago. La propia fiducia supone un aplazamiento no ya solo para las atribuciones sino para la designación de sus beneficiarios, pero ello solo se proyecta sobre la mejora (legítima colectiva). Tiene razón, por lo tanto, el Tribunal Supremo, cuando confirmando la sentencia de apelación (...), razona que la imposibilidad de aplazar el plazo de la legítima estricta se deriva de su régimen general, no alterado a este respecto por ninguna disposición del art. 831 CC.”

⁷⁸⁶ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *Tendencias reformistas ...*, op. cit., pp. 107-108 observa que “la norma permite en teoría resolver más funcionalmente la sucesión cuando abundan en un matrimonio los bienes gananciales o comunes, pues de modo natural se conjuga la liquidación de la sociedad conyugal con la sucesión de ambos cónyuges, otorgando al supérstite un instrumento que puede ser eficaz para una más ordenada y funcional adjudicación de los bienes, habida cuenta de la dificultad que un patrimonio ganancial amplio suele suponer a estos efectos.”

el supérstite fiduciario la legítima y las disposiciones del causante a favor de un descendiente no común, y en caso de que concurren descendientes comunes con no comunes, el fiduciario está legitimado *ope legis* para actuar en defensa de los intereses de los hijos comunes (art. 831.4 CC). Esta medida refuerza la posición del fiduciario e intenta evitar conflictos entre hermanos de vínculo sencillo⁷⁸⁷.

Como señala EGUSQUIZA BALMASEDA el espíritu de protección a la familia en el que se fundamenta la figura del artículo 831 CC queda manifiesto en las precauciones que se establecen ante ulteriores matrimonios o la constitución de una ulterior familia⁷⁸⁸. Así, se establece que el supérstite perderá sus facultades fiduciarias si contrae ulterior matrimonio o establece una relación de hecho análoga a la conyugal⁷⁸⁹, o si tiene un hijo no común, salvo que el testador hubiese dispuesto otra cosa (art. 831.5 CC). El legislador parece entender que un nuevo emparejamiento, en tanto en cuanto supone una alteración de las circunstancias familiares existentes cuando se constituyó la fiducia, institución basada en la confianza, conlleva el riesgo de que el poder se utilice para una finalidad distinta a aquella para la que se concedió.

Resulta extraño, sin embargo, el silencio de la norma con respecto a los efectos de la separación o divorcio, o de la ruptura de la relación de pareja, por lo que cabe preguntarse si el fundamento de la fiducia es la confianza en el cónyuge supérstite o la *affectio maritalis*. Si entendemos que es la primera, la crisis matrimonial no supondría necesariamente el cese de la fiducia⁷⁹⁰. Por otro lado, puede entenderse que tales crisis conllevan una pérdida de la confianza que fundamenta esta figura y

⁷⁸⁷ GÓMEZ PERALS, Miguel, “La delegación de la facultad de mejorar...”, op. cit., p. 607.

⁷⁸⁸ EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *Sucesión mortis causa de...*, op. cit., p. 149.

⁷⁸⁹ Tal y como observa EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *Sucesión mortis causa de...*, op. cit., p. 153, no queda claro si la “relación de hecho análoga a la conyugal” que causa el cese de las facultades del supérstite comprende toda convivencia *more uxorio* que el fiduciario mantenga con un tercero, o necesariamente ha de identificarse con una situación legal de pareja estable. Reconociendo que la respuesta queda en manos de los tribunales, la autora aventura que la singularidad de la fiducia sucesoria del artículo 831 CC, la falta de una definición legal general de “pareja estable” y la tutela de los intereses de los descendientes darán lugar a una intelección amplia, en la que cualquier situación significativa de convivencia *more uxorio* quedará integrada en esa cusa, se sea o no pareja legal”.

⁷⁹⁰ GÓMEZ PERALS, Miguel, “La delegación de la facultad de mejorar...”, op. cit., p. 616.

deberían, por lo tanto, cuestionar la delegación de facultades al supérstite separado o divorciado. Ante el silencio del precepto, es conveniente incluir en el testamento alguna disposición que prevea la posibilidad de crisis matrimonial.

La amplísima delegación de la facultad de mejorar prevista en el artículo 831 del Código constituye, por lo tanto, una herramienta poderosa para reforzar la posición jurídica del supérstite en la sucesión de su consorte. El causante tiene la oportunidad, en la sucesión voluntaria, de optimizar la situación sucesoria de su cónyuge mediante la atribución de una facultad de mejorar amplia ex artículo 831 CC, combinada con una cautela *socini* que disponga a su favor el usufructo universal en los términos previstos en el artículo 820.3 CC, limitando así significativamente las restricciones que, de otro modo, impone la institución legitimaria⁷⁹¹. Sin embargo, a pesar de su enorme potencial, ya sea por falta de tradición histórica, por su complejidad o por el desconocimiento de su funcionamiento por parte de los operadores jurídicos en cuyos territorios no ha llegado a integrarse⁷⁹², lo cierto es que la fiducia sucesoria ha tenido escasa repercusión práctica⁷⁹³.

⁷⁹¹ Ibid, p. 600; EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *Sucesión mortis causa de...*, op. cit., p. 136. En relación al supuesto en que el causante atribuya al supérstite fiduciario el usufructo universal de sus bienes, ASUA GONZÁLEZ, Clara, “Delegación de la facultad de ordenar...”, op. cit., pp. 509-510, observa que en el sistema del Código Civil, una cautela *socini* con atribución al cónyuge del usufructo universal habiendo descendientes, supone que quien tenga derecho a legítima estricta puede elegir entre recibir más con gravamen o exigir la satisfacción de tal legítima limitando a la misma su atribución sucesoria, pero en ningún caso supone someter al plazo de la fiducia el pago de la legítima estricta; ciertamente, lo que ocurre es que el usufructo se proyecta sobre el objeto de las atribuciones, aplazando el disfrute pero no la titularidad.

⁷⁹² Como se verá en el siguiente capítulo, el Derecho civil vasco ha contemplado desde sus orígenes la posibilidad de designar comisario al cónyuge, por lo que su uso está mucho más extendido que la facultad de delegar del artículo 831 CC.

⁷⁹³ En este sentido observa ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *Tendencias reformistas...*, op. cit., pp. 109-110, que “lo único que resultaría conveniente es que la práctica jurídica asimile la existencia de estas posibilidades legales, todavía poco utilizadas. Quizá en esto el legislador se adelantó a los tiempos...”. La propuesta de reforma del Código civil formulada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, intenta dar un impulso a la figura en sus artículos 464-1 a 464-11, moldeándola de un modo parecido a la ordenación por comisario del Derecho Civil Vasco (aunque con importantes diferencias que atienden, como no puede ser de otra manera, a las diferentes tradiciones jurídicas); ver a este respecto CASTILLA BAREA, Margarita, “Una mirada a la fiducia sucesoria, a través de su nueva formulación en la propuesta de Código civil de la APDC”, en *La libertad de testar y sus límites*, Antoni Vaquer Aloy, M^a Paz Sánchez González, y Esteve Bosch Capdevila (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 305-343.

5. LOS DERECHOS DEL CÓNYUGE VIUDO EN LA SUCESIÓN INTESTADA

Como apuntábamos en relación a la sucesión voluntaria, el artículo 658 CC establece que, a falta de testamento, la sucesión se defiere por disposición de la ley, siendo también posible deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley. La sucesión intestada sólo tiene lugar, por lo tanto, en defecto de la voluntaria y la vocación testamentaria elimina el *ab intestato*⁷⁹⁴. Esta posición supletoria queda también constatada en el artículo 913 CC que designa a los sucesores legales precisando que “a falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado”.

Los llamamientos previstos en el Código civil para la sucesión intestada tienen un origen romanista basado en la teoría de la voluntad presunta del causante. Partiendo de que el llamamiento legal se produce para garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas subsistentes tras la muerte del titular de un patrimonio, cuando éste no ha dispuesto quién se subrogará en dichas relaciones, la ley prevé un orden de llamamientos construido sobre la presunción del destino *post mortem* que el causante medio o típico hubiera dado a su patrimonio si hubiera manifestado su voluntad⁷⁹⁵. Por lo tanto, el orden de la vocación legal se basa en una valoración puramente presuntiva que determina quién sustituirá al causante en sus derechos y obligaciones cuando él mismo no lo haya dispuesto o dicha disposición no sea válida. Como apunta la doctrina, a pesar de las dificultades inherentes en realizar dicha valoración, es necesario que el orden de llamamientos previstos por el legislador refleje la voluntad del causante típico en la sociedad de cada momento histórico⁷⁹⁶.

⁷⁹⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Elementos de Derecho...*, op. cit., p. 576; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil...*, op. cit., p. 207.

⁷⁹⁵ Para un análisis de las diferentes teorías sobre el fundamento filosófico-jurídico de la sucesión *ab intestato*, ver PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., pp. 59 y ss.

⁷⁹⁶ *Ibid*, p. 75. La autora observa que “la determinación del criterio que justifique el por qué la norma, al articular el sistema de sucesión intestada, debe llamar a unas personas antes que a otras, no puede ser único. (...) los llamamientos deben resultar lógicos, naturales o coherentes con el pensamiento de la sociedad, pues la ley está destinada a regular su realidad, pero es evidente que, respondiendo normalmente tal conciencia social a distintas motivaciones, el eje que ha de guiar a la regla sucesoria en este punto no puede concretarse en algo parcial y exclusivo sino en varias causas concurrentes,

Hasta la codificación, el cónyuge supérstite era llamado a la sucesión intestada después de los descendientes, ascendientes y, a efectos prácticos, después de todos los colaterales, siendo su vocación legal más bien teórica⁷⁹⁷. Este posicionamiento tan remoto del cónyuge reflejaba su estatus de persona “extraña” a la familia del causante, que no estaba unido a ella por lazos de sangre, por lo que su inclusión en la sucesión del fallecido conllevaba el riesgo de que los bienes salieran de la familia de procedencia. La redacción original del Código civil en 1889 mejoró significativamente la posición del cónyuge, ubicándolo inmediatamente a continuación de los hermanos e hijos de hermanos (colaterales privilegiados) y con preferencia a los demás colaterales, adquiriendo por fin, en palabras de PÉREZ ESCOLAR, el estatus de un verdadero heredero legal con posibilidades reales de llegar a serlo⁷⁹⁸.

La última mejora en el posicionamiento del cónyuge sobreviviente en la herencia intestada de su consorte fue introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que le ubicó en tercera posición, tras descendientes y ascendientes, y con preferencia a todos los colaterales, privilegiados y no privilegiados, posición en la que continúa bajo la normativa actual. El hecho de que el legislador de 1981 otorgara al cónyuge un derecho en la sucesión de su consorte premuerto mejor que el de los parientes colaterales fue un reconocimiento a la creciente importancia del vínculo matrimonial en la sucesión del causante frente a la parentela⁷⁹⁹. La inevitable

las cuales, unas u otras, nos llevarán a preferir en la sucesión a unos sujetos frente a otros e, incluso, a proyectar esta complejidad de causas sobre un mismo hipotético llamado.”

⁷⁹⁷ La evolución histórica queda bien recogida por LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de sucesiones*, op. cit., pp. 251-252, que recuerda que “los Derechos germánicos, preocupados por la conservación de los bienes en el tronco familiar, no favorecían en la sucesión *mortis causa* al cónyuge viudo, que podía desviarlos para su propia familia, arrebatándolos a la del premuerto. (...) El Derecho romano justiniano, a su vez, sólo llamo al viudo o viuda en la sucesión intestada a falta de colaterales de décimo grado. Las Partidas repiten esta regulación (6, 13, 6), y así sigue hasta la Ley de mostrencos de 1835, que coloca al viudo después del cuarto grado de la línea colateral, con una reserva de los bienes raíces de abolengo.”

⁷⁹⁸ PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., p. 52.

⁷⁹⁹ Con respecto al posicionamiento del cónyuge tras la reforma de 1981, LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Elementos de Derecho...*, op. cit., p. 587, apuntaban que “la ampliación de derechos que concede ahora el legislador de la reforma de 1981 se inscribe en la línea de la creciente conyugalidad y reducción de la familia (familia nuclear), en la cual los lazos de afecto son, en principio, mayores entre los cónyuges que entre los hermanos.”

pregunta es si, más de cuarenta años después, ese posicionamiento aún refleja adecuadamente el lugar que el cónyuge debe ocupar en la sucesión de su consorte⁸⁰⁰. Antes de abordar esa cuestión, conviene hacer una descripción más detallada de la posición del supérstite en la sucesión intestada.

Como apuntábamos anteriormente, la redacción actual del Código civil ubica al cónyuge supérstite no separado legalmente o de hecho⁸⁰¹, en tercera posición en el orden de llamamientos *ab intestato*, después de todos los descendientes del causante y de todos los ascendientes, de acuerdo con los artículos 943, 944 y 945 del Código civil. Al igual que en el sistema de legítimas, la posición prioritaria en la sucesión intestada la ocupa la línea recta descendiente, llamándose primero a los hijos y, en su defecto, a los nietos, bisnietos etcétera (art. 930 CC). Como es sabido, la delación *ab intestato* es siempre en calidad de heredero universal, por lo que en caso de existir hijos o, en su defecto, descendientes, quedarían excluidos todos los demás. A falta de descendientes el legislador llama a la línea recta ascendiente (art. 935 CC), aplicándose también aquí el principio general por el que el grado más

⁸⁰⁰ Tal y como apunta JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo, “La mejora de la posición del cónyuge viudo en la sucesión intestada del Código civil”, en *Estudios de derecho de sucesiones*. Liber Amicorum. Teodora Felipa Torres García, Andrés Domínguez Luelmo y M^a Paz García Rubio (dir.), La Ley, Las Rozas, 2014, p. 710, “desde esta última reforma han transcurrido ya más de treinta años y cualquier observador puede darse cuenta sin esfuerzo de los cambios producidos en nuestra sociedad, entre ellos, como se ha indicado también por la doctrina: un incremento de la edad a la que se puede esperar la sucesión, mayor sensibilidad hacia la consideración de otros modelos de familias, distintas de la matrimonial, incremento del número de familias sin hijos, de familias reconstituidas, etc., a los que no ofrece ninguna respuesta o satisfactoria el CC en su regulación de la sucesión testada e intestada.”

⁸⁰¹ Al igual que en el caso de la legítima viudal (art. 834 CC), es requisito subjetivo para ser llamado a la sucesión intestada que los cónyuges no se encuentren separados legalmente o de hecho, en el momento de la muerte del causante. La evolución histórica y el debate relativo a este requisito se ha abordado en la sección dedicada a la legítima y, en concreto, en el epígrafe relativo a los requisitos subjetivos del cónyuge legitimario que incluye las referencias relevantes a la sucesión intestada, por lo que no los repetiremos aquí. Baste recordar que el artículo 945 CC fue inicialmente reformado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, para establecer que el cónyuge no sería llamado a la sucesión intestada si se hallaba separado judicialmente o de hecho, siempre que, en éste último caso, la separación fuera de mutuo acuerdo y constara fehacientemente. Estos requisitos desaparecieron con la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modificó el artículo 945 CC, en línea con el artículo 834 CC, para requerir solamente que el cónyuge no estuviera separado judicialmente o de hecho (tras la reforma introducida por la ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, la referencia es a la separación legal, en lugar de judicial, para incluir la posibilidad de la separación acordada por convenio regulador ante Notario o Secretario Judicial). *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, Marta, “Incidencia de la Ley 15/2005...”, op. cit., pp. 177-199; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, “Incidencia de las crisis matrimoniales...”, op. cit., pp. 1-33; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada...*, op. cit., pp. 279-286; PEREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., pp. 347-416; EGUSQUIZA BALASEDA, M^o Ángeles, *Sucesión legal...*, op. cit., *in totum* (incluye un análisis de la jurisprudencia relevante); FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “La inacabada reforma...”, op. cit., pp. 167 y ss.

cercano en parentesco excluye al más remoto (art. 921 CC). Sólo ante la inexistencia de descendientes y ascendientes será llamado el cónyuge a la herencia, a título de heredero universal y, por lo tanto, con derecho a recibir los bienes hereditarios en propiedad⁸⁰².

Coincido con los que opinan que el viudo tiene una posición poco ventajosa en la sucesión intestada, pues es postergado por cualquier descendiente o ascendiente⁸⁰³. Es cierto, sin embargo, que en estos casos el cónyuge no queda totalmente desprotegido, ya que tiene siempre garantizado el derecho a su legítima usufructuaria⁸⁰⁴. Recordemos que, en concurrencia con descendientes, el cónyuge sobreviviente tiene derecho al usufructo de un tercio de la herencia (art. 834 CC)⁸⁰⁵; en concurrencia con ascendientes, tiene derecho al usufructo de la mitad de la herencia (art. 837 CC); y en caso de concurrir con el resto de parientes o con extraños, el cónyuge tiene derecho al usufructo de dos tercios de la herencia (art. 838 CC)⁸⁰⁶.

Dicho esto, planteamos nuevamente la pregunta: ¿Se corresponde la posición que ocupa el cónyuge en la sucesión intestada de su consorte con la demanda de la sociedad actual? La respuesta no puede ignorar que, como venimos señalando, la tendencia a la nuclearización de la familia que ya observó el legislador de 1981 ha continuado extendiéndose⁸⁰⁷ y que se refieren indicios cada vez mayores de que, a

⁸⁰² Vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada...*, op. cit., p. 273 y ss.; FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura, "La libertad de testar...", op. cit., pp. 509-514.

⁸⁰³ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada...*, op. cit., p. 274.

⁸⁰⁴ Ver sección relativa a la Legítima del Cónyuge Viudo y, en concreto, el epígrafe titulado "Atribución en la sucesión intestada".

⁸⁰⁵ Apunta MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada...*, op. cit., p. 275, que el usufructo viudal en este caso sólo puede gravar el tercio de libre disposición, ya que se deben respetar los dos tercios por legítima, al no haber mejora.

⁸⁰⁶ A pesar de ser llamado como heredero universal en la sucesión intestada, excluyendo a parientes y extraños, la legítima viudal sigue teniendo relevancia en este caso, por ejemplo, en el caso de donaciones inoficiosas realizadas por el causante en vida, o si la sucesión es mixta, si el testador dispuso legados que resultan inoficiosos.

⁸⁰⁷ Tal y como observa REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, "La actualización del Derecho...", op. cit., p. 28, los resultados de una encuesta realizada entre notarios muestran que "[s]igue siendo una constante no sólo la consolidación de la familia nuclear sino también la reducción de su dimensión (...)". El autor describe también el fenómeno de la postnuclearización, con núcleos familiares truncados o incompletos con el predominio de hogares unifamiliares que hacen reflexionar sobre el

los ojos de la sociedad, el cónyuge alcanza en el orden sucesorio una posición de preeminencia incluso frente a los hijos⁸⁰⁸. A mayor abundamiento, los testimonios de múltiples notarías describen un deseo mayoritario por parte de los causantes casados con hijos, de ofrecer la mayor protección posible a su consorte, más allá de lo que la normativa actual permite⁸⁰⁹. Por consiguiente, teniendo en cuenta que el fundamento de la sucesión *ab intestato* es el reflejo de la voluntad presunta de los cónyuges, es obvio que existe un desfase entre dicha voluntad y la normativa actual que es necesario acompasar, reforzando la participación del cónyuge viudo en la sucesión legal de su consorte⁸¹⁰.

Apunta la doctrina que los principales ordenamientos de nuestro entorno han introducido durante los primeros años del siglo XXI importantes reformas en el ámbito de la sucesión intestada dirigidas a mejorar la posición del cónyuge en el orden de llamamientos legales⁸¹¹. La civilista MARTÍNEZ MARTÍNEZ, tras analizar

sentido del sistema de sucesiones actual. Finalmente, se remarca el primado conyugal que va sustituyendo el primado de los hijos, “que ya no son obligatorios ni imprescindibles” poniéndose el acento en la relación afectiva que une a los cónyuges.

⁸⁰⁸ Ibid, p. 29.

⁸⁰⁹ RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La herencia de los viudos: usufructo universal y legítima de los hijos*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 10, señala que se ha demostrado estadísticamente mediante encuestas llevadas a cabo por BORRACHERO y VALLET DE GOYTISOLO, que alrededor del 90 por 100 de los testamentos otorgados por personas casadas con descendientes contienen un usufructo universal a favor del cónyuge sobreviviente, con la simultánea atribución de la nuda propiedad de todo el patrimonio relicto a los descendientes. Ver también resultados similares en REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, “La actualización del derecho...”, op. cit., pp. 31-33: “...es claramente mayoritaria (93%), pero no unánime (...), la opinión de que cabe apreciar en los testadores la existencia de un deseo de favorecer económicamente al cónyuge viudo más allá de lo que permiten las normas que protegen las legítimas de los descendientes o ascendientes” (p. 32).

⁸¹⁰ FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “La inacabada reforma...”, op. cit., p. 291; JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo, “La mejora de la posición del cónyuge...”, op. cit., pp. 722-723 apunta, refiriéndose a la voluntad de los testadores que “en la realidad social es apreciable el deseo, de acuerdo con lo que se ha venido en llamar ‘cultura del envejecimiento’ –y una vez cumplidos esos deberes con respecto a los hijos de haberles proporcionado los medios en vida para su autonomía económica y no tengan que depender de la herencia– de mantener el mismo nivel o calidad de vida hasta la muerte (...). No otra cosa se aprecia –y esto sí es de verdad presunción de la voluntad a tener en cuenta por el legislador y no elucubraciones sobre ella en momentos históricos pasados-, en la gran mayoría de disposiciones testamentarias atribuyendo el usufructo de todos los bienes de la herencia al cónyuge”.

⁸¹¹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada...*, op. cit., pp. 291 y ss. incluye una descripción de la posición del cónyuge en la sucesión intestada en los derechos civiles forales y especiales, así como en los derechos extranjeros de nuestro entorno, con especial referencia al Derecho Francés. El *Code Civil* se ha modificado para reconocer al cónyuge viudo que concurre a la herencia de su consorte con hijos o descendientes comunes, la opción de recibir un cuarto de la herencia en plena propiedad o un derecho de usufructo universal sobre la totalidad de la herencia; en caso de concurrir con hijos no comunes, el viudo tiene derecho a un cuarto de la herencia en propiedad, pero no tiene

la posición del supérstite en la sucesión intestada en los derechos civiles forales y especiales, así como en los derechos extranjeros de nuestro entorno, concluye que “el Código civil español constituye el único ordenamiento de nuestro entorno europeo que no reconoce derechos abintestato al cónyuge en concurrencia con descendientes (herederos de primer orden en la práctica totalidad de los ordenamientos mencionados) y es también el único que llama a todos los ascendientes (distintos del padre o madre del causante) con preferencia al cónyuge”⁸¹². Debemos plantearnos, por lo tanto, si procede revisar el orden de los llamamientos legales del Código civil.

Habida cuenta de que, en sede de sucesión forzosa, sugerí la eliminación de los ascendientes como legitimarios, no resultará sorprendente ahora que me posicione a favor de la conveniencia de anteponer al cónyuge viudo respecto de los ascendientes en el orden de llamamientos legales, situación que ya existe en algunos de los ordenamientos forales⁸¹³. Esta reforma, que ya la sugería hace décadas DÍEZ-

la opción de recibir su derecho en usufructo. En caso de concurrir con los padres del causante, el cónyuge tiene derecho a la mitad de la herencia en propiedad y si el padre o madre muriera antes que el causante, el cónyuge recibe su parte. Si premueren ambos, padre y madre, el cónyuge hereda la totalidad de la herencia *ab intestato*. Ver también PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., pp. 145-202; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, “La reforma de la sucesión intestada...”, op. cit., pp. 429-438; JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo, “La mejora de la posición...”, op. cit., pp. 725-720.

⁸¹² MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada...*, op. cit., pp. 307-308.

Tal vez el ordenamiento europeo que ofrece mayor contraste con el del Derecho civil común español sea el inglés cuyas normas *ab intestato* favorecen al supérstite (cónyuge o pareja de hecho legalmente constituida) por encima de todos los parientes, llamándole a la totalidad de la herencia en caso de no haber descendientes, y a la mayor parte de la misma si los hubiera (en concreto, el cónyuge que concurre a la herencia con hijos o descendientes recibe una cantidad de dinero establecida por ley que a menudo agota la totalidad del valor de la herencia, los bienes personales del causante en su totalidad, y la mitad del remanente, si lo hubiera, en propiedad. Se prevén, además, una serie de normas dirigidas a asegurar que el supérstite no se vea privado de la vivienda familiar tras la muerte de su consorte). Sólo cuando los descendientes concurren solos (es decir, a falta de cónyuge o pareja civil), heredarán la totalidad de la herencia. A falta de cónyuge y descendientes, son llamados a heredar el padre y la madre y, en su defecto, los hermanos y hermanas. A falta de todos estos parientes serán llamados a la herencia del causante sus abuelos y, en su defecto, los tíos y tías. Finalmente, a falta de cónyuge y de los parientes mencionados, se adjudica el patrimonio hereditario al Estado (*the Crown*). Ver Capítulo I.

⁸¹³ El cónyuge viudo se posiciona inmediatamente después de los descendientes y por delante de los ascendientes en los Derechos catalán y vasco. En el caso del País Vasco, como veremos en el siguiente capítulo, desde la reforma introducida por la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco, el cónyuge viudo se antepone a los ascendientes del causante en la sucesión intestada de bienes no troncales (arts. 110 y ss.).

PICAZO⁸¹⁴, cuenta hoy en día con múltiples apoyos⁸¹⁵, entre ellos, el de la propuesta de modificación del Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. La Propuesta mantiene las mismas clases de herederos legales, pero relega a los ascendientes frente al cónyuge supérstite a quien llama inmediatamente después de los descendientes⁸¹⁶. Como explica GALICIA AIZPURUA, “este cambio parece justificado tanto por la reducción del grupo convivencial desde una familia extensa a otra estrictamente nuclear, como por comportar una solución ajustada a los deseos de un causante tipo (a salvo, obviamente, situaciones de crisis familiar), aparte de por el hecho de que, en la actualidad, la fuente primordial de riqueza viene constituida por el trabajo personal de ambos cónyuges y rara vez por la fortuna heredada de los ascendientes o de cualesquiera otros parientes”⁸¹⁷.

En cualquier caso, de introducirse este cambio en el posicionamiento del supérstite, sería sensato establecer algún derecho a favor de los ascendientes o, al menos, de la madre y el padre del causante. Algunos autores afirman que la solución ya está prevista en el sistema de legítimas actual que establece que, en caso de concurrir los ascendientes con el cónyuge viudo, tendrán derecho a un tercio de la herencia en propiedad (art. 809 CC)⁸¹⁸. La Asociación de Profesores de Derecho Civil propuso que los ascendientes recibieran su legítima, que en la Propuesta es de un cuarto de la herencia en propiedad en caso de concurrencia con el cónyuge, y se mantuviera en la sucesión *ab intestato* la figura contemplada en el artículo 812 CC de reversión legal de las donaciones hechas por los ascendientes a favor del causante cuando

⁸¹⁴ Opinión reflejada aún en DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil...*, op. cit., p. 208: “Cabe, además, pensar que la evolución que sigue la familia hacia un tipo de familia exclusivamente conyugal o nuclear impone también alguna modificación en el orden de preferencia de los llamamientos (p. ej., preferencia del cónyuge respecto de los ascendientes, salvo quizá en los bienes troncales de la familia).”

⁸¹⁵ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura, “La libertad de testar...”, op. cit., pp. 509 y ss.; PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., 85 y ss.; PÉREZ ESCOLAR, Marta “Sucesión intestada...”, p. 1644 y ss.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada...*, op. cit., pp. 311 y ss.; CORRAL GARCÍA, Eduardo, *Los derechos del cónyuge viudo...*, op. cit., pp. 25-26; JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo, “La mejora de la posición del cónyuge...” op. cit., pp. 709-725.

⁸¹⁶ Artículo 466-12 de la Propuesta.

⁸¹⁷ GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Una propuesta doctrinal...”, op. cit., p. 328.

⁸¹⁸ PÉREZ ESCOLAR, Marta, “Sucesión intestada...”, op. cit., p. 1646.

fallece sin posteridad⁸¹⁹. Por mi parte, tal y como ya adelanté en la sección relativa a la sucesión forzosa, creo que los ascendientes podrían recibir una prestación alimenticia a la que sólo accederían en caso de hallarse en situación de necesidad originada por la muerte del causante⁸²⁰.

Más complicado resulta establecer si los hijos y descendientes deben seguir siendo llamados por delante del supérstite. Como ya he señalado, aunque considero que el sistema sucesorio inglés no acierta en la forma indiscriminada en la que antepone el interés del supérstite al de los descendientes en la sucesión legal, sí comparto la idea rectora de su normativa: el supérstite debe de estar en el centro de cualquier propuesta, ya que, en la mayoría de los casos, es la persona más vulnerable que concurre a la sucesión. Por lo tanto, considero que el supérstite debe ocupar el primer orden de la sucesión intestada. Dicho esto, creo que la experiencia inglesa nos muestra los peligros de inclinar la balanza sucesoria en exceso en favor del cónyuge o pareja. Una norma que atribuye prácticamente toda la herencia al cónyuge puede resultar, a primera vista, atractiva y posiblemente sea apta para un modelo de familia tradicional con hijos comunes, en el que el supérstite actúa como conducto de la herencia del causante, transmitiendo los bienes hereditarios a los hijos comunes tras su muerte (recordemos la *conduit theory* de la *Law Commission*⁸²¹). Sin embargo, ya vimos en el capítulo anterior que esta norma soluciona algunos problemas, pero genera otros. El legislador inglés entiende que al favorecer al cónyuge no está, necesariamente, excluyendo a los hijos, sino simplemente posponiendo su derecho. Como ya señalamos, esta teoría de la conducción de los bienes del supérstite a los hijos, no siempre se cumple cuando los

⁸¹⁹ GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Una propuesta doctrinal...”, op. cit., p. 329.

⁸²⁰ Ver epígrafe 3.5. En una línea similar, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada...*, op. cit., p. 314-316 propone que, si el cónyuge se antepusiera a los ascendientes, se debería reconocer al padre o a la madre del causante (y no a ascendientes más alejados) un derecho de alimentos que dependiera de su capacidad económica, reservándose a aquellos que verdaderamente lo necesitaran. La autora también propone que, en caso de concurrir a la herencia con descendientes, se le reconozca al cónyuge el derecho a una porción de la herencia en usufructo, apuntando a las dificultades prácticas surgidas en Francia en el cálculo de las legítimas desde que se le ha reconocido al viudo el derecho a una cuota en propiedad cuando concurre con descendientes (pp. 312-131). FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura, “La libertad de testar...”, op. cit., p. 517, propone un derecho de usufructo sobre un tercio de la herencia.

⁸²¹ Los argumentos de la *Law Commission* con respecto a esta teoría como base de su sucesión legal, se expusieron en el Capítulo I, epígrafe 2.7.2 (b).

hijos son comunes y, mucho menos, cuando no lo son. La propuesta inglesa, por lo tanto, no nos sirve, ya que, aunque sin duda logra el objetivo de proteger al cónyuge, deja a los hijos –sin diferenciar entre hijos adultos, menores, discapacitados o hijos sólo del causante- desprotegidos en la mayoría de los casos.

Una propuesta ciertamente interesante que se ajusta al mencionado principio rector de otorgar al cónyuge una posición preeminente en la sucesión de su consorte, es la articulada por VAQUER ALOY en relación a la sucesión intestada en Catalunya⁸²². Fundamentalmente, el autor propone reposicionar al supérstite en el primer orden de la sucesión intestada junto con los hijos, pero de forma que la sucesión de los hijos no devenga simbólica o testimonial como vimos que sucede en el caso inglés. Tras concluir que la actual solución usufructuaria prevista para el caso de concurrencia es insatisfactoria tanto para el supérstite usufructuario como para los hijos nudos propietarios, el autor propone la posibilidad de estructurar la sucesión legal a modo de fideicomiso de residuo o de sustitución preventiva de residuo⁸²³. La solución prevé, en esencia, un fideicomiso de residuo, con facultad de disponer *inter vivos* sujeta al principio de subrogación real, de modo que el patrimonio es primero para el supérstite (fiduciario legal) y después para los descendientes (fideicomisarios legales). Curiosamente, la propuesta de VAQUER ALOY consigue el objetivo que el legislador inglés pretendía lograr: que el supérstite actúe como conducto de los bienes hereditarios del causante que pasarán del causante al supérstite y del supérstite a los hijos. De hecho, el autor se refiere a su propuesta como una aplicación de la teoría de la conducción precisada por la ley. La propuesta también contempla la posibilidad de que el fideicomiso pueda conmutarse a petición del cónyuge por una cuarta parte de la herencia en propiedad y un derecho de usufructo sobre la vivienda familiar (con el valor del usufructo computado en el cálculo de la cuarta parte). Aunque la propuesta tiene un encaje más difícil en el

⁸²² VAQUER ALOY, Antoni, *Reflexions escoceses...*, op. cit., *in totum*.

⁸²³ En la actualidad, el artículo 442-3.2 del Código civil catalán establece que el cónyuge es llamado a la herencia en defecto de descendientes y, si concurre con éstos, tiene derecho al usufructo universal de la herencia o puede pedir que se conmute este derecho (art. 442-5 CCC). Además, en caso de carecer de suficientes medios económicos para su sustento, considerando el nivel de vida que habían mantenido los consortes y el patrimonio relictivo, el supérstite tiene derecho a una cuarta parte del caudal en plena propiedad si concurre con descendientes (art. 452-1 CCC).

caso de las familias reconstituidas, también en esos casos podría funcionar⁸²⁴. Acaso en estos casos la facultad de instar la conmutación del fideicomiso podría extenderse a los hijos que lo sean sólo del causante.

Finalmente, una cuestión a tener en cuenta en relación a la posición del cónyuge en la sucesión legal y en cualquier propuesta de modificación de la misma, es la reserva impuesta por el artículo 811 CC. Desde la reforma de la Ley 11/1981 el cónyuge ha sido llamado a la herencia de su consorte por delante de los parientes colaterales. Este cambio en el orden de llamamientos creó una discrepancia con la previsión del artículo 811 CC que contempla que, cuando el cónyuge recibe los bienes de su consorte premuerto a través de la herencia otorgada por un hijo o descendiente común que previamente heredó de aquél consorte fallecido, el cónyuge heredero tiene la obligación de reservar los bienes adquiridos *ab intestato*, para que, una vez fallecido, retornen a la familia de procedencia, siempre que exista algún pariente de hasta tercer grado. La reserva del artículo 811 CC tiene como objetivo evitar el cambio de línea de los bienes hereditarios, garantizando su conservación dentro de la familia de procedencia⁸²⁵. Antes de la reforma de 1981, a falta de descendientes y ascendientes, los bienes del causante eran heredados por sus hermanos y sobrinos, con lo que no había peligro de que los bienes salieran de la línea de procedencia. Sin embargo, al colocar al cónyuge por delante de los colaterales cuando es llamado a la herencia intestada de su consorte, el cónyuge recibe la titularidad de todos los bienes del causante directamente y sin ninguna obligación de reservarlos a favor de

⁸²⁴ El autor considera otras posibles opciones para el caso de las familias reconstituidas, pero concluye que el fideicomiso de residuo representa la mejor opción (VAQUER ALOY, Antoni, *Reflexions escoceses...*, op. cit. pp. 99-102). Articular una propuesta de reforma para el caso de las familias reconstituidas resulta extremadamente difícil, debido, entre otras cosas, a la enorme variedad de tipologías que dicho término abarca. El autor nos ofrece otra sugerencia, esta vez articulada en torno, precisamente, de las familias reconstituidas en VAQUER ALOY, Antoni, e IBARZ LÓPEZ, Noelia, "Las familias reconstituidas...", op. cit., pp. 211-235. Los autores parten de la convicción de que deben reconocerse derechos sucesorios legales a los miembros de las familias reconstituidas y articulan diferentes soluciones para el caso de la sucesión forzosa y de la sucesión legal. El trabajo refleja la complejidad de articular normas generales para este variado modelo familiar, optándose por una propuesta cauta que contempla derechos sucesorios, principalmente, para los supuestos más evidentes de integración total de las "hijastras o hijastros" en la familia del causante. Resulta también interesante en este sentido la aportación de BARBA, Vincenzo, "Familias recompuestas y Derecho de sucesiones: una posible propuesta de regulación", *Revista de Derecho civil*, vol. IX, núm. 3, julio-septiembre 2022, pp. 157-206.

⁸²⁵ CARCABA FERNÁNDEZ, María, *Los derechos sucesorios...*, op. cit., pp. 66-68.

la familia del causante⁸²⁶. Se ha sugerido –en mi opinión acertadamente– que el artículo 811 CC debería desaparecer, ya que resulta anacrónico que, tras la preferencia reconocida al cónyuge frente a los colaterales desde la reforma de 1981, se mantenga una norma que le obliga a reservar bienes a favor de aquellos⁸²⁷.

6. LA PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO DESDE EL DERECHO DE FAMILIA

6.1. Derecho de predetracción del ajuar doméstico

El artículo 1321 del Código civil establece que, “fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber”.

La norma configura un derecho de predetracción a favor del cónyuge sobreviviente sobre los bienes que constituyen el ajuar de la vivienda habitual, sustrayéndolos no sólo de la liquidación del régimen económico matrimonial, sino también de la formación del caudal relicto del causante; es decir, el cónyuge viudo adquiere la titularidad de dichos bienes sin que se le computen ni en la cuota que le corresponde en la liquidación del régimen económico matrimonial, ni en la cuota a la que tenga derecho en la herencia de su consorte premuerto⁸²⁸. El fin de la norma, introducida por la Ley 13/1981, de 13 de mayo, es proteger al cónyuge sobreviviente para que

⁸²⁶ El profesor LACRUZ BERDEJO señaló esta discrepancia en su momento apuntando que “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”.

⁸²⁷ La civilista MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada...*, op. cit., p. 319, propone una solución distinta, que diferencie entre bienes adquiridos por la propia industria del causante y bienes de origen familiar, adquiridos por el causante por sucesión o donación de sus familiares, y apunta que en relación a estos últimos “existen argumentos de peso para llamar preferentemente a personas que representen a la familia de origen cuando el cónyuge viudo haya fallecido o si pasa a ulteriores nupcias o relaciones de hecho análogas al matrimonio o tiene nueva descendencia

⁸²⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de familia y Derecho de sucesiones*, volumen IV, Tecnos (5ª edición), Madrid, 1989, p. 154; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Bercal (5ª edición), Madrid, 2018, pp. 139-140.

no quede perjudicado como consecuencia de la muerte de su consorte y pueda continuar viviendo en el mismo entorno material⁸²⁹.

La transmisión de los bienes que integran el ajuar se produce *ex lege*, por mandato legal, por lo que será nula cualquier disposición testamentaria en contrario⁸³⁰ y los herederos del cónyuge fallecido no podrán pedir nada en compensación, aunque sí se admiten los pactos dirigidos a modalizar su contenido acordando, por ejemplo, el derecho a una pensión o a una cantidad de dinero en lugar del ajuar⁸³¹.

En vista de lo anterior, resulta particularmente importante identificar los bienes que integran el ajuar, ya que lo que no sea reclamado por el cónyuge pasará a formar parte del patrimonio hereditario. El artículo 1321 CC se refiere a las ropas, mobiliario y enseres que se hallen en la vivienda habitual común, por lo que parece que quedan excluidos aquellos que pudieran encontrarse en segundas residencias o

⁸²⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, DE PABLO CONTRERAS, Pedro y PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *Curso de Derecho civil (IV), Derecho de familia*, Edisofer (6ª edición), Madrid, 2021, p. 242. Se señala otras normas que persiguen la misma finalidad, como son el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos o la atribución preferente al viudo de la vivienda donde tenía el matrimonio su residencia habitual, ex artículo 1406.4 CC (p. 208). En palabras de CORRAL GARCÍA, Eduardo, *Los derechos del cónyuge...*, op. cit., p. 200, “dicho privilegio o ventaja (...) tiene como fundamento la unidad de la familia, como consecuencia del matrimonio, prolongando su efecto más allá de la disolución por causa de muerte. (...) Y en el orden práctico, la norma obedece a una necesidad muy plausible: la protección del cónyuge sobreviviente contra las acciones desconsideradas o arbitrarias de los herederos del premuerto, máxime si son descendientes de un anterior matrimonio.”

⁸³⁰ El Tribunal Supremo afirmó en su Sentencia de 19 de mayo 2000 (RJ 2000, 3583) que “no puede obviarse la norma imperativa, inderogable por la voluntad de alguno de los cónyuges, del art. 1321 del Código, según la cual fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobrevive, sin computársele en su haber. De ahí que ninguno de los cónyuges pueda disponer de tales bienes sino para el supuesto de sobrevivencia al otro esposo, ya que, de fallecer en estado de casado, los bienes que componen el ajuar de la vivienda habitual común se atribuyen, por disposición legal, al cónyuge supérstite.” Ver también Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 10 de diciembre de 1997 (AC 1997, 2482), en la que la Audiencia dispuso que “tales bienes [ropas, mobiliarios y enseres] se entregarán al cónyuge que sobreviva, sin computárselo en su haber, en lo que la doctrina ha calificado como un legado legal, de suerte que, con independencia de su condición de bienes privativos o gananciales y, por ejemplo, las ropas personales tienen siempre carácter privativo, art. 1346.7, y pese a que en este caso el testador disponga de ellos como legado en su testamento en favor del cónyuge, esos bienes han de entregarse siempre al cónyuge viudo sin imputación alguna a lo que haya de recibir por título de herencia o legado; y siendo esto así, es patente que carece de toda utilidad y necesidad que conste en el inventario la relación de los bienes que constituyen la entrecasa y su posterior avalúo y especial adjudicación.”

⁸³¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Derecho Civil...*, op. cit., p. 140.

en residencias usadas exclusivamente por uno de los cónyuges⁸³². Tal y como apunta DÍEZ-PICAZO, la referencia a la vivienda “común” no puede interpretarse como limitativa de este derecho a los matrimonios en los que rija el régimen de gananciales, sino que simplemente se refiere a la vivienda habitual, donde está su hogar común, surgiendo el derecho a favor del cónyuge independientemente del carácter ganancial o privativo de la misma⁸³³. El propio precepto, en su segundo apartado, excluye las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor. Esta valoración se refiere al valor objetivo del bien y debe de llevarse a cabo atendiendo a la situación económica de la familia⁸³⁴. De acuerdo con la doctrina, la consideración de lo que constituye un valor “extraordinario” debe referirse al nivel de vida de cada matrimonio, siendo necesario que los bienes sean no sólo valiosos, sino especialmente valiosos para ese matrimonio⁸³⁵.

6.2. Disposiciones favorables al cónyuge viudo bajo el régimen de gananciales

Resulta sobradamente conocido que la muerte del causante determina no sólo la apertura de su sucesión, sino también la disolución de su matrimonio y, por consiguiente, la disolución y posterior liquidación del régimen económico por el que se rigió aquél. A pesar de que, en mi opinión acertadamente, el Derecho civil común no tiene en cuenta el régimen económico del matrimonio a la hora de fijar la cuantía de la legítima del cónyuge viudo, ni la extensión de su derecho en la sucesión intestada del consorte premuerto⁸³⁶, no cabe duda de que el régimen matrimonial

⁸³² CORRAL GARCÍA, Eduardo, *Los derechos del cónyuge viudo...*, op. cit., p. 208.

⁸³³ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de familia...*, op. cit., p. 154.

⁸³⁴ Ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2004 (RJ 2004, 749): “a la vista de las condiciones y posición económica y social del actor (...) los muebles y objetos reivindicados no destacan por su valor si nos atenemos a la situación patrimonial del actor y su familia, y por tanto, no deben ser excluidos del ajuar doméstico.”

⁸³⁵ GIMÉNEZ COSTA, Ana y VILLÓ TRAVÉ, Cristina, “Libertad de testar...”, op. cit., p. 225. En el mismo sentido se expresa CORRAL GARCIA, Eduardo, *Los derechos del cónyuge viudo...*, op. cit., p. 207 al afirmar que “tanto la doctrina como la jurisprudencia son favorables a interpretar el art. 1321 de la manera más beneficiosa para el cónyuge viudo, ya que su finalidad es favorecer a dicha persona...”.

⁸³⁶ PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., pp. 228-234. Ver también MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada...*, op. cit., pp. 286-288 que confirma que el derecho español no ha tenido nunca en cuenta el sistema económico matrimonial para establecer los derechos a la

elegido por los esposos impacta de manera considerable en los derechos sucesorios del sobreviviente. En concreto, el cónyuge sobreviviente que hubiese estado casado en régimen de gananciales cuenta con una posición *post mortem* mucho más favorable que aquel que lo hubiera estado en régimen de separación de bienes. No en vano apunta la doctrina que el legislador intenta paliar la limitada protección que ofrece al cónyuge en el ámbito sucesorio mediante la generalización del régimen económico matrimonial de gananciales⁸³⁷.

La sociedad de gananciales es el régimen supletorio legal de primer grado en el Derecho civil común (arts. 1315 y 1316 CC); es decir, a falta de pacto entre los cónyuges o si dicho pacto resulta ineficaz, el régimen que se aplica al matrimonio es el régimen comunitario de gananciales⁸³⁸. Bajo este régimen, el más habitual entre parejas de vecindad civil común⁸³⁹, tras la muerte de su consorte el cónyuge supérstite recibe en propiedad la mitad de los bienes que integraron el patrimonio común que se generó constante matrimonio (art. 1344 CC). Es decir, una vez disuelta y liquidada la sociedad ganancial, la mitad de los bienes se le atribuyen al supérstite y la otra mitad (junto con los bienes privativos del causante) pasa a formar parte del caudal relicto del cónyuge premuerto, sobre el cual el supérstite tiene los derechos que le reconoce la normativa sucesoria. Además, para el caso de que el régimen económico sea el de gananciales, el Código establece en el artículo 1406.4 CC la atribución preferente de la vivienda habitual a favor del cónyuge supérstite, así como un derecho a alimentos con cargo a la masa común (art. 1408 CC).

En contraste con lo anterior, la posición del cónyuge supérstite en el régimen de separación de bienes es bastante más débil, ya que no hay ningún patrimonio común

sucesión intestada del cónyuge viudo o su posición en el sistema, con la excepción de algún precepto aislado como el artículo 968 CC, que precisa que la mitad de gananciales del cónyuge no está sujeta a reserva o el artículo 831 CC que incluye entre las facultades del cónyuge fiduciario la de atribuir bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

⁸³⁷ PEREÑA VICENTE, Montserrat, “La obsolescencia no programada...”, op. cit., p. 10.

⁸³⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de familia...*, op. cit., p. 173 y ss.

⁸³⁹ BUSTO LAGO, José Manuel, “La ordenación sucesoria de los bienes gananciales...”, op. cit., p. 604.

que repartir y no se le reconoce ningún derecho preferente sobre la vivienda familiar. Más aún, si bien el artículo 1439 CC le reconoce el derecho a una indemnización por el trabajo dedicado a la familia, la doctrina apunta que ese derecho carece *a priori* de una concreta determinación⁸⁴⁰. De hecho, se ha sugerido de *lege ferenda* que cuando los cónyuges hubieran tenido un régimen económico de separación de bienes, la cuantía de su legítima viudal debería ser mayor, aumentando así su participación a título sucesorio en el patrimonio de su consorte y procurando una mayor comunidad de vida⁸⁴¹. Como ya he apuntado en otra sede, creo que, en lugar de ajustar la atribución sucesoria del cónyuge al régimen económico del matrimonio, sería preferible articular una mayor protección para el supérstite en sede sucesoria, independientemente del régimen económico por el que se hubiera regido su matrimonio, que como ya subrayamos los cónyuges pueden elegir y acomodar a lo largo de la convivencia.

6.2.1. La vivienda familiar

El artículo 1406 del Código civil prevé que, cuando la sociedad de gananciales se disuelva por fallecimiento de uno de los cónyuges, el supérstite tiene derecho a que se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance, la vivienda donde tuviese la residencia habitual. A su vez, el artículo 1407 CC otorga al cónyuge la posibilidad de elegir entre adquirir dicha vivienda en propiedad o pedir que se constituya a su favor un derecho de uso o habitación sobre la misma; eso sí, en caso de que el valor de la vivienda o del derecho de uso o habitación sea mayor que lo que le corresponde al cónyuge en la liquidación de la sociedad, deberá éste abonar la diferencia en dinero.

La motivación del legislador al otorgar este derecho de atribución preferente de la vivienda familiar al cónyuge supérstite, al igual que en el derecho de predetracción del artículo 1321 CC, u otros como el derecho de subrogación arrendaticia del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, es mantener una situación del

⁸⁴⁰ EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *Sucesión mortis causa...*, op. cit., pp. 51-52.

⁸⁴¹ FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “¿El usufructo como legítima ...?”, op. cit., p. 458.

cónyuge lo más parecida posible a la que tenía en vida de su consorte, en este caso, en relación a uno de los derechos más fundamentales y necesitados de protección, como es el derecho del cónyuge viudo a continuar habitando en la vivienda familiar. Garantizar al cónyuge viudo, casi siempre mujer y de edad avanzada, la permanencia en su hogar tras la muerte de su consorte es uno de los grandes retos del Derecho de sucesiones moderno. Veíamos en el capítulo anterior que una de las principales razones por las que la posición del cónyuge viudo inglés en la sucesión de su consorte ha ido mejorando a lo largo de los años hasta llegar a la posición predilecta que ostenta en la actualidad, ha sido el empeño del legislador de garantizar al viudo la titularidad sobre la vivienda familiar, en respuesta a una creciente preocupación social a este respecto. El legislador español, ante el mismo reto y una demanda social muy parecida, debe buscar soluciones partiendo de un sistema sucesorio en el que incluso cuando el testador quiere dejar la vivienda familiar a su cónyuge, el sistema de legítimas no siempre se lo permite.

En este contexto normativo, el legislador ha mostrado una tendencia a favorecer al cónyuge viudo, ampliando el contenido de las facultades de mejorar que el causante puede delegar en su cónyuge al amparo del artículo 831 CC o introduciendo una modalidad de cautela *socini* en el artículo 820.3 CC que permite otorgar al cónyuge el usufructo universal sobre la herencia, siempre y cuando los herederos estén de acuerdo. Asimismo, desde la normativa que regula el régimen económico matrimonial, además del derecho de predetracción del artículo 1321 CC, el legislador ofrece un derecho de atribución preferente de la vivienda en los artículos 1406 y 1407 CC al cónyuge que, debido al fallecimiento de su consorte, debe disolver y liquidar la sociedad de gananciales que compartía con su cónyuge.

Estas disposiciones, sin embargo, no siempre son suficientes para garantizar que el supérstite pueda continuar viviendo en su casa tras la muerte de su consorte⁸⁴². En concreto, la atribución preferente de los artículos 1406 y 1407 CC, aunque inspirada

⁸⁴² En relación a la delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 CC y la posibilidad de otorgar al cónyuge el usufructo universal del artículo 820.3 CC, veíamos sus limitaciones en epígrafes anteriores; en concreto, como instrumento para garantizar la permanencia del cónyuge en la vivienda familiar, ambas figuras son insuficientes ya que sólo están disponibles en la sucesión voluntaria.

en una idea acertada, resulta a menudo de limitada relevancia práctica. Por un lado, su aplicación se limita a aquellos casos en los que los cónyuges hubieran regulado la economía de su matrimonio en régimen de gananciales, dejando desprotegidos al resto de los viudos y viudas. Por otro lado, la norma resulta insuficiente e ineficaz cuando el único o principal bien de la sociedad es la vivienda, lo cual es común en la realidad de las familias españolas⁸⁴³. En estos casos, los intereses tanto del cónyuge sobreviviente como de los herederos han de satisfacerse con el valor de ese único bien y, aunque el artículo 1407 CC permita al cónyuge asignarse la propiedad de la vivienda incluso cuando el valor de la misma supere el del haber que le corresponde en la liquidación, este derecho queda condicionado al pago en metálico a los herederos de la parte que les corresponde⁸⁴⁴. A menudo el cónyuge no tiene fondos suficientes para hacer frente a este pago, sobre todo si el único bien de la herencia es la vivienda, por lo que acaba teniendo que venderla para poder liquidar la sociedad⁸⁴⁵.

Comparto la opinión de la doctrina que señala que este es uno de los grandes problemas no resueltos del Derecho de sucesiones común que, al contemplar un estatuto sucesorio enormemente inadecuado para el cónyuge viudo, a menudo le

⁸⁴³ PEREÑA VICENTE, Montserrat, “La obsolescencia no programada...”, op. cit., p. 9 señala que “según la encuesta del Banco Central Europeo *The Household Finance and Consumption Survey*, la riqueza neta del hogar medio español es de 274.000 euros y cuatro de cada cinco familias vive en vivienda en propiedad, siendo la tasa de ahorro en España una de las más bajas de Europa. Ello significa (...) que, con mucha frecuencia, el único bien de cierta entidad económica es la vivienda familiar y es sobre esta que se van a concentrar los derechos hereditarios de todos los llamados a la herencia, fundamentalmente hijos y cónyuge viudo.”

⁸⁴⁴ Es interesante en este sentido la observación que hace REAL PÉREZ, Alicia, *Usufructo universal del cónyuge viudo...*, op. cit., p. 502 y ss. con respecto a la incidencia práctica de la atribución preferente de los artículos 1406 y 1407 CC sobre la intangibilidad de la legítima de los hijos y descendientes, ya que “como es un hecho que en la gran parte de las herencias la vivienda habitual del matrimonio constituye el grueso de las mismas, ello implica que en la vida real lo legitimarios deberán conformarse en esos casos con cobrar parte de sus legítimas en metálico; afirmar lo contrario sería desconocer la realidad de las cosas. Luego en la práctica actual, y como consecuencia de las disposiciones citadas [1321, 1406 y 1407 CC], el legitimario cobrará a menudo su cuota, o parte de ella, en dinero.”

⁸⁴⁵ EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *Sucesión mortis causa...*, op. cit., p. 50, señala que “la realidad vital de las personas viudas en España, jubiladas y con recursos económicos limitados, hace que esos derechos sobre la atribución de su vivienda familiar o constitución del derecho de habitación sean papel mojado en la mayor parte de los casos”. Ver también CORRAL GARCÍA, Eduardo, *Los derechos del cónyuge...*, op. cit., p. 211.

condena a perder su casa, tras haber perdido a su cónyuge⁸⁴⁶. La doctrina ha sugerido una especie de legítima concreta o atribución *ex lege* de la vivienda conyugal –similar al derecho de habitación del Derecho vasco–, que sería aplicable tanto en la sucesión testada como en la intestada, del mismo modo que se hace con el ajuar, y que podría consistir en un derecho de usufructo sobre la vivienda que debería respetarse en todo caso, aunque excediera la cuantía de los derechos legitimarios “en abstracto” que se le otorguen en el Código civil⁸⁴⁷. También hay quien señala, no sin razón, la necesidad de reconocer que la realidad de la institución matrimonial ha cambiado profundamente en los últimos años, pasando de un matrimonio civil indisoluble, a un matrimonio más contingente, cuya duración depende de la voluntad de los cónyuges que pueden disolverlo unilateralmente. En este contexto, se sugiere que cualquier reconocimiento de un derecho *ex lege* a favor del cónyuge debería quedar condicionado a que el matrimonio persista durante un tiempo razonable⁸⁴⁸.

En cualquier caso, no podemos obviar la realidad, a la que venimos haciendo referencia, del cambio progresivo que se está dando en las circunstancias del supérstite tipo del siglo XXI. Sin restar importancia a la necesidad de garantizar la permanencia del cónyuge en su vivienda, no debemos olvidar que, seguramente, necesitará otros recursos para financiar los cuidados médicos y asistenciales (dentro o fuera de su vivienda) que es más que probable que necesite.

⁸⁴⁶ PEREÑA VICENTE, Montserrat, “La obsolescencia no programada...”, op. cit., p. 8. La autora añade que “es difícil entender una desidia tal de nuestro Código, muy cuidadoso con la protección de la vivienda familiar mientras dura el matrimonio, e incluso después de disuelto tras un divorcio, y paradójicamente insensible al fallecimiento de uno de los cónyuges.”

⁸⁴⁷ PEREÑA VICENTE, Montserrat, “La obsolescencia no programada...”, op. cit., p. 16; ver también FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “¿El usufructo como legítima...?”, op. cit., p. 456 que observa que “habría que pensar en si el reconocimiento del derecho a la legítima al cónyuge sobre la base de la colaboración en la formación de la riqueza del causante no debería manifestarse en la atribución *ex lege* de la vivienda conyugal y no sólo de su ajuar...”. Esta idea la encontramos recogida en la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco que introdujo, además de la “tradicional” legítima usufructuaria del viudo, un derecho de habitación en la vivienda familiar para el cónyuge o pareja de hecho superviviente.

⁸⁴⁸ FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “La inacabada reforma...”, op. cit., pp. 292-293.

6.2.2. Derecho de alimentos

El artículo 1408 del Código civil establece que se darán alimentos a cargo de la masa común de la sociedad al cónyuge sobreviviente hasta que se liquide el caudal inventariado y se le entregue su haber. Una vez más, este derecho sólo se contempla para el supérstite que hubiera estado casado en régimen de gananciales.

El derecho es temporal mientras pende la liquidación de la sociedad de gananciales y no es propiamente dicho un derecho de alimentos ya que se reconoce siempre, independientemente del estado de necesidad del cónyuge. Por otro lado, el importe de dichos alimentos se rebajará del haber del sobreviviente en la parte que excedan lo que le hubiese correspondido en razón de frutos y rentas.

Igualmente, en sede de derecho a alimentos a cargo de la herencia, aunque independiente del régimen económico matrimonial por el que se rigiera el matrimonio, la viuda que quede encinta deberá ser alimentada de los bienes hereditarios, de acuerdo con el artículo 964 del Código civil.

7. LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE

7.1. Breve apunte sobre las parejas de hecho en el ordenamiento español

El Código civil no reconoce derechos sucesorios al miembro de una pareja de hecho o unión extramatrimonial, aparte de los que voluntariamente se le otorguen en testamento. Es decir, a los efectos del Derecho de sucesiones común, el conviviente *more uxorio* es considerado un extraño.

Esto no significa, sin embargo, que el legislador estatal desconozca este modelo de familia que se encuentra indiscutiblemente presente en la sociedad española⁸⁴⁹ sino

⁸⁴⁹ Tal y como observa ESPADA MALLORQUÍN, Susana, "El reconocimiento de derechos sucesorios a las parejas de hecho en España", *Revista Chilena de Derecho Privado*, Núm. 12, 2009, p. 12, "la pareja de hecho como forma de organización de la vida en común no es un fenómeno históricamente nuevo, por lo que se puede afirmar que, en la actualidad en España, no nos encontramos ante una expansión de este tipo de convivencia, sino, más bien, ante su aceptación social como fórmula válida para el

que no contempla una regulación sistemática o un régimen jurídico completo que regule la convivencia *more uxorio*⁸⁵⁰. De un modo “no unitario”⁸⁵¹ y parcial, el Derecho común reconoce efectos jurídicos similares a los del matrimonio a ciertas relaciones jurídicas, que no incluyen las sucesorias, entre miembros de uniones extramatrimoniales.

Sin pretender elaborar un listado exhaustivo de estas normas, sirvan como ejemplo el artículo 101 CC, que establece que la pensión compensatoria se extingue por contraer el acreedor nuevo matrimonio o “vivir maritalmente con otra persona”; el artículo 276 CC, modificado por la Ley 8/2021, de 2 de junio para el apoyo a las personas con discapacidad, que en relación al nombramiento de curador equipara a la situación del cónyuge la de la persona “que se encuentre en situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo”; el artículo 756 CC, modificado por la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria, que en sus apartados 1 y 2 declara incapaces para suceder por indignidad a aquellas personas que hubieran incurrido en las graves conductas de violencia en el ámbito familiar previstas en este artículo con respecto al causante, su cónyuge o “persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad”; el artículo 831 CC, modificado

inicio de un proyecto de vida en común y, por ende, susceptible de reconocimiento de efectos jurídicos”.

⁸⁵⁰ A este respecto, entre otros, ESPADA MALLORQUÍN, Susana, *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, Civitas Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 105 y ss.; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, “La situación actual de las parejas no casadas”, *InDret*, Núm. 3, 2015, pp. 1-46; ESPADA MALLORQUÍN, Susana, “El reconocimiento de derechos sucesorios a las parejas de hecho en España”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Núm. 12, 2009, pp. 9-67; GARCÍA RUBIO, María Paz, “Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 10, 2006, p. 116; SERRANO FERNÁNDEZ, María, “Una propuesta de regulación de una ley estatal de parejas de hecho”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 61, Núm.2, 2008, p. 548; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada...*, op. cit., p. 321 y ss.; NIETO ALONSO, Antonia, “Uniones extramatrimoniales: Derechos sucesorios y atribuciones *post mortem* de naturaleza familiar y social”, en *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Ángel Luis Rebolledo Varela (coord.), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 103-179; GAGO SIMARRO, Clara, “Derechos *mortis causa* del conviviente supérstite”, en *Las legítimas y la libertad de testar, Perfiles críticos y comparados*, Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada y Francisco José Aranguren Urriza (dirs.) y Juan Pablo Murga Fernández y César Hornero Méndez (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 519-550.

⁸⁵¹ ESPADA MALLORQUÍN, Susana, *Los derechos sucesorios de las parejas...*, op. cit., p. 105, define la opción legislativa del legislador estatal en relación a las parejas de hecho como “una regulación no unitaria, contemplando sólo algunos efectos jurídicos de la convivencia en diversos cuerpos legales del ordenamiento ya existentes”, en lugar de llevar a cabo una regulación orgánica o global que otorgara a la pareja de hecho un estatuto legal propio.

por la Ley 41/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, que declara aplicable dicho precepto a la persona que tenga descendencia común con el causante aunque que “no estén casadas entre sí”, y establece que las facultades otorgadas bajo el mismo “cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga”.

Asimismo, la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, dispone que las referencias a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor, serán también aplicables “al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida por de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”; igualmente los artículos 12, 15 y 16 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos equiparan al miembro de una unión extramatrimonial con el cónyuge a los efectos de la subrogación mortis causa, y el artículo 221 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, reconoce derecho a la pensión de viudedad a la pareja de hecho que cumpla ciertas condiciones⁸⁵².

Está claro, por lo tanto, que el legislador estatal no ignora la figura y, de hecho, las últimas reformas legislativas, sin duda influenciadas por una realidad social en la que la convivencia *more uxorio* está ya asimilada⁸⁵³, sugieren una tendencia a

⁸⁵² Otros ejemplos incluyen los artículos 47.3, 48, 177.2 del Código civil, el artículo 3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que equipara cónyuges y «personas ligadas con análoga relación de afectividad» a los efectos de prohibir las fundaciones familiares; el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que permite otorgar el consentimiento informado por representación a las personas vinculadas con el paciente «por razones familiares o de hecho», o el artículo 93.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que se refiere a esas mismas personas como especialmente relacionadas con el concursado. En el ámbito penal, también podríamos mencionar el artículo 23 del Código Penal que considera circunstancia agravante o atenuante tanto la condición de cónyuge como de persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad; o el artículo 454 CP que declara exento de las penas impuestas a los encubridores a los cónyuges o personas unidas por análoga relación de afectividad. Asimismo, en el ámbito procesal se equipara al cónyuge con persona unida por análoga relación de afectividad a efectos de poder instar el procedimiento de *habeas corpus*.

⁸⁵³ Como apunta ESPADA MALLORQUÍN, Susana, *Los derechos sucesorios de las parejas...*, op. cit., p. 43, el aumento del porcentaje de parejas que conviven de hecho es una realidad social notoria de los últimos años. La autora ofrece datos relativos a los países de la Unión Europea que reflejan un

reconocerle efectos jurídicos en ciertos ámbitos (*vid.* artículos 276, 758 y 831 CC), pero opta por no regularla de un modo sistemático e integral que le otorgue su propio estatuto jurídico⁸⁵⁴.

Esta omisión, criticada por una parte de la doctrina como inconstitucional por no legislar aquellos aspectos sobre los que el legislador estatal tiene competencias exclusivas⁸⁵⁵, es indicativa de la complejidad de la cuestión. Sin entrar a analizar los motivos por los que las personas deciden no contraer matrimonio, obviamente múltiples y variados⁸⁵⁶, lo cierto es que cuando dos individuos sin impedimentos legales para casarse deciden de forma libre y voluntaria no hacerlo, estableciendo una relación de convivencia al margen del Derecho, es complicado definir el marco jurídico en el que debe operar el legislador. Tal y como observa MARTÍNEZ MARTÍNEZ, las dificultades implícitas en atribuir consecuencias jurídicas a las

aumento del porcentaje de parejas que conviven de hecho del 9% en los noventa, a un 32% en el 2000. En relación a España, aporta datos proporcionados por el Centro de Investigaciones Sociológicas en 2004 (estudio 2568, junio) que muestran “un incremento de la aceptación de las parejas de hecho como una forma válida de establecimiento de un proyecto de vida común en pareja (...), al igual que un progresivo aumento del número de parejas que conviven *more uxorio*.”

⁸⁵⁴ A esta situación se refiere el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de enero de 2003 (RJ 2003, 4) al observar en el FJ 2^a que “la convivencia *more uxorio*, entendida como una relación a semejanza de la matrimonial, sin haber recibido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida por el Derecho: es ajurídica, pero no antijurídica; carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho. La idea no es tanto el pensar en un complejo orgánico normativo –hoy por hoy inexistente– sino en evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica.”

⁸⁵⁵ Ver, por ejemplo, GARCÍA RUBIO, María Paz, “Las uniones de hecho en España...”, *op. cit.*, p. 120-122; NIETO ALONSO, Antonia, “Uniones extramatrimoniales...”, *op. cit.*, p. 107. ESPADA MALLORQUÍN, Susana, *Los derechos sucesorios de las parejas...*, *op. cit.*, p. 111, apunta que esta omisión del legislador ha sido calificada como “deslealtad constitucional” y explica que “una vez el legislador ha optado por proteger la situación de las relaciones de hecho en algunos ámbitos y, por su parte, diversas Comunidades Autónomas regulan de forma específica este tipo de relaciones afectivas, la deslealtad del legislativo se produce respecto de aquellas materias cuya competencia estatal es exclusiva (básicamente las relativas al derecho procesal civil y a la resolución de conflictos de leyes) y el legislador decide no regularlas. En estos casos, la lealtad constitucional obliga al legislador estatal a legislar sobre dichas materias, sobre las que ostenta la competencia exclusiva para con ello cumplir, por un lado, con el deber de colaboración que ha de existir entre el Estado y las Comunidades Autónomas y, por otro, para garantizar la plena eficacia del ejercicio de las competencias del legislador autonómico.”

⁸⁵⁶ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, “La situación actual...”, *op. cit.*, pp. 8-12, reflexiona sobre los motivos por los que las parejas no contraen matrimonio y comienza observando que “son muchas las causas por las que las personas deciden no contraer matrimonio, razones que van desde la imposibilidad de hacerlo por existir algún impedimento o dificultad, hasta, en el extremo contrario, la deliberada voluntad de no querer formalizar una unión como la matrimonial por el deseo de mantener una relación al margen del Derecho...” (p. 8).

uniones de hecho comienzan por la prueba de que efectivamente existe una relación de convivencia *more uxorio*, así como de la verdadera intencionalidad de los convivientes, lo que conlleva el riesgo de intromisión de los poderes públicos en el libre desarrollo de la personalidad protegido por el artículo 10.1 de la Constitución, ya que se impondrían efectos jurídicos a personas que no han manifestado su consentimiento en una determinada dirección⁸⁵⁷.

La cuestión es aún más compleja si tenemos en cuenta que el matrimonio regulado en el Código civil ya no es considerado como un vínculo para toda la vida, sino como un modelo convivencial que puede disolverse por la voluntad unilateral de cualquiera de las partes sin necesidad de causa⁸⁵⁸ y que no distingue entre contrayentes del mismo o diferente sexo⁸⁵⁹. En palabras de ESPADA MALLORQUÍN, se ha sustituido la idea del matrimonio “como vínculo legal y destino para toda la vida, por la concepción como proyecto de vida en común, cuyas consecuencias se producen mientras subsista la convivencia”⁸⁶⁰. Dicho así, y dejando a un lado cuestiones de simbología o motivaciones personales, el matrimonio y la convivencia *more uxorio*, como modelos de familia, obviamente comparten una misma finalidad⁸⁶¹ y, sin embargo, el amparo legal que reciben bajo el Derecho común es

⁸⁵⁷ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada...*, op. cit., p. 321.

⁸⁵⁸ Desde la reforma introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

⁸⁵⁹ Desde la reforma introducida por la ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Tal y como apunta AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, “Uniones de hecho y enriquecimiento injusto. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2005”, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Vol. 1, 2008, p. 56, “[s]i las principales diferencias entre las relaciones de convivencia y el matrimonio estaban en estar vedado el segundo a las uniones del mismo sexo, así como la libertad y facilidad de ruptura de las primeras, con las transformaciones operadas en el Código las divergencias de tratamiento prácticamente se han diluido. (...) Resulta así que la regulación de las parejas a nivel estatal pierde gran parte de su interés, pues, tal y como se ha dicho en nuestra doctrina “regular un segundo tipo de matrimonio, menos formal, sólo tiene explicación cuando el matrimonio formal es rígido y de difícil o imposible disolución, pero no lo tiene cuando el matrimonio formal se ha flexibilizado” [ROCA TRÍAS, E. (2005), p. 415].” En el mismo sentido ASUA GONZÁLEZ, Clara Isabel, “La STC 93/2013, de 23 de abril, y la regulación del régimen interno de las convivencias no matrimoniales en la Comunidad Autónoma del País Vasco”, *R.V.A.P.*, núm. 103, 2015, pp. 50-51, que concluye que “ya no cabe hablar de un modelo legal (de inspiración religiosa, o basado en la desigualdad, o en el que el Derecho se inmiscuya en los sentimientos y actitudes individuales) que justifique otro *productio jurídico* con el argumento precisamente del libre desarrollo de la personalidad”.

⁸⁶⁰ ESPADA MALLORQUÍN, Susana, “El reconocimiento de derechos...”, op. cit. p. 10.

⁸⁶¹ Apunta MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada...*, op. cit., p. 322, refiriéndose a las parejas de hecho que “...es indiscutible, con independencia de las motivaciones personales de los convivientes (...), que la finalidad es idéntica, análoga o se parece mucho a la de quienes contraen

muy diferente⁸⁶².

También es muy diferente el panorama legislativo en las Comunidades Autónomas que, algunas incluso sin tener competencias en legislación civil foral o especial, han desarrollado sus propios estatutos jurídicos para las uniones extramatrimoniales, creando así un régimen jurídico heterogéneo en el que el conviviente de hecho tiene derechos y obligaciones diferentes dependiendo de su vecindad civil⁸⁶³, lo que ha llevado a algunos autores a cuestionar si esta diversidad legislativa da lugar a una infracción del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución⁸⁶⁴. No

matrimonio. Cuando los miembros de la pareja deciden formalizarla por algún medio, todavía se parecen más...”.

⁸⁶² En este sentido observa EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *Sucesión mortis causa ...*, op. cit., p. 41, que “el matrimonio es una institución socialmente garantizada, constituye un derecho constitucional del hombre y de la mujer (art. 32.1 de la CE) y su régimen jurídico por mandato constitucional le compete fijarlo a la ley (art. 32.2 de la CE). En cambio, la unión de hecho *more uxorio* no es una institución jurídicamente garantizada, ni existe un derecho constitucional expreso a su establecimiento. Por ello, el vínculo matrimonial genera *ope legis* entre los cónyuges una pluralidad de derechos y deberes, que no se produce necesariamente entre quienes mantienen una relación de convivencia estable no basada en el matrimonio (STC 184/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990, 184)).”

⁸⁶³ Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho en la Comunidad de Madrid; Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de la Comunidad Autónoma de Illes Balears; Ley de Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables; Ley 5/2002, de 16 de diciembre de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía; Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Canarias; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco; Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria; Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia; Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña; Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas; Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana; Ley 7/2018, de 3 de julio, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; Reglamento del Registro Uniones de Hecho de Ceuta, de 11 de septiembre de 1998. Existen además varios Reglamentos que regulan la creación y funcionamiento de los diferentes Registros de uniones extramatrimoniales.

No debemos olvidar, sin embargo, que incluso en estas Comunidades Autónomas en las que se ha regulado el fenómeno de la convivencia estable (la “pareja de derecho”), continuarán existiendo, tal y como apunta GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “Notas sobre la pareja de hecho no inscrita”, en *Derecho y familia en el siglo XXI*, Universidad de Almería, Almería, 2011. p. 106, convivencias no susceptibles de alcanzar ese estatuto regulado, “entre quienes tienen impedimentos para “formalizar” su aventura común; y (...) no faltarán aquellas personas que no tengan voluntad de acogerse a esquemas convencionales: entre ellos subsistirá naturalmente (debe poder existir) la pareja de puro hecho porque quieren vivir su experiencia en libertad, “como si permanecieran solteros”.

⁸⁶⁴ Como apunta AYLLÓN GARCÍA, Jesús Daniel, “Presente y futuro del derecho...”, op. cit., p. 277, “la desigualdad no es patente únicamente entre aquellos territorios sujetos al Derecho común y los territorios forales, sino que también existen importantes diferencias entre las distintas regulaciones

entramos aquí en el debate sobre la posible inconstitucionalidad de estas legislaciones autonómicas al regular normas de derecho interregional reservadas en exclusiva al poder central, pero sí es necesario mencionar la doctrina del Tribunal Constitucional en su Sentencia 93/2013, de 23 de abril, relativa a la Ley Foral navarra 6/2000, de 6 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables⁸⁶⁵.

El Tribunal Constitucional parte de la premisa de que el matrimonio y la convivencia *more uxorio* son fenómenos familiares diferentes. Coincido con AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ en lo sorprendente que resulta la afirmación de que las parejas nada tienen que ver con los matrimonios⁸⁶⁶, pero, sea como fuere, esta distinción hace posible que los legisladores autonómicos puedan legislar ciertos aspectos de dicha convivencia⁸⁶⁷. Sin embargo, se declara contraria a la Constitución toda norma

forales, atribuyéndose en algunos supuestos, como hemos visto, el usufructo universal sobre el total del haber hereditario y en otros supuestos tan solo un medio o dos tercios.”

⁸⁶⁵ Para un análisis de la regulación autonómica y la competencia legislativa de las CCAA, ver ESPADA MALLORQUÍN, Susana, *Los derechos sucesorios...*, op. cit., p. 118 y ss.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada...*, op. cit., pp. 325-333.

Para un análisis de la STC 93/2013, de 23 de abril, en relación a la Ley Foral navarra 6/2000, de 6 de julio, (RTC 2013, 93), *vid.* AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, “La situación actual...”, op. cit., pp. 146; ASUA GONZÁLEZ, Clara Isabel, “La STC 93/2013...”, op. cit., pp. 17-54; BERIAIN FLORES, Irantzuz, “Las uniones no matrimoniales y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril)”, *Derecho Privado y Constitución*, N^o 28, 2014, pp. 137-172; HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, MARTÍNEZ RUANO, Pedro y PAÑOS PÉREZ, Alba, “Los derechos sucesorios en las parejas de hecho. Especial referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013 de 23 de abril”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 749, 2015, pp. 1173-1195.

⁸⁶⁶ Al hilo de esta diferenciación, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, “Enriquecimiento injustificado por haber convivido: ¿Tiene sentido hablar de este modo?”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 16 bis, 2022, p. 1009, afirma que la doctrina del Tribunal Constitucional fue dictada con “la finalidad de no extender a las parejas la pensión de viudedad (derecho más reclamado por los convivientes que ningún otro) en una jurisprudencia interesada que no cesaría hasta regularse la mencionada pensión, de un modo verdaderamente cicatero, en el año 2007, con unos presupuestos enormemente rigurosos que dejan fuera de su reconocimiento a un buen número de los convivientes sobrevivientes. De no haber sido así, es posible que se hubiera permitido el recurso a la analogía desde las primeras reclamaciones con menos inconvenientes de los que se han ido encontrando por el camino”.

⁸⁶⁷ STC 93/2013, FJ 7: “...como indicamos en la citada STC 198/2012, de 6 de noviembre, la interpretación efectuada por este Tribunal del contenido esencial del art. 32 CE deja un amplio margen al legislador no sólo para configurar todo lo relativo al matrimonio, «sino también para establecer regímenes de convivencia *more uxorio* paralelos al régimen matrimonial, pero con un reconocimiento jurídico diferenciado, lo que ha sido realizado, hasta la fecha, por el legislador autonómico» Para la opinión contraria, es decir que la regulación de las convivencias *more uxorio* implican una forma de matrimonio, ver, entre otros, ASUA GONZÁLEZ, Clara Isabel, “La STC 93/2013, ...”, op. cit., pp. 34-37, en cuya opinión, “el diseño de un régimen de pareja abordando similares aspectos que los se regulan en el matrimonio y estableciendo cuándo existe tal pareja, supone regular

imperativa, es decir, toda norma aplicable a los miembros de la pareja de hecho sin que éstos hubieran manifestado expresamente su voluntad al respecto, por resultar contrario al fundamento de las uniones estables y vulnerar el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad del artículo 10 CE⁸⁶⁸. El Tribunal entiende que el elemento esencial de la constitución de la pareja de hecho es su conformación extramuros de la institución matrimonial por decisión propia de sus integrantes, adoptada en ejercicio de su libertad personal, así como el poder de gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio, ordenando por sí mismos su ámbito privado⁸⁶⁹.

A la vista de lo anterior, el Tribunal dictaminó que el único régimen jurídico que el legislador (entendemos que tanto autonómico como estatal) puede establecer con respecto a las uniones extramatrimoniales deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el art. 10.1 CE⁸⁷⁰. Como

una forma de matrimonio". En este sentido también, BERIAIN FLORES, Irantzu, "Las uniones ...", op. cit., p. 169, considera que se trata de una nueva forma de matrimonio.

⁸⁶⁸ STC 93/2013, FJ 8: "... supondría una *contradictio in terminis*, convertir en «unión de derecho» una relación estable puramente fáctica integrada por dos personas que han excluido voluntariamente acogerse a la institución matrimonial, con su correspondiente contenido imperativo de derechos y obligaciones. (...) El problema queda, por tanto, cifrado en los límites que la propia esencia de la unión de hecho impone al legislador cuando éste decide supeditar su reconocimiento a ciertas condiciones o atribuir determinadas consecuencias jurídicas a tal unión. Obviamente, el límite principal con el que se tropieza es la propia libertad de los integrantes de la pareja y su autonomía privada, por lo que una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretendan atribuir a esa unión, puede colisionar con la citada libertad, si se impusieran a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio. Por ello, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el art. 10.1 CE. De manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja."

⁸⁶⁹ *Ibid.*

⁸⁷⁰ *Ibid.* Con respecto a la exigencia de que los miembros de la pareja manifiesten su voluntad de que se les aplique el régimen jurídico previsto, *vid.* ASUA GONZÁLEZ, Clara Isabel, "Familia, Derecho de familia e instituciones para la convivencia" en *Manual de Derecho civil Vasco*, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto (Dir.), GALICIA AIZPURUA, Gorka (Coord.), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 255-256, donde la autora observa que la STC 93/2013 parece exigir que los miembros de la pareja manifiesten, no sólo su voluntad de constituirse en pareja, sino también de que se les aplique el régimen jurídico correspondiente. Sin embargo, la autora comenta que en posterior sentencia STC 110/2016, de 9 de junio, con respecto a la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana, el Tribunal declaró inconstitucional el régimen civil contenido en la misma debido a la falta de competencia de la Comunidad valenciana en materia civil, pero observó que no se vulnera el libre desarrollo de la personalidad al aplicarse un régimen legal (en este caso el previsto para los cónyuges) cuando las parejas han tenido que expresar su previa voluntad de constituirse como tal. Es decir, parece que el Tribunal se aleja del requisito del doble consentimiento que exigía

veremos más adelante, la postura adoptada por el Tribunal Constitucional a este respecto, parece imposibilitar un régimen sucesorio aplicable *ex lege* a la pareja extramatrimonial que pudiera atribuirle derechos legitimarios o reconocerle como heredero legal en la sucesión *ab intestato* de su conviviente fallecido⁸⁷¹.

Por lo que respecta a la doctrina, una parte considera que es una contradicción en sí misma imponer un régimen jurídico a una relación de convivencia *more uxorio* cuando sus propios integrantes han optado libre y conscientemente por no casarse y, por lo tanto, no regirse por las normas de dicha institución. Este sector doctrinal contrario a la regulación de las parejas de hecho considera que no debe aplicarse el régimen jurídico del matrimonio a quien libremente ha optado por no formalizar jurídicamente su relación⁸⁷², pudiendo resolverse cualquier cuestión mediante la aplicación de las normas generales del ordenamiento jurídico, como son el enriquecimiento injusto, comunidad de bienes, etc.⁸⁷³. Otro sector de la doctrina, sin

en la STC 93/2013 (*vid.* ASUA GONZÁLEZ, Clara, “La STC 93/2013 ...”, *op. cit.*, pp. 30-32), y considera suficiente expresión de la libre voluntad de los convivientes que se registren como pareja de hecho en el Registro correspondiente sin tener que, además, manifestar su aceptación expresa del régimen jurídico previsto.

⁸⁷¹ En este sentido es interesante la reflexión de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada...*, *op. cit.*, pp. 330-331, que cuestiona la compatibilidad de la jurisprudencia de la STC 93/2013, con la reforma de los nuevos números 1 y 2 del artículo 756 CC relativos a las causas de indignidad para suceder, modificados por la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria. Como apunta la autora, el legislador central impone consecuencias “puramente imperativas” en materia de sucesión *mortis causa* a la convivencia en análoga relación de afectividad a la conyugal “sin preguntar a los convivientes” y que no dependen en ningún caso de que exista ni formalización de la pareja ni declaración de los convivientes asumiendo la consecuencia de privación del derecho a heredar cuando entre convivientes de hecho se den las graves conductas previstas en el artículo 756 1 y 2 CC. La autora concluye que parece que el legislador civil central ha prescindido de la doctrina de la STC 93/2013 al reformular las causas de indignidad para suceder.

⁸⁷² Ver, por todos, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “Una propuesta de política...”, *op. cit.*, pp. 137-138, que hace la siguiente reflexión: “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. (...) En definitiva, me inclino a pensar que no ha de haber entre convivientes otros derechos sucesorios que los que voluntariamente quieran otorgarse”. En el mismo sentido TORRES LANA, José Ángel, “Parejas estables y sucesión *mortis causa*”, en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Oscar Monje Balmaseda (coord.), pp. 60-63.

⁸⁷³ Encontramos este tipo de soluciones en la abundante jurisprudencia que, ante la falta de normativa estatal, ha tenido que encontrar respuesta a los conflictos planteados por la disolución de la pareja de hecho por causa de muerte o por extinción de la relación. Entre las numerosas sentencias del Tribunal Supremo, muchas utilizan el argumento del enriquecimiento sin causa para justificar el derecho del conviviente supérstite sobre parte del patrimonio del causante [entre otras SSTs de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 9733), 24 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8946), 17 de junio de 2003 (RJ 2003, 4605), 17 de enero de 2003 (RJ 2003, 4), o 23 de noviembre de 2004 (2004, 7385)]. Sirva como ejemplo la a menudo citada STS de 17 de enero de 2003, en la que el TS observó en su FJ

embargo, aun reconociendo la relevancia de que la pareja haya optado libremente por no casarse, considera necesaria, e incluso urgente, una ley estatal de parejas de hecho que les dote de un régimen jurídico integral que incluya no sólo el ámbito civil, sino el procesal, fiscal, laboral y de seguridad social⁸⁷⁴. Se observa que el hecho de que dos personas no hayan contraído matrimonio no significa que su unión no tenga

1º que “tras una larga convivencia, no puede quedar una de las partes en situación absolutamente desfavorable respecto a la otra, en el sentido de que todos los bienes hayan sido formalmente adquiridos por uno solo, como si el otro no hubiera colaborado con su atención personal y colaboración en trabajo fuera o dentro de casa; en otro aspecto, se trata, no tanto de imponer una normativa a una situación de hecho, sino de evitar el perjuicio injusto a la parte más débil de una relación”. Añade el Tribunal que, para evitar un perjuicio injusto a la parte más débil, “la jurisprudencia de esta Sala ha tenido en cuenta caso por caso y a la especialidad de cada uno le ha aplicado la norma más adecuada para la solución más justa.” (FJ 3º). Estas soluciones a las que se refiere el Tribunal incluyen, además del enriquecimiento injusto, la determinación de la existencia de una comunidad de bienes [SSTS 18 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4907) o 29 de octubre de 1997 (RJ 1997,)], el principio general de protección al conviviente más débil perjudicado por la ruptura [SSTS de 10 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1272), 17 de enero de 2003 (RJ 2003, 4), o 23 de noviembre de 2004 (RJ 1994, 8946)] o el recurso a la analogía [SSTS de 5 de julio de 2001 (RJ 2001, 4993) o 16 de julio de 2002 (RJ 2002/6246)].

Por lo que respecta a la analogía como posible solución, tal y como apunta AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, “Enriquecimiento injustificado...”, op. cit., pp. 1002-1045, en un interesante análisis de la utilización del principio de enriquecimiento injusto en los procedimientos de ruptura entre convivientes, la jurisprudencia más reciente ha rechazado –a menudo teniendo que forzar los argumentos– el recurso a la analogía fundándose en la STC 93/2013 que, como hemos visto, estableció que no existe identidad de razón entre la convivencia de hecho y el matrimonio (ver, por ejemplo, la STS de 15 de enero 2018, RJ 21018/76). Resulta también de particular interés la apreciación de la autora con respecto a las decisiones judiciales sobre la existencia o no de enriquecimiento injusto que utilizan la “causa” que fundamenta la existencia o ausencia de enriquecimiento injusto (particularmente cuando se entiende como empobrecimiento), como “un concepto-válvula para poder introducir elementos de carácter valorativo, y decidir de tal manera acerca de la justificación, o falta de la misma, en un supuesto determinado” (p. 1006). Esta reflexión sobre el modo en el que los tribunales fundamentan sus decisiones en estos casos, se aproxima al “juicio de valor” al que hacíamos referencia con respecto a las decisiones de los tribunales ingleses en la aplicación de la normativa de la *family provision*.

⁸⁷⁴ En opinión de GARCÍA RUBIO, María Paz, “Las uniones de hecho en España...”, op. cit., p. 123-124, “es en el Derecho público y no en el privado donde adquiere pleno sentido la equiparación entre pareja que convive y matrimonio, pues para el Derecho fiscal o social es la situación económica de las personas y no la vestidura legal que las cobija la que debe ser tomada en consideración. Que se necesite o no asistencia social o que se deban pagar más o menos impuestos en atención de unos ingresos dados no es una cuestión que deba depender del estado civil. Entiendo que no es crucial en nuestras sociedades avanzadas, por ejemplo, reconocer un derecho de naturaleza sucesoria legal a favor del conviviente, pero si se reconoce o si éste le es otorgado por la otra parte, el conviviente sobreviviente debe ser tratado como un viudo y no como un extraño en el ámbito fiscal; tampoco se comprende, dentro del mismo ámbito tributario, que el concepto de unidad familiar barajado en la normativa del impuesto sobre la renta de las personas físicas ignore completamente a la familia de hecho. Menos comprensible aún es que nuestro Derecho de la Seguridad Social otorgue la pensión de viudedad a un divorciado, quien por serlo no puede considerarse viudo y se la niegue a un conviviente de hecho que era tal en el momento del fallecimiento de su compañero, tanto más cuanto que los intereses teóricamente tutelados por tal pensión se sustentan más en la dependencia económica que en la relación familiar (cf. art. 41 CE).”

consecuencias jurídicas por lo que debería tener derechos reconocidos⁸⁷⁵.

Ante esta situación de confusión legislativa e inseguridad jurídica, la única certeza es que el modelo de familia basado en la convivencia de hecho está instalado en la sociedad y es merecedor de la protección que la Constitución garantiza a la familia en su artículo 39⁸⁷⁶. Tal y como afirma el propio Tribunal Constitucional, la Constitución no identifica la familia que manda proteger con el matrimonio y ofrece amparo a todos los modelos de familia que existen en la sociedad, incluida, por supuesto, la convivencia *more uxorio*⁸⁷⁷. Esto no significa, y aquí está la clave, que todos los modelos familiares que abarca la protección constitucional deban de ser tratados igualmente por el legislador, como ha confirmado el Tribunal al afirmar que es lícito que “se otorgue un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales”, siempre que con ello “no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y a la mujer que decidan convivir *more uxorio*”⁸⁷⁸. Se deduce de esta doctrina del Tribunal que la decisión sobre el modelo de pareja que puede beneficiarse de los efectos previstos para el matrimonio es una opción de política legislativa y, de momento, el legislador estatal opta por

⁸⁷⁵ En este sentido se expresa ESPADA MALLORQUÍN, Susana, *Los derechos sucesorios de las parejas...*, op. cit., p. 108-109, que afirma que “en mi opinión, no es posible inducir del simple hecho de que dos personas conviven sin casarse, que mantienen este tipo de relación porque rechazan la institución matrimonial y, creo que está fuera de lugar el intento de averiguar cuáles son las causas que motivan la convivencia de hecho para valorar qué tipo de tratamiento jurídico hay que otorgar a dicha situación. Del hecho de que dos personas no hayan contraído matrimonio sólo puede concluirse una cosa, que no ha sido su voluntad contraerlo, pero esto no tiene nada que ver con que las parejas de hecho puedan tener o no derechos reconocidos”. También se expresan a favor de una adecuada regulación GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen, YSÁS SOLANES, María, NAVAS NAVARRO, Susana y SOLÉ RESINA, Judith, “Sucesión por causa de muerte y relaciones de convivencia”, en *Derecho de Sucesiones, Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Universidad de Murcia, 2006, p. 339.

⁸⁷⁶ Para un análisis de los aspectos constitucionales de las parejas de hecho, ver ESPADA MALLORQUÍN, Susana, *Los derechos sucesorios de las parejas...*, op. cit., pp. 63-104.

⁸⁷⁷ STC 222/1992, de 11 diciembre (RTC 1992, 222), FJ 4^o: “nuestra Constitución no ha identificado la familia que manda proteger con la familia que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada en los artículos 32 y 39 CE, sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador y tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia, y en especial el citado artículo 39, protección que corresponde a los imperativos ligados al carácter social de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen.”. Ver también, entre otras, STC 184/1990, de 15 noviembre (RTC 1990, 184) o STC 13/2013, de 23 abril (RTC 213, 93) en la que el Tribunal repite la tantas veces citada afirmación de que el matrimonio y las parejas de hecho son realidades no equivalentes que pueden, en consecuencia, recibir un tratamiento distinto.

⁸⁷⁸ STC 184/1990, de 15 noviembre (RTC 1990, 184).

reconocer *ope legis* múltiples derechos y obligaciones a los cónyuges, pero muchos menos, y sólo en relación a ámbitos concretos, a los miembros de las uniones extramatrimoniales⁸⁷⁹.

El Derecho sucesorio no es uno de los ámbitos en los que el legislador estatal ha optado por reconocer derechos a los convivientes *more uxorio*. Tal y como apuntábamos al comienzo, el conviviente supérstite de vecindad civil común no tiene ningún derecho sucesorio, aparte de los que su pareja premuerta le otorgara en testamento. Esta omisión resulta de particular interés a la vista de la anteriormente mencionada doctrina del Tribunal Constitucional en la que se despeja cualquier duda sobre la tutela constitucional garantizada a la convivencia *more uxorio* como modelo de familia en el artículo 39 CE. Por su parte, el artículo 33 CE reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, estableciendo que el contenido de estos derechos debe de estar delimitado por su función social.

Entiende en este sentido ESPADA MALLORQUÍN, a cuyo detallado análisis me refiero, que el vínculo entre el fundamento constitucional del derecho a la herencia (art. 33 CE) y la garantía, también constitucional, de protección de la familia en sentido amplio (art. 39 CE), constituye la base de un argumento a favor del reconocimiento de derechos sucesorios a la pareja que convive *more uxorio*⁸⁸⁰. Sostiene esta autora que parte de la función social de la herencia a la que se refiere

⁸⁷⁹ Tal y como apunta AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, "Uniones de hecho y enriquecimiento injusto. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2005", *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Vol. 1, 2008, p. 49, "decidir en cada caso qué modelo de pareja se tiene en cuenta para ser beneficiario de los efectos previstos para el matrimonio exclusivamente se revela como una opción de política legislativa que puede oscilar desde el esquema más simple al más exigente. Como exponente de lo primero podemos mencionar lo dispuesto por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la violencia de género, que en su artículo primero extiende su ámbito de aplicación a las parejas no casadas, sin precisar de ningún otro requisito, o la complementaria Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica que permite solicitar la adopción de una serie de medidas civiles similares a las medidas previas a la presentación de la demanda de separación y que pueden ser solicitadas por las parejas (a las que en general se niega el recurso a los procesos de familia para dirimir las cuestiones que no sean referentes a los hijos). En el polo opuesto se puede mencionar lo dispuesto en el recientemente reformado art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social por obra de la Ley 40/2007, 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social, que exige a las parejas para poder ser acreedoras de la pensión de viudedad, entre otros requisitos, no sólo una convivencia previa e ininterrumpida de cinco años, sino también demostrar la dependencia económica del sobreviviente respecto del difunto."

⁸⁸⁰ ESPADA MALLORQUÍN, Susana, *Los derechos sucesorios de las parejas...*, op. cit., pp. 211-229.

la Constitución consiste en proteger a determinados miembros de la familia limitando la libertad de testar del causante (legítimas, reservas, ...) y observa que si examinamos el fundamento que subyace tras esa protección ofrecida *ex lege* a ciertos individuos hallamos que, en ciertos supuestos, el fundamento se encuentra en una convivencia familiar y afectiva próxima caracterizada por la presencia de la *affectio maritalis*, y no en la existencia de vínculos matrimoniales o de parentesco⁸⁸¹. En este sentido, recordemos que ya apuntábamos en sede de legítima y sucesión intestada, que el cambio legislativo que reconoció la separación de hecho como causa de pérdida de derechos sucesorios legales requiere que se reconsidere la situación del conviviente supérstite. Y es que, si la cualidad de legitimario se pierde a consecuencia de la separación de hecho, debe entenderse que lo que causa la desaparición del derecho a legítima o del llamamiento a la sucesión legal, es el cese de la convivencia conyugal⁸⁸².

Partiendo de este punto, veamos ahora qué derechos tiene el conviviente supérstite y qué derechos creemos que debería tener en el supuesto de una reforma legislativa basada en la existencia de una relación de convivencia familiar con el causante. Lo haremos siguiendo la misma estructura que hemos utilizado para analizar los derechos sucesorios del cónyuge viudo: derecho a la legítima viudal, derechos en la sucesión testada y derechos en la sucesión intestada.

7.2. El conviviente supérstite y la legítima viudal

Partimos de la base de que el Código civil no considera al conviviente supérstite como heredero forzoso. El artículo 807 CC sólo contempla como legitimarios a los hijos y descendientes, padres y ascendientes y al cónyuge viudo, por lo que el miembro sobreviviente de la pareja de hecho es tratado como un extraño en la herencia de su pareja premuerta.

⁸⁸¹ *Ibid.* En opinión de esta autora, en estos casos, la *ratio* o fundamento jurídico de la norma sucesoria es la misma para el cónyuge y para el conviviente supérstite por lo que deberían extenderse a este último los mismos derechos sucesorios.

⁸⁸² Ver epígrafe 3.3.

La omisión del conviviente supérstite en el artículo 807 CC no puede entenderse como un descuido del legislador ni como una laguna legislativa, tal y como lo confirma la jurisprudencia. La Audiencia Provincial de Valladolid declaró inadmisibile la posibilidad de reconocer al conviviente de hecho la cualidad de sucesor forzoso observando que sería contrario al “propio sentido, claro e inequívoco, de las palabras empleadas por los preceptos que regulan y disciplinan esta materia sucesoria” y remarcando que “la regulación de las uniones extramatrimoniales y sus consecuencias o efectos jurídicos compete al legislador (art. 66 CE) y no a los jueces que deben limitarse a aplicar e interpretar la ley pero no crearla y menos aún, quebrantarla con el pretexto de integrar el ordenamiento jurídico”⁸⁸³. El mismo principio se repite en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, de 15 de febrero de 2005⁸⁸⁴, y de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de mayo de 2005. En ésta última, la Audiencia reitera su jurisprudencia afirmando que,

... aun reconociendo el derecho fundamental de toda persona al libre desarrollo de la personalidad y la susceptibilidad de construir parejas de hecho entre individuos de distinto e incluso del mismo sexo, no por ello cabe equipararlas como jurídicamente equivalentes, con las uniones matrimoniales. En estas uniones libres o de hecho, caso de fallecimiento intestado de uno de sus integrantes, el sobreviviente no goza de ningún derecho sucesorio como heredero forzoso del fallecido, pues el redactado de todos y cada uno los preceptos sustantivos antes citados, dejan bien claro que dichos derechos quedan reservados a quien ostenta el estatus legal de

⁸⁸³ Fundamento Jurídico 2º, Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 6 de noviembre de 2001 (JUR 2002, 19285).

⁸⁸⁴ JUR 2005, 109626. En su Fundamento Jurídico 2º establece que “es contradictorio que en el momento en que se disuelve la unión extramatrimonial se quiera la aplicación de las normas legales sobre los efectos económicos de la desaparición de aquel estado cuando el matrimonio también se disuelve. Los órganos judiciales están vinculados a la Ley por la Constitución (RCL 1978, 2836), como así se desprende del artículo 117 de ésta, sin que se admita que puedan crear Derecho. Por tanto, es obvio que la regulación con carácter general de las uniones extramatrimoniales en modo alguno les compete, si es que fuera necesario el regularlas. Mucho menos pueden quebrantar la Ley, con el pretexto de integrar el Ordenamiento Jurídico, como lo sería el aplicar el régimen económico matrimonial y los derechos del cónyuge viudo, a quién no es tal cónyuge por su propia y libre decisión.”

cónyuge viudo del causante, condición de la que carece la actora ya que necesariamente exige la previa existencia de un vínculo matrimonial formalizado en los términos establecidos por la Ley⁸⁸⁵.

La posición queda también claramente recogida en la anteriormente citada jurisprudencia del Tribunal Constitucional que observa que el elemento esencial de la constitución de la pareja de hecho es su conformación extramuros de la institución matrimonial, por decisión propia de sus integrantes, adoptada en ejercicio de su libertad personal, por lo que cualquier intento del legislador de regular estas relaciones colisionaría con dicha libertad⁸⁸⁶.

A pesar de la rotundidad legislativa y de la claridad de los pronunciamientos jurisprudenciales, buena parte de la doctrina se muestra favorable a una reforma que extendiera los derechos legitimarios del cónyuge viudo al miembro sobreviviente de la pareja de hecho⁸⁸⁷. En el centro de su argumentario se halla la

⁸⁸⁵ JUR 2005, 1073.

⁸⁸⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013 (RTC 2013, 93). En su Fundamento Jurídico 8º, el Tribunal observa que “el problema queda, por tanto, cifrado en los límites que la propia esencia de la unión de hecho impone al legislador cuando éste decide supeditar su reconocimiento a ciertas condiciones o atribuir determinadas consecuencias jurídicas a tal unión. Obviamente, el límite principal con el que se tropieza es la propia libertad de los integrantes de la pareja y su autonomía privada, por lo que una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretendan atribuir a esa unión, puede colisionar con la citada libertad, si se impusieran a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio.”

⁸⁸⁷ Entre otros, NIETO ALONSO, Antonia, “Uniones extramatrimoniales...”, op. cit. pp. 112-113, que nos recuerda que el elenco de legitimarios fue modificado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, para incluir en primer lugar a todos los hijos sin distinciones, por lo que podría, “en atención a una nueva realidad social, de nuevo, modificarse, para hacer incluir en el grupo de legitimarios al conviviente supérstite que acredite unión estable”. La autora propone reconocer al conviviente supérstite “un usufructo variable, en función de su concurrencia con otros legitimarios, de tal manera que, en relación a la intangibilidad cualitativa de la legítima, no sólo quedaría a salvo el usufructo del cónyuge viudo, sino también el del conviviente supérstite. Otra opción sería la posibilidad de pactar el usufructo universal, sobre la totalidad de la herencia, con la opción de conmutación por una parte alícuota de la herencia, en propiedad y sin perjuicio de que, cumulativamente, se le atribuya el usufructo de la vivienda familiar”. (p. 125). Ver también ESPADA MALLORQUÍN, Susana, *Los derechos sucesorios de las parejas...*, op. cit., p. 399: “si el fallecido tiene vecindad civil común y forma una pareja de hecho en sentido restringido (...), entiendo que al conviviente supérstite de estas parejas es posible aplicarle analógicamente los derechos sucesorios legitimarios del cónyuge viudo, al mismo tiempo que estará sometido a la obligación de la reserva viudal de determinados bienes, cuando existan descendientes comunes de la pareja de hecho. Considero que esto es así porque se cumplen todos los requisitos necesarios para que proceda el empleo de dicha analogía en estos casos (...). Estos otros derechos sucesorios *ex lege* son reglas fundamentales del Derecho de sucesiones destinadas a garantizar otros valores constitucionales como la protección social, económica y jurídica

idea de que el fundamento de la legítima reconocida al cónyuge viudo no es la existencia de vínculo conyugal, sino la convivencia marital⁸⁸⁸. El argumento cobra fuerza tras la reforma introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, tanto en el artículo 834 CC relativo a la legítima viudal, como en el artículo 945 CC relativo al llamamiento del cónyuge como heredero legal. En relación al aspecto que ahora nos interesa, el derecho a legítima, recordemos que la reforma modificó los presupuestos subjetivos de acceso a la legítima eliminando la referencia a la “culpa del difunto” en la separación y estableciendo que para ser heredero forzoso el cónyuge no puede estar separado, ni judicialmente (hoy “legalmente”) ni, de hecho.

La reforma era necesaria para consolidar, por fin, la eliminación del sistema de separación culpabilista al que puso fin la Ley 30/1981, de 7 de julio, pero su implantación ha contribuido al debate sobre el fundamento de la legítima viudal. Por un lado, el nuevo artículo 834 CC confirma la idea de que la continuación de la vida matrimonial depende exclusivamente de la voluntad unilateral de los cónyuges y no del cumplimiento de los deberes matrimoniales⁸⁸⁹. Por otro lado, la introducción de la separación de hecho como causa de pérdida del derecho a legítima sugiere que el fundamento que justifica la atribución legitimaria entre los

de la familia, matrimonial y no matrimonial, cumpliendo con ello parte de la función social del derecho a la herencia (art. 33.2 CE).” En sentido contrario, ver DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “Una propuesta de política...”, op. cit., pp. 137-138: “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 inclino a pensar que no ha de haber entre convivientes otros derechos sucesorios que los que voluntariamente quieran otorgarse”. En el mismo sentido FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “¿El usufructo como legítima...?”, op. cit., pp. 458-459, o la Asociación de Profesores de Derecho Civil que en su Propuesta de Código civil no contempla la extensión de derechos sucesorios al conviviente supérstite, *cf.* GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Una propuesta doctrinal de reforma del régimen sucesorio del Código civil español”, *Iura Vasconiae*, Nº17, 2020, pp. 315-340.

⁸⁸⁸ PÉREZ ESCOLAR, María, “Incidencia de la Ley 15/2005...”, op. cit., pp. 195-199.

⁸⁸⁹ Como apunta PÉREZ ESCOLAR, María, “Incidencia de la Ley 15/2005...”, op. cit., p. 187, “el derecho a legítima del que sobrevive responde a planteamientos semejantes: deja de tener sentido en situaciones de crisis matrimonial, que evidencian la desaparición de tal vínculo de afectión, con independencia de los motivos que hayan llevado a tales situaciones de crisis”.

cónyuges tiene un presupuesto convivencial, basado en la existencia de una comunidad de vida y no en el vínculo matrimonial⁸⁹⁰. Esta línea de argumentación lleva a la conclusión de que es la desaparición de la convivencia o de la *affectio maritalis*, la que determina la desaparición del deber moral de asistencia hacia los próximos que justifica la institución de la legítima⁸⁹¹. Siendo esto así, considero que el hecho de que la pareja que convive *more uxorio* haya optado por no contraer matrimonio no debería privarle del derecho a una porción de la herencia de su pareja premuerta cuando se cumpliera el presupuesto convivencial que exige el artículo 834 CC⁸⁹².

7.3. El conviviente supérstite y la sucesión testada

Tal y como venimos apuntando, el Código civil considera al conviviente supérstite un extraño en la sucesión de su pareja y, como todo extraño, siempre que no existan causas de indignidad, el conviviente puede ser instituido heredero voluntario o legatario en la parte de libre disposición o, en caso de no haber herederos forzosos, en la totalidad de la herencia⁸⁹³.

⁸⁹⁰ Tal y como apunta PÉREZ ESCOLAR, Marta, "Incidencia de la Ley 15/2005...", op. cit., p. 189, debemos recordar que "el concepto de separación de hecho que maneja el Derecho de familia y, por tanto, el Derecho civil, es el que la equipara con un cese efectivo de la convivencia conyugal en el que lo determinante es no sólo el cese de la convivencia entendido en el sentido físico sino también la desaparición de la voluntad de mantener una comunidad de vida matrimonial en uno o ambos cónyuges."

⁸⁹¹ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen, YSÁS SOLANES, María, NAVAS NAVARRO, Susana y SOLÉ RESINA, Judith, "Sucesión por causa de muerte...", op. cit., p. 394; PÉREZ ESCOLAR, Marta, "Incidencia de la Ley 15/2005...", op. cit., pp. 188-189; GAGO SIMARRO, Clara, "Derechos *mortis causa*...", op. cit., pp. 528-530; NIETO ALONSO, Antonia, "Uniones extramatrimoniales...", op. cit. p. 113. La opinión contraria la encontramos en TORRES LANA, José Ángel, "Parejas estables y sucesión *mortis causa*", en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Oscar Monje Balmaseda (coord.), pp. 60-63.

⁸⁹² Partiendo de este argumento, PÉREZ ESCOLAR, Marta, "Incidencia de la Ley 15/2005...", op. cit., p. 198 propone de *lege ferenda* la contemplación de nuevas categorías de legitimarios y herederos legales, cuya relación con el causante se fundamente en una situación de convivencia análoga a la conyugal (sobreviviente de una pareja estable) o en una de características distintas (acogedor con relación al causante acogido) pero que quizás pueda ser igualmente merecedora de consideración a estos efectos en los casos en que se cumplan determinadas condiciones.

⁸⁹³ El Tribunal Supremo confirma esta posición declarando las donaciones y atribuciones testamentarias entre convivientes *more uxorio* perfectamente válidas. Por ejemplo, la STS de 18 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8777), en su FJ 2º: "no cabe poner en entredicho, dentro de una óptica de interpretación moderna, que en una relación «de facto» entre una pareja durante varios años, como la que existe entre donante y donataria, puede entenderse que (y con independencia de que se le denomine como de concubinato), integre una causa torpe o ilícita a la que se refiere el artículo

Al igual que comentábamos en relación a la sucesión testamentaria de los cónyuges, los convivientes con vecindad civil común que quieran otorgar testamento recíproco no podrán hacerlo debido a la prohibición en el Código civil de los pactos sucesorios (art. 1271 CC) y del testamento mancomunado (art. 669 CC) o por comisario (art. 670 CC)⁸⁹⁴. Sin embargo, los convivientes cuentan con una importante herramienta jurídica que puede cambiar notablemente su posición sucesoria. Desde la reforma del Código civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, si los convivientes tienen descendencia común, pueden valerse de la fiducia sucesoria prevista en el artículo 831 CC para encomendar al conviviente sobreviviente la facultad de distribuir los bienes del difunto y mejorar a los hijos comunes, dentro del plazo establecido, y siempre que éste no haya iniciado una relación análoga a la matrimonial o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa. Esta facultad, que hasta 2003 sólo podía atribuirse al cónyuge supérstite, puede ahora otorgarse a favor de “personas con descendencia común no casadas entre sí” (art. 831.6 CC), lo que, si bien no menciona expresamente a la pareja de hecho, claramente la incluye.

Las posibilidades que ofrece esta fiducia sucesoria para fortalecer la posición del supérstite ya han sido analizadas en relación a los derechos del cónyuge en la sucesión testamentaria⁸⁹⁵. En el caso del conviviente, que se encuentra aún más desprotegido que el cónyuge en la sucesión de su pareja, la fiducia del artículo 831 CC puede resultar transformativa de su situación sucesoria⁸⁹⁶. Tal y como apunta

1275 CC, sobre todo, hoy día, cuando por la propia tutela de esa familia «de facto», del propio artículo 39 CE, es evidente que la existencia y dispensa jurídica de tal concierto familiar, ha de tender a aproximarse, en su modalidad «more uxorio» a los de la familia legalmente constituida.”

⁸⁹⁴ La encuesta realizada por REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, “La actualización del derecho...”, op. cit., pp. 29-31, muestra que existe mayor interés en el otorgamiento de testamento entre parejas estables y duraderas, con y sin hijos comunes y es la experiencia de la mayoría de los notarios consultados (92%) que uno de los objetivos del conviviente que otorga testamento es garantizar la posición económica de su pareja, especialmente frente a los ascendientes y demás parientes propios cuando no tienen hijos comunes.

⁸⁹⁵ Ver epígrafe 4.2.

⁸⁹⁶ Como apunta EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *Sucesión mortis causa...*, op. cit., p. 135, “aunque en la mente del legislador estuviera presente la idea de dar cauce a la tutela sucesoria de la familia no matrimonial, y dispensar un tratamiento semejante a todos los hijos, lo cierto es que el precepto tiene un alcance mayor. (...) Se legitima la atribución de esta fiducia no sólo al conviviente

EGUSQUIZA BALMASEDA, "el hecho de que todo padre o madre supérstite de hijos comunes pueda ser titular de dicha delegación permite, además, que ésta sea un cauce para lograr que el conviviente, por vía de sucesión voluntaria, llegue a tener un estatus sucesorio mortis causa que se aproxime al del cónyuge supérstite, dentro de un sistema en el que el miembro de la pareja estable no tiene la consideración de familia a efectos sucesorios, y es tratado legalmente como un extraño cuando concurre con los legitimarios"⁸⁹⁷.

7.4. El conviviente supérstite y la sucesión intestada

No encontramos en el Código civil ningún precepto que otorgue derechos *ex lege* al conviviente supérstite en la sucesión intestada. El artículo 913 CC establece que, a falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia a los parientes consanguíneos del difunto (descendientes, ascendientes y colaterales), al cónyuge viudo y al Estado. Como apunta la doctrina y confirma la jurisprudencia, la omisión de la pareja de hecho no puede considerarse un descuido por parte del legislador estatal sino una decisión de política legislativa tomada con plena consciencia⁸⁹⁸.

La jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Valladolid confirma que, en caso de fallecimiento intestado de uno de los integrantes de una pareja de hecho, "el sobreviviente no goza de ningún derecho sucesorio como heredero forzoso del fallecido, pues el redactado de todos y cada uno los preceptos sustantivos antes citados [807, 834, 837, 912, 913, 943 a 945 CC], dejan bien claro que dichos derechos

con el que se conformó una unión estable, sino también al progenitor de la descendencia común en atención a la confianza que pudo suscitar esa relación."

⁸⁹⁷ Ibid, p. 136. La autora también señala el desfase que se ha dado al extender la facultad de mejorar del artículo 831 CC a todo padre o madre, con la facultad de mejorar por mandato legal del artículo 972 CC que se limita al cónyuge viudo y a los hijos matrimoniales comunes de la anterior relación. La autora apunta que la limitación del artículo 972 CC se contradice con la vocación abierta del artículo 831 CC que permite el régimen voluntario de la delegación de la facultad de mejorar en otros modelos familiares, aunque opina que la contradicción queda justificada por la causa que funda una y otra, las restricciones dispositivas que impone la reserva viudal frente a la manifestación testamentaria que entraña la fiducia sucesoria (p. 137).

⁸⁹⁸ GAGO SIMARRO, Clara, "Derechos *mortis causa*...", op. cit., p. 535. También en este sentido, MARTINEZ MARTINEZ, María, *La sucesión intestada...*, op. cit., p. 336 que señala que el legislador ha conocido propuestas legislativas de regulación global de la convivencia *more uxorio* y la ha contemplado en otros ámbitos, como los contratos de arrendamiento urbano (artículo 16.1.b LAU) o en la adopción (disposición adicional 3ª de la Ley 21/1987).

quedan reservados a quien ostenta el estatus legal de cónyuge viudo del causante”⁸⁹⁹. En el mismo sentido, el Auto de 11 de junio de 2007, emitido por la Audiencia Provincial de Madrid, reitera que ninguno de los preceptos relevantes del Código civil prevén que pueda reconocerse el carácter de heredero *ab intestato* a personas que hayan mantenido una relación de convivencia estable sin haber contraído matrimonio, “pese a que es evidente que el legislador podría haber introducido tal modificación en nuestro ordenamiento jurídico si lo hubiera creído oportuno para adecuarlo a la actual realidad social”⁹⁰⁰.

Siendo esto así, en mi opinión, si bien la adjudicación de derechos legitimarios al conviviente puede ser más discutible, es evidente que su omisión como heredero legal no se ajusta al fundamento de la sucesión intestada, independientemente de si entendemos dicho fundamento como el intento del legislador de reflejar la voluntad presunta del causante medio o como la existencia de un deber social hacia la familia después de la muerte⁹⁰¹. En ambos casos, es difícil imaginar que la voluntad del causante medio que en el momento de su muerte compartía una comunidad de vida con otra persona, sea priorizar a sus parientes colaterales y, más aún, al Estado, en la distribución de su patrimonio relicto⁹⁰². Y es que debemos recordar que cuando nos referimos al llamamiento del conviviente *more uxorio* en la sucesión intestada

⁸⁹⁹ SAP Valladolid, de 6 de noviembre 2001 (JUR 2002, 19285).

⁹⁰⁰ FJ 3º, JUR 2007, 259127. El auto continúa: “Por lo demás, en el concreto caso que ahora se aborda, para que doña María Purificación pudiera haber sido heredera de don Jon se habría requerido que este último hubiera otorgado testamento en favor de ella (lo que no hizo, pese a que ello habría sido factible) o que, a falta de disposiciones testamentarias, ambos se hubieran casado, mas ello no tuvo lugar pese al hecho de que, según afirma la promovente, mantuvieron una relación de convivencia estable durante doce años, habiendo de colegirse que si en ese dilatado período no contrajeron matrimonio pudiendo haberlo hecho fue debido a que decidieron no hacerlo -o, cuando menos, no decidieron hacerlo-, por todo lo cual parece fuera de lugar que quien no constituyó un matrimonio y, por lo tanto, no adquirió los derechos ni asumió las obligaciones derivadas del vínculo conyugal, pueda beneficiarse de los derechos “mortis causa” que el ordenamiento jurídico reconoce en el ámbito de la sucesión intestada a unos muy concretos sujetos.”

⁹⁰¹ Para un análisis del fundamento de la sucesión intestada *vid.* PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., pp. 59-89 (con particular atención al cónyuge supérstite en las pp. 85-89).

⁹⁰² Tal y como apunta MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada...*, op. cit., p. 354, “¿cabe pensar que, de haber podido, el causante hubiese llamado preferentemente a un hermano, sobrino, tío, primo, sobrino-nieto, tío-abuelo o al Estado o CA? Es razonable contestar que no, si la convivencia fue estable y dilatada en el tiempo y, sobre todo, si persistía en el momento de fallecer el primero de los convivientes. Así que ateniéndonos a este criterio como fundamento de la ordenación abintestato, no sería extravagante llamar al conviviente en la misma posición del cónyuge viudo”.

del ordenamiento civil común, estamos hablando de un llamamiento supletorio que sólo tendrá lugar en defecto de voluntad expresada en testamento, y que primero llama a todos los descendientes, después a todos los ascendientes, y sólo a falta de éstos llama al cónyuge viudo. En consecuencia, en el caso de una reforma de mínimos, el reconocimiento de derechos sucesorios *ab intestato* a la pareja de hecho, sólo afectaría a los parientes colaterales del causante y al Estado, lo cual reflejaría mejor el sentimiento de la sociedad actual a este respecto⁹⁰³. Este reajuste del orden de llamamientos sucesorios no debería presentar dificultades ya que, como se ha visto, la evolución de las concepciones vigentes sobre la familia y el patrimonio han impuesto otras modificaciones en el pasado, tal y como refleja la progresiva limitación de los parientes colaterales con derecho a heredar y el reposicionamiento del cónyuge viudo por delante de los mismos⁹⁰⁴.

Si en lugar de atender a la voluntad presunta del causante, atendemos a la obligación *post mortem* de proteger a la familia como fundamento de la sucesión intestada, las conclusiones serían similares. Partimos de la base de que parece lógico entender que la “familia” objeto de protección en la sucesión intestada es la misma a la que ofrece amparo la Constitución en su artículo 39 que, como ha quedado establecido, incluye el modelo de convivencia *more uxorio*⁹⁰⁵. El reconocimiento de ciertos individuos como herederos legales es el reflejo de los miembros de la familia que se considera socialmente conveniente proteger⁹⁰⁶. Siendo esto así, y dado que las

⁹⁰³ Recordemos que la encuesta realizada por REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, “La actualización del derecho...”, op. cit., pp. 29-31, muestra que la mayoría de los notarios consultados (92%) confirman que uno de los objetivos del conviviente que otorga testamento es garantizar la posición económica de su pareja, especialmente frente a los ascendientes y demás parientes propios cuando no tienen hijos comunes.

⁹⁰⁴ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de familia y Derecho de sucesiones*, vol. IV, Tecnos (5ª edición), Madrid, 1989, p. 511.

⁹⁰⁵ STC 222/1992, de 11 diciembre (RTC 1992, 222), FJ 4º: “nuestra Constitución no ha identificado la familia que manda proteger con la familia que tiene su origen en el matrimonio”; STC 93/2013, de 23 de abril 2013 (RTC 2013, 93), FJ 8º: “Y esa familia, distinta a la que se constituye mediante el matrimonio, concebida como realidad social a la que se extiende la protección constitucional, ha sido entendida por este Tribunal como «la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja» (STC 47/1993, de 8 fe febrero, FJ 3).”

⁹⁰⁶ Tal y como señalan DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, ...*, (1989), op. cit., p. 511, a la hora de determinar los llamamientos *ab intestato* a favor de unas personas y no de otras “existen también razones de política legislativa y de política social, como pueden ser la protección de los intereses familiares en virtud de la idea de que la protección de la familia se

uniones extramatrimoniales son uno de los modelos imperantes en la sociedad, parece que la exclusión del conviviente de hecho de la sucesión intestada de su pareja no encaja bien con el fundamento de esa institución. Como observa MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “si el conviviente extramatrimonial es una pieza más en el engranaje familiar, lo mismo que el cónyuge, y forma parte de la familia *inter vivos*, debe también formar parte de la ‘familia *mortis causa*’”⁹⁰⁷.

Otro argumento que, como se ha visto, ha cobrado fuerza desde la reforma introducida por la Ley 15/2005, es el que sostiene que los derechos sucesorios intestados no tienen su fundamento en el matrimonio, sino en la comunidad de vida basada en la convivencia⁹⁰⁸. Recordemos que la citada reforma eliminó del artículo 954 CC el requisito que exigía que la separación de los cónyuges fuera de mutuo acuerdo y constara fehacientemente para que el cónyuge separado carezca de derechos en la sucesión intestada de su pareja. Esto ha reforzado el argumento de que lo que justifica la sucesión entre los cónyuges es la existencia de una convivencia efectiva y no la presencia del vínculo conyugal. Es decir, el legislador basa la presunta voluntad del causante típico de llamar a su pareja a su sucesión, en la existencia de una convivencia *more uxorio*, independientemente de que la pareja esté casada o no. Tal y como apunta la doctrina, si se admite la equiparación entre el cónyuge viudo y la pareja supérstite en el supuesto contemplado en el artículo 945 CC, “implícitamente estamos admitiendo que el llamamiento y el orden sucesorio del sobreviviente supérstite –por idénticas razones analógicas– ha de ser el mismo que le corresponda al cónyuge viudo en la sucesión intestada”⁹⁰⁹.

considera como socialmente conveniente. En este sentido, no cabe duda de que la evolución misma de la familia, su estrechamiento y sus crisis, imponen reajustes en el ordenamiento sucesorio.”

⁹⁰⁷ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada...*, op. cit., p. 357. La autora, tras analizar los argumentos a favor y en contra de la equiparación del conviviente de hecho en la sucesión intestada, va más allá y concluye que “es difícil negar hoy la analogía entre la relación de convivencia y el matrimonio y es difícil argumentar en contra de quienes advierten que se invaden competencias del poder central cuando se legisla sobre parejas de hecho por las CCAA, aunque el TC haya considerado lo contrario. La conexión familiar entre matrimonio y pareja de hecho es reconocida incluso por el TC en la fundamentación jurídica y habiendo consentimiento con vocación de permanencia, no se puede negar que acaba por ser bastante similar al matrimonio civil tal cual es después de las reformas de Cc por Ley 13/2005 15/2005 y 15/1015 (LJV).”

⁹⁰⁸ Ver epígrafes 3.3 y 5 a este respecto.

⁹⁰⁹ ESPADA MALLORQUÍN, Susana, “El reconocimiento de derechos...”, op. cit., pp. 47-48. La autora añade que “dado que la existencia y solidez de los vínculos afectivos que se derivan de la convivencia *more uxorio* efectiva es lo que justifica su llamamiento preferente a los parientes colaterales y,

A pesar de las profundas consecuencias que la doctrina prevé para las uniones matrimoniales y extramatrimoniales como consecuencia de la reforma introducida por la Ley 15/2005, lo cierto es que, en la actualidad, el conviviente supérstite no tiene ningún derecho en la sucesión *ab intestato* de su pareja.

precisamente, estos vínculos afectivos también surgen entre los convivientes, considero que está plenamente justificado el recurso a la *analogía legis* respecto de los mencionados derechos sucesorios intestados”.

CAPÍTULO III

EL SUPÉRSTITE EN EL DERECHO CIVIL VASCO

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El 3 de octubre de 2015 entró en vigor la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco. La norma, esta vez verdaderamente merecedora del calificativo común a los tres Territorios Históricos en los que es aplicable, ha sido celebrada como un avance importante hacia el fin de la fragmentación normativa que ha caracterizado este ámbito del ordenamiento civil vasco, aunque haya conservado, como veremos, ciertas instituciones forales que perpetúan la existencia de subordenamientos especiales⁹¹⁰. De acuerdo con la propia Ley, su innovación más importante fue la regulación de la vecindad civil vasca, inexistente hasta entonces y necesaria para poder formular un texto cuyas normas rigieran en toda la comunidad autónoma⁹¹¹. Así, el legislador vasco redactó una ley aplicable a todo el territorio, matizando que “aunque es cierto que históricamente siguieron Álava, Gipuzkoa y Bizkaia distintos caminos, son escasas, y en muchos casos más formales que materiales, las diferencias en el amplio campo de la costumbre foral”⁹¹².

Es alentador el propósito manifestado por el legislador de avanzar hacia un ordenamiento civil “aceptable para todos los vascos”, optando por resaltar las similitudes entre los ordenamientos forales preexistentes, aunque, como decíamos, conservando micro-ordenamientos forales en ciertos casos. En lo que a nosotros

⁹¹⁰ Subraya el GIL RODRÍGUEZ la “potencialidad vertebradora” de la Ley 5/2015, sin ocultar la necesidad de “remarcar los rescoldos discriminadores entre vascos, en la medida en que aparecen perpetuados en la Ley 5/2015” en GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “El derecho civil vasco como ‘precedente cronológico’”, *Iura Vasconiae*, núm. 17, 2020, p. 203. La propia Ley recoge en su Exposición de Motivos el propósito de “redactar un texto unificado que puede ser aceptable para todos los vascos, salvo en los casos de leyes y costumbres muy diferenciadas, como ocurre con la libertad de testar ayalesa, o la troncalidad y el régimen de comunidad de bienes en el matrimonio vizcaíno”.

⁹¹¹ Es necesario puntualizar, con GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “Del Derecho foral al Derecho civil vasco”, en *Manual de Derecho civil vasco*, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016, p. 39, que, a pesar de la afirmación en la Exposición de Motivos de que la Ley “regula” la vecindad civil vasca, lo cierto es que no hace tal cosa, ni podría hacerla sin extralimitarse de sus competencias. Lo que hace la norma vasca, como explica el civilista, es dejar a salvo la territorialidad en materia de bienes troncales y recordar que la vecindad civil -también la vasca y las vecindades locales- se adquiere, se conserva y se pierde conforme al Código civil”.

⁹¹² Exposición de Motivos de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco. El legislador, tras expresar su intención de redactar un texto unificado en todos sus aspectos, exceptuando aquellos en los que las leyes y costumbres fueran muy diferenciadas (libertad de testar ayalesa y troncalidad y régimen de comunidad matrimonial vizcaína), concluye que “las diferencias no impiden regular la existencia de una vecindad civil común, la vecindad vasca, un concepto no regulado en la ley anterior y, sin el cual, es difícil atender a la resolución de los conflictos de leyes”.

nos concierne, la consecuencia de preservar estos sub-ordenamientos supone que la situación en la que queda el supérstite, en la mayoría de los casos mujer⁹¹³, tras la muerte de su pareja, continúa variando según su vecindad local. Para entender, o al menos contextualizar, la elección del legislador vasco que, pudiendo haber culminado la unificación del Derecho civil vasco, optó por mantener estatutos diferenciados para una parte de los vizcaínos y los alaveses, es necesario atender a los antecedentes históricos de la norma.

1.1. Los fueros civiles vascos

En su origen, el Derecho que rigió la vida y las relaciones de los habitantes de los territorios que integran hoy la comunidad autónoma vasca fue un Derecho consuetudinario formado por usos y costumbres no escritas enraizadas en el hacer popular⁹¹⁴. Poco se sabe de estos primeros ordenamientos jurídicos hasta que comienzan a ser recogidos por escrito⁹¹⁵, pero es conocido que las costumbres

⁹¹³ Atendiendo a los datos proporcionados por el Instituto Vasco de Estadística (Eustat), la esperanza de vida de las mujeres en 2020 era de 86,3 años, mientras que la de los hombres era de 80,7. Fuente: https://www.eustat.eus/elementos/ele0000000/Esperanza_de_vida_al_nacimiento_en_la_CA_de_Euskadi_por_causa_de_defuncion_territorio_historico_y_comarca_segunsexo_y_ano/tbl0000031_c.html

⁹¹⁴ En sus observaciones al proyecto de apéndice del Código civil para Vizcaya y Alava, describía VICARIO DE LA PEÑA, Nicolás, *Derecho consuetudinario de Vizcaya*, Colección de textos forales = Foru agirien bilduma, volumen V, Diputación Foral de Bizkaia y Universidad de Deusto, Bilbao, 1995, p. 22, el derecho consuetudinario de Bizkaia (aunque la referencia es extensible a los tres territorios vascos), como “la serie de reglas jurídicas establecidas por hechos repetidos del pueblo, con conocimiento, y, en muchos casos, con consentimiento tácito del legislador. (...) Esto ha sucedido en Vizcaya, donde hallamos durante muchos siglos una rica legislación consuetudinaria, original en sus preceptos y sabia en sus disposiciones, de la que sólo una parte se escribe y colecciona en tiempos muy modernos, transmitida hasta nosotros de padres a hijos ...”.

⁹¹⁵ El trabajo de investigación realizado por NAVAJAS LAPORTE, Álvaro, *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, Sociedad Guipuzcoana de ediciones y publicaciones, S.A. San Sebastián, 1995, p. 27 y ss., recoge una serie de claves históricas que, aunque se presentan con la mirada puesta en territorio gipuzcoano, pueden servirnos para alumbrar la, posiblemente, parecida situación vizcaína y alavesa. El autor, partiendo de la admisión de que “poco o nada sabemos de las formas de vida y organización de los habitantes del territorio que hoy forma Guipúzcoa en la época anterior a la Alta Edad Media”, se refiere al texto de Estrabón para describir unos pueblos (los pueblos del “área nórdica”) aislados por sus montañas y bosques, regidos por un sistema de matriarcado y en los que la influencia romana fue escasa preservándose mayormente sus tradicionales formas de vida y siendo la costumbre “la fuente única de regulación jurídica de vida y relaciones de sus habitantes (...), cuyas manifestaciones no nos han llegado hasta nuestros días” (p. 29). En relación a la época visigoda, el autor concluye que “la incidencia del Derecho visigodo en Guipúzcoa no se produjo de forma suficiente para transformar de modo radical las instituciones propias, manteniéndose las formas de vida originarias y siendo la costumbre la manifestación en la vida del Derecho” (p. 31). Es interesante la descripción que hace NAVAJAS, basándose en

vascas, al igual que las de otros pueblos del ámbito pirenaico, se construyeron sobre la idea de la unidad familiar y la preservación del patrimonio dentro de la familia de origen⁹¹⁶; en una sociedad principalmente rural, con una economía de autoabastecimiento formada mayormente por pequeñas explotaciones agrarias de carácter familiar, la subsistencia de la familia estaba íntimamente ligada a la preservación de la casa y sus tierras (*el caserío*)⁹¹⁷.

interpretaciones de los textos de Estrabón, de un sistema sucesorio matrilineal, en el que la herencia se transmite por la línea femenina, la casa pertenece a la mujer y es el hombre el que aporta la dote (pp. 58-59). Pone en duda, sin embargo, la generalización de esta descripción, TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia del Derecho español*, Tecnos (4ª ed.), Madrid, 1992, p. 76, que reconoce que Estrabón describe aspectos de organización matriarcal en los pueblos del norte de la península, pero matiza que “aunque es innegable la existencia de rasgos matriarcales entre los cántabros y hasta es admisible la existencia de datos semejantes aislados en otros lugares y tiempos, todo ello no es suficiente (...) pues también son múltiples los datos sobre familias y pueblos de organización patriarcal.” NAVAJAS, favorable a la tesis de la organización matriarcal de las primitivas familias vascas, apunta que, aunque la situación fue cambiando después de la invasión romana, y ya en la época medieval el Derecho de sucesiones y familia vasco estaba totalmente transformado, siempre mantuvo como característica proveniente de aquel antiguo régimen matriarcal, el llamamiento a la herencia tanto a las hijas como a los hijos, sin distinción de sexo (op. cit., p. 59).

⁹¹⁶ En este sentido se expresa LAFOURCADE, Maité: “Prologo”, Azpilcueta. Cuadernos de Derecho, *La pratique actuelle du Droit Coutumier en Pays Basque = La práctica actual del Derecho Consuetudinario en Euskal Herria*, núm. 13, Donostia, Eusko Ikaskuntza, 1998, p. 11: “Asentados en los Pirineos y sus llanuras desde la más alta antigüedad, los vascos se han organizado espontáneamente a partir de la familia, que es el núcleo de base de toda sociedad primitiva. Elaboraron reglas de derecho en función de sus necesidades y de sus tendencias profundas, alejados de toda orientación sistemática. Sin embargo, en las siete provincias vascas actuales, que formaron una unidad política únicamente en un corto período de tiempo, al principio del siglo XI, encontramos, bajo el Antiguo Régimen, el mismo sistema jurídico, muy distinto del que estaba en vigor en las provincias aledañas. Incluso después de su integración en dos Estados distintos, los vascos resistieron a la influencia de los juristas y del derecho romano que en todos los demás lugares modificó profundamente la tradición jurídica popular. El derecho vasco no ha sido romanizado, y eso es lo que hace su particularidad. Lo que le caracteriza es su antigüedad y su permanencia a través de los siglos sin modificación profunda. Sin embargo, no se trata de un derecho arcaico e inamovible. Haciendo prueba de una gran facultad de adaptación, los vascos adoptaron conceptos extranjeros, conservando al mismo tiempo los principios fundamentales de su organización social, sobre todo en lo que respeta a la familia y su patrimonio”. Confirma esta visión CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales, XXVI, Ley sobre el Derecho civil foral del País Vasco*, Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dirs.), Edersa, Madrid, 1997, p. 2, afirmando que “las costumbres vascas tenían en común su finalidad de mantener la unidad de la familia y del patrimonio familiar, al igual que todas las legislaciones del ámbito pirenaico, aunque cada uno de los territorios formuló separadamente las normas y costumbres que podían reforzar esta básica unidad”.

⁹¹⁷ Tal y como lo describe GOIKOETXEA OLEAGA, Lorenzo, “La función social de la propiedad y los principios patrimoniales del Derecho civil vasco”, en *El Derecho civil vasco del siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Colección informes y documentos, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 240-271, p. 251, “el Caserío era la célula básica de producción y organización familiar, pero no era solo un lugar físico, una vivienda habitación, se trataba de una unidad en donde se integraban personas y bienes en desarrollo de una actividad familiar, social y económica, eminentemente agraria, que actuaban como núcleo social de autoabastecimiento y de pequeñas explotaciones agrarias de carácter familiar”. Es importante recordar, sin embargo, que, aunque generalmente asociamos la economía tradicional vasca con el caserío y la agricultura, tal y como apunta ARZANEGUI SARRICOLEA, Julián María, “La actualización del Fuero Civil de Bizkaia. Su adecuación a la presente realidad social”, *Los derechos históricos vascos. II Congreso Mundial Vasco*, Instituto Vasco

Los primeros textos jurídicos escritos aparecen en el período altomedieval y reflejan un panorama jurídico fragmentado, caracterizado por la existencia de ordenamientos locales, cuyas normas son aplicables únicamente a los habitantes del territorio en el que rigen⁹¹⁸. El contexto en el que emergen estos ordenamientos, en palabras de TOMÁS Y VALIENTE, es una “sociedad señorial, de economía agraria y pocas y pobres ciudades, que tendía a ser estática. Quienes en ella eran poderosos procuraban mantener la organización existente y evitar cambios profundos. No había grandes focos de poder político centralizado; los reyes eran débiles. Estas condiciones eran propicias no sólo para el establecimiento de la diversificación del Derecho, sino también para que éste se concibiera como costumbre y se manifestara a través de normas consuetudinarias”⁹¹⁹. En este marco histórico surgen los *fueros municipales* o *fueros francos* en la Edad Media como un conjunto de libertades, exenciones y privilegios que concedían los reyes a los nuevos núcleos urbanos o villas, otorgándoles un ventajoso régimen jurídico que facilitaba su expansión económica, territorial y política, al mismo tiempo que afianzaba el poder de los reyes en dichos enclaves urbanos⁹²⁰.

de Administración Pública, Oñati, 1988, pp. 239-252, “ya de antiguo existían en Bizkaia otras formas de actividad, distintas de las puramente agrícolas, cuya importancia está ampliamente contrastada. Sin necesidad de aludir a ocupaciones tan cultivadas por el pueblo vasco como la pesca (...), tendríamos que destacar las ferrerías y las molineras. Bien es verdad que, aun en éstas disponen de sus tierras de labor de las que se obtenía lo necesario para la subsistencia de la familia...”.

⁹¹⁸ LALINDE ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho Español*, EUB (5ª ed.), Barcelona, 1998, pp. 133 y ss. describe el ordenamiento general como “un conjunto de fueros locales, cuya vigencia descansa en el consentimiento común de los componentes de las comunidades, potenciado por el reconocimiento del titular del poder judicial superior, quien hace posible que tengan valor fuera de la localidad cuando los contendientes en un litigio no se conforman con la decisión del juez local y acuden al rey o señor para que éste decida nuevamente” (p. 135).

⁹¹⁹ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia...*, op. cit., pp. 133-134. En relación al fenómeno del localismo jurídico durante la Alta Edad Media, *vid.* pp. 140-154.

⁹²⁰ Apunta TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia...*, op. cit., p. 141, que “un factor que contribuyó de modo decisivo a la formación de todos los centros urbanos, al margen de las diferencias insinuadas, consistió en la concesión a casi todos ellos de fueros que contenían privilegios, franquicias y libertades. Para atraer a nuevos pobladores o para retener a los estantes, los reyes, los condes independientes o los simples señores feudales concedieron importantes ventajas a quienes vivieran en las ciudades o en otros centros urbanos menores. La principal franquicia consistía en el otorgamiento de la autonomía jurisdiccional y de gobierno, esto es, en el reconocimiento a los vecinos de una denominada localidad del derecho a elegir entre ellos a sus jueces y a los oficiales del lugar, para que juzgasen y gobernasen en aquella villa o ciudad con arreglo a los privilegios que se le hubieran concedido y, como complemento de ellos, a la costumbre propia de sus moradores”. En torno al nacimiento de esta foralidad urbana, aunque con un enfoque vizcaíno, relata GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Legítima y troncalidad: la sucesión forzosa en el derecho de Bizkaia*,

En lo que concierne al territorio vasco, se introdujeron por esta vía normas jurídicas externas mediante los Fueros de Estella y Logroño o, más tarde, mediante el Fuero Real⁹²¹. Junto con estos *fueros francos o municipales* coexisten otro tipo de *fueros*: los que surgen como conjunto de normas jurídicas de origen consuetudinario, que emanan de la experiencia vivida del pueblo, y se forman por acumulación de usos y costumbres. Como apunta CELAYA IBARRA, “lo característico del fuero es precisamente que no es ley creada por un legislador prepotente, ni siguiera impuesta por una mayoría ocasional, sino norma que nace de repetidas experiencias de ámbito popular”⁹²².

Los fueros civiles vascos, entendidos como la fijación por escrito del Derecho consuetudinario, surgen en gran parte debido a la tensión que generó la política de los reyes navarros y castellanos de fundar villas en tierra vasca a las que concedían una condición jurídica privilegiada, frente al status jurídico menos favorable del ámbito rural en el que continuaban aplicándose los usos y costumbres del lugar⁹²³. Observaba TOMÁS Y VALIENTE que el hecho de que Araba, Gipuzkoa y Bizkaia pasaran a pertenecer a Castilla a principios del siglo XIII, no significa que en estos

Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 29, que los fueros municipales o urbanos otorgados a las villas vizcaínas tuvieron como objetivo la formación de un estatuto urbano privilegiado apropiado al fin mercantil que, en su generalidad, caracteriza la creación de las villas vizcaínas”.

⁹²¹ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia...*, op. cit., p. 252. En relación a la incorporación a una foralidad “de francos” de los núcleos urbanos del País Vasco en los siglos XIII y XIV, señala LALINDE ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica...*, op. cit., p. 262, que “la recepción de sólo dos fueros y, además, de francos, ha permitido una cierta uniformización de la foralidad local, similar a la que se ha estado tratando de conseguir en Casilla, si bien con arreglo a unos fueros en decadencia en sus lugares de origen”.

⁹²² CELAYA IBARRA, Adrián, *Derecho Foral y Autonómico Vasco: Derecho Foral*, tomo I, Universidad de Deusto, Bilbao, 1984, p. 9. En el mismo sentido se expresaba VICARIO DE LA PEÑA, Nicolás, *Derecho consuetudinario...*, op. cit., p. 33, matizando que en la infancia de las sociedades, tanto en Bizkaia como en otros pueblos de España, los naturales no tuvieron leyes escritas y “comenzaron a regirse por usos o prácticas que los jefes o magistrados, intérpretes de la ley natural, adoptaban para los diversos actos de la vida; usos que, observados con respeto durante largos años y transmitidos por tradición, fueron constituyendo costumbres que veneraban los pueblos y que más tarde, cuando éstos se desarrollaron sintieron la necesidad de escribirlas, las consagraron en sus asambleas legislativas elevándolas a la categoría de fueros.”

⁹²³ Señala esta creciente tensión GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Legítima y troncalidad*, op. cit., p. 31, observando que “los nuevos núcleos urbanos, instalados sobre su peculiar régimen jurídico, sirven de apoyo al poder señorial (y monárquico) en su lucha contra el dominio de los poderosos grupos rurales, los cuales, a su vez, y en defensa de sus propios intereses (menoscabados por el desarrollo de la sociedad urbana), obstaculizan el progreso económico de las villas, entorpeciendo el tráfico mercantil o incluso del tránsito personal por los caminos.”

territorios dejaran de aplicarse sus costumbres no escritas o que las Cortes castellanas pudieran legislar para estas tierras, pero sí supuso la introducción y expansión progresiva del Derecho castellano en los territorios vascos mediante la fundación de villas realengas⁹²⁴. Así, a lo largo de la segunda mitad del siglo XIII y principios del siglo XIV, se fueron implantando el Fuero Real, las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá de 1348, que se aplicó en las villas vizcaínas y en los territorios realengos de Gipuzkoa y de Araba⁹²⁵. Como reacción a esta penetración del Derecho castellano, y en búsqueda de un cierto equilibrio jurídico, a finales del siglo XIV y durante el siglo XV se procedió a recoger por escrito el Derecho consuetudinario de los territorios vascos, surgiendo así el Fuero de Ayala (1373), el Fuero de Abellaneda (1394), el Fuero Antiguo de la Merindad de Durango (siglo XIV), el Fuero Viejo de Bizkaia (1452) y, ya en el siglo XV, el Fuero Nuevo de Bizkaia (1526).

A pesar de las notables similitudes existentes entre las normas consuetudinarias que constituyeron el originario Derecho civil vasco en sus diferentes territorios, en particular en el ámbito del Derecho de sucesiones⁹²⁶, cada territorio tuvo su propio recorrido histórico y su propio Derecho, que analizamos brevemente a continuación.

1.1.1. El Fuero civil de Araba

En términos de organización político-administrativa, Araba pasó de pertenecer al reino astur-leonés en el siglo IX, a formar parte de la Corona de Castilla en el siglo X,

⁹²⁴ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia...*, op. cit., p. 252.

⁹²⁵ Tal y como apunta LALINDE ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica...*, op. cit., p.224, la Ley Primera del Título XXVIII del Ordenamiento de Alcalá de 1348, contiene un “orden de prelación de normas” o gradación de los distintos elementos de que consta el ordenamiento general, en el que se establece que los pleitos civiles y criminales deben juzgarse de acuerdo con las leyes contenidas en el propio Ordenamiento, quedando así el ordenamiento territorial por encima del local.

⁹²⁶ El trabajo de investigación y análisis de documentos históricos llevado a cabo por MONASTERIO ASPIRI, Itziar, “La metodología: prácticas y principios del análisis de documentos. Derecho civil Foral (ss. XVII-XIX)”, en *El Derecho civil vasco del siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Colección informes y documentos, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 240-271, demuestra que muchas de las instituciones sucesorias de Derecho consuetudinario, como son los pactos sucesorios, el testamento mancomunado, el testamento por comisario, el de hermandad, el de hilburuko, o los poderes testatorios, fueron comunes en los tres territorios vascos.

para alternar durante los siglos XI y XII entre los reinos de Navarra y Castilla. Es el rey de Navarra, Sancho el Sabio, quien funda Vitoria en 1181, otorgándole el Fuero de Logroño (a su vez proveniente del Fuero de Jaca)⁹²⁷. Finalmente, Araba queda definitivamente incorporada a la Castilla de Alfonso VIII en 1200⁹²⁸. A partir de esta fecha los reyes de Castilla dominan el territorio alavés y son reconocidos en él como soberanos feudales; sin embargo, e independientemente del reino al que perteneciera, Araba mantuvo durante toda esta época una fuerte presencia señorial con su propia forma de organización política⁹²⁹. El propio rey Alfonso XI relata en sus crónicas que, a pesar de haberse incorporado a Castilla bajo Alfonso VIII, y con la excepción de Vitoria y Treviño que sí eran villas realengas⁹³⁰, Araba siempre había tenido un “señorío apartado”, gobernado por una institución, la Cofradía de Arriaga,

⁹²⁷ Más adelante, en 1271, Alfonso X concederá a los vitorianos el Fuero Real que vendrá a complementar el Fuero de Vitoria.

⁹²⁸ Para una introducción a la conformación histórica de la diversidad legislativa de Araba, ver ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso del Fuero de Ayala*, Diputación Foral de Álava, Vitoria-Gasteiz, 1999, pp. 19-24; también TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia...*, op. cit., pp.249-255.

⁹²⁹ Según TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia...*, op. cit., p. 253, para contrarrestar el poder de los Señores de la tierra de Araba, “la política de los reyes consistió, en especial a partir del reinado de Sancho VI el Sabio de Navarra (1150-1194), en fundar enclaves urbanos de realengo en tierras alavesas, concediendo a tales villas reales un régimen jurídico privilegiado y atractivo. En este sentido hay que entender las concesiones de fueros, principalmente por Sancho VI y por Alfonso X, a Laguardia, Vitoria, Treviño y Salvatierra.” Con respecto al dominio de los Señores de la tierra relata DE LORENZO PÉREZ DE SAN ROMÁN, Roberto, “Algunas consideraciones sobre los antecedentes de la Cofradía de Arriaga”, *Sancho el Sabio*, núm. 13, 2000, p. 177, que “se ha podido comprobar cómo desde el s. X, y quizá antes, existe en la llamada *Alava nuclear* –la Llanada y sus bordes montañosos–, al igual que en tierras limítrofes, un grupo de individuos caracterizado por su linaje que detentan el poder local, (...), y que pueden actuar individualmente para cuestiones menores o familiares y para donaciones particulares, pero también colectivamente, siendo reflejados como *seniores, milittes alavensibus, barones* y, algunos, *comes*. El papel y la presencia de estas élites se refuerzan a lo largo del s. XI, y durante el s. XII tomarán parte activa en los conflictos existentes entre las coronas navarra y castellana, a las que aparecerán unidos, pero manteniendo una cierta autonomía y un gran poder en su territorio.”

⁹³⁰ La villa de Vitoria fue fundada en 1181 y la de Treviño en 1161. Tal y como relata LÓPEZ-IBOR ALIÑO, Marta, “El «señorío apartado» de la Cofradía de Arriaga y la incorporación de la Tierra de Alava a la Corona de Castilla en 1332”, *La España medieval*, núm. 4, 1984, p. 517, el proceso de expansión jurisdiccional de las villas dará lugar a conflictos con la institución que gobernaba el resto de tierras de Araba, la Cofradía de Arriaga, ya que “situadas en medio de su territorio como villas realengas, Vitoria (1181) y Salvatierra (1254) incorporan durante estos años un buen número de aldeas pertenecientes al dominio jurisdiccional de la Cofradía. Esta se resiste a su pérdida inútilmente, pues las villas citadas cuentan con un aliado seguro como es el rey de Castilla, que interviene en los conflictos como mediador. La participación de este último va a ser aprovechada políticamente para reclamar de forma progresiva el derecho del rey al Señorío Real de Alava entendido en términos bajomedievales, contribuyéndose a afirmar su autoridad en ella.”

a la que pertenecían las clases sociales más influyentes: la nobleza y el clero⁹³¹.

Parece ser, por lo tanto, que entre 1200 y 1332, el Señorío de la Cofradía operó en Araba como «señorío apartado» con el reconocimiento por parte de los reyes de Castilla como un territorio con capacidad de autogobierno y dotado de inmunidad fiscal y jurisdiccional. Tal y como apunta la doctrina, esta situación no está reñida con el reconocimiento del rey de Castilla como Señor a través de una vinculación de

⁹³¹ LÓPEZ-IBOR ALIÑO, Marta, “El «señorío apartado» ...”, op. cit., pp. 513-514, tras estudiar el texto de las Crónicas de Alfonso XI, concluye que “nos permiten hacernos una idea de cuál era la situación jurídica y política de Alava antes de 1332, es decir, antes de la entrega de su señorío a la Corona. La Tierra de Alava se encuentra hasta 1332 fuera del alcance de la administración real que no percibe en ella los pechos reales; es decir, la moneda forera, los pedidos y los yantares, ni nombra a los oficiales de justicia, los alcaldes y el merino. Los alaveses carecen además de fuero escrito y dicen haberse regido siempre por sus costumbres. Esta especial situación es calificada en el texto de «señorío apartado». La única excepción que se hace a este estatuto se refiere a las villas de Vitoria y Treviño, de las que se dice que pertenecen al rey, es decir, que se encuentran bajo su señorío y administración por ser realengas. La villa de Vitoria había sido fundada en 1181 por Sancho VII de Navarra y la de Treviño por Alfonso X en 1254. Lo que nos interesa aquí destacar es la diferencia que se establece entre la situación jurídico-política de la Tierra de Alava, fuera de la administración y señorío real, y la de las villas que por el contrario le pertenecen.”

La doctrina difiere en su interpretación sobre el verdadero papel de la Cofradía de Arriaga como órgano de gobierno del territorio alavés y sobre la amplitud de la “independencia” o capacidad de autogobierno de la que gozó Araba hasta la disolución de la Cofradía y el “pacto de voluntaria entrega” de 1332. Algunos exponentes de las diferentes opiniones pueden encontrarse en MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo, “La Cofradía alavesa de Arriaga (1258-1332)”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 42, 1972, pp. 5-74, que mantiene que existió un Señorío Real desde la incorporación de Araba a Castilla en 1200; LÓPEZ-IBOR ALIÑO, Marta, “El «señorío apartado» ...”, op. cit., pp. 513-536, resume la polémica indicando que “la descripción que se hace (...) del «señorío apartado» alavés como excluyente del Señorío Real, ha animado toda una corriente historiográfica que lo interpreta como síntoma inequívoco de independencia política y autogobierno para la Alava medieval, al suponer, pese a la escasez de noticias, que esta fue la situación del territorio de Alava durante toda la Edad Media. Y así, aunque la Cofradía de Arriaga sólo está documentada en los siglos XIII y XIV retrotraen su existencia a los siglos anteriores. El origen de esta interpretación se remonta al siglo XVI en la figura de Garibay y alcanza su máximo exponente en Landazuri cuya obra ve la luz a fines del siglo XVIII. El punto de vista historiográfico opuesto al mencionado se caracteriza por subrayar la dependencia política de Álava respecto al primitivo reino astur-leonés, a los condes de Castilla y a los reyes de Navarra y Castilla a lo largo de la Edad Media. Entre sus partidarios ocupa un lugar destacado Juan Antonio Llorente cuya obra supera el marco estrictamente alavés para referirse a todo el País Vasco. Ambas posturas historiográficas estuvieron condicionadas por la situación política española de fines del siglo XVIII y del XIX y tiene como trasfondo la polémica suscitada entre foralistas y centralistas. Es obvio que dicho ambiente favoreció la proyección sobre el contexto medieval de una problemática que le es ajena, determinando la radicalización de ambos.” (p. 515). La autora, por su parte, concluye su exposición apuntando que “se ha podido comprobar la existencia de un colectivo nobiliario en Alava en los siglos XI y XII, de cuya personalidad jurídica y política como precedente de la Cofradía de Arriaga no podemos dudar. Sus orígenes deben relacionarse con la feudalización del territorio y con la debilidad del dominio político ejercido en Alava a través de los siglos medievales. El reconocimiento por parte de los alaveses de la soberanía feudal de los condes castellanos, los reyes de Navarra, y de los reyes de Castilla hasta su definitiva vinculación a estos últimos, no impide la consolidación en su territorio de unas formas propias de organización política a través de instituciones que adquieren su perfil definitivo en la Cofradía de Arriaga de los siglos XIII y XIV.” (p. 535-536)

tipo vasallático que no supone menoscabo del «señorío apartado»⁹³². Según la crónica de Alfonso XI, una de las prerrogativas de las que gozó la Cofradía durante este tiempo fue la de regirse por su propio ordenamiento jurídico, los usos y costumbres de la Tierra de Araba que, junto al juicio de albedrío, fueron las únicas fuentes de Derecho hasta el siglo XIV⁹³³.

En 1332, la Cofradía de Arriaga se disuelve, incorporándose sus tierras a la Corona de Castilla⁹³⁴. A partir de este momento, todo el territorio de Araba pasa a dominio castellano y, como ya sucedía en la villa de Vitoria y sus tierras aledañas, se proclama tierra de señorío y realengo regida por el Fuero Real. El rey Alfonso XI reclama para sí los derechos que hasta entonces había tenido la Cofradía mediante el pacto conocido como de “Voluntaria Entrega”: los nobles preservan sus derechos señoriales y reciben privilegios y exenciones fiscales que consolidan su poder social y económico, a cambio de reconocer el Señorío Real en Araba⁹³⁵. En 1348 Alfonso

⁹³² Ibid, p. 524.

⁹³³ LÓPEZ-IBOR ALIÑO, Marta, “El «señorío apartado» ...”, op. cit., p. 523.

⁹³⁴ Tal y como relata CELAYA IBARRA, Adrián, *Derecho Foral...*, op. cit., p.27, “en el año 1332, bajo el reinado de Alfonso XI, Alava se incorpora a la corona de Castilla. La unión se hizo mediante una escritura conocida como “pacto de voluntaria entrega” por la que Alava se convierte en tierra de señorío y realengo, disolviéndose la Cofradía de Arriaga, con el compromiso que el rey adquiere de no poder nunca enajenarla de la corona.”. El contexto socio-económico que llevó a la disolución de la Cofradía nos lo proporciona DE LORENZO PÉREZ DE SAN ROMÁN, Roberto, “Algunas consideraciones sobre los antecedentes de la Cofradía de Arriaga”, *Sancho el Sabio*, núm. 13, 2000, p. 158, quien apunta que “desde 1200, al acabar la guerra entre Navarra y Castilla –a favor de esta segunda-, la villa de Vitoria fue ganando un protagonismo en el comercio exterior que la convirtió en el principal centro de redistribución de mercancías en el Norte peninsular, fundándose siete villas –destacando Salvatierra, Segura, Villafranca y Tolosa- en 1256 en el camino hacia la costa. En 1258 la Cofradía de Alava aparece explícitamente por primera vez en la documentación, firmando un convenio con las villas de Vitoria y Salvatierra, en el que se aprecia un primer intento –constatado documental- de la clase señorial alavesa de fijar a los campesinos que huyen de sus solares hacia las villas, para hacer frente al descenso de sus rentas. Se constata pues la Cofradía de Arriaga en un documento de 1258 a raíz de esta crisis de los señores, que aprietan más a sus dependientes y éstos escapan a la ciudad, un proceso complejo de progresivo aumento de poder de las villas y un fortalecimiento del poder real, y de lucha por el control de los excedentes que irá acompañada por una verdadera ofensiva señorial contra los campesinos desde ese año de 1258 hasta 1332”.

⁹³⁵ Señala LÓPEZ-IBOR ALIÑO, Marta, “El «señorío apartado» ...”, op. cit., p. 529 que “el preámbulo del privilegio de disolución contiene la renuncia de la Cofradía a sus juntas, al señorío de la Tierra y a sus usos y costumbres (...). El contenido del acuerdo queda precisado en el resto del documento a través de una serie de peticiones que elevan los cofrades al rey y de las respuestas que éste les da. El rey obtiene el Señorío Real recabando para sí todos los derechos que venía detentando el Señor de la Cofradía en virtud del «señorío apartado». Fuera de esto los cofrades vieron confirmados todos sus derechos señoriales.” Añade la autora que “queda suprimido el “señorío apartado” al producirse el traspaso de las prerrogativas que lo definían al Señorío Real. Resultaron beneficiados tanto este último que obtuvo un mejor control político sobre la Tierra de Alava como los grandes linajes que

XI promulga el Ordenamiento de Alcalá, cuyo sistema de fuentes establece la aplicación del Derecho de Castilla, que regirá a partir de entonces en todos los ámbitos de Derecho privado, incluido el sucesorio.

a) *El Fuero de Ayala*

La tierra de Ayala⁹³⁶, ubicada en el noroeste de la actual provincia de Araba, aparece documentada por primera vez en el Cronicón Salmanticense en el siglo IX⁹³⁷. Su incorporación a Araba no tiene fecha cierta, pero suele datarse cerca del año 1460⁹³⁸. En cualquier caso, Ayala conserva su independencia en cuanto a la administración económica y, en lo judicial, las apelaciones se dirigen al Corregimiento de Bizkaia⁹³⁹.

obtuvieron la confirmación de sus privilegios en sus zonas de dominio (...). El cambio del resto de la población alavesa sería mínimo, ya que en realidad lo que se ha producido es un cambio del Señorío que venía ejerciendo la Cofradía por el del Rey.” (pp. 531-532).

En relación al impacto social de este pacto de “entrega voluntaria” de Arriaga es interesante la perspectiva de LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago, “El pactismo como elemento fundamental de la foralidad”, *Estudios de Deusto: Revista de Derecho público*, vol. 51, núm. 1, 2003, pp. 241-258, que ubica este tipo de acuerdo o pacto con el monarca dentro de una concepción diferente de la relación entre el Rey y la comunidad que ha sido fundamental para la pervivencia de los fueros vascos. Señala Larrazabal que el “pactismo” tenía su fundamento en un sistema bipolar: por un lado, se encontraba el Rey o Señor (hereditario o electivo) como depositario de un poder constituido y por el otro, la Colectividad (representada en las Asambleas de los sectores sociales más poderosos de la comunidad), que tenía a su vez sus propios poderes, poderes que cedía al Monarca. De acuerdo con el autor, el pactismo entendido como un acuerdo voluntario entre el rey y la comunidad, es consustancial al entramado foral alavés y, en concreto, al pacto acordado con la Cofradía de Arriaga en 1332, siendo su verdadera importancia “lo que ha quedado en el subconsciente alavés. Pues bien, la percepción que ha sobrevivido en su subconsciente colectivo es que se trata de una relación pactada y así fue sentida y aceptada por todos.” (p. 250)

⁹³⁶ Tal y como apunta URIARTE LEBARRO, Luis María, *El Fuero de Ayala*, Diputación Foral de Araba, Vitoria-Gasteiz, 1974, p.19, Aiara o Ayala es una cuadrilla dentro de la Hermandad de Araba, una Hermandad dentro de la cuadrilla de Ayala, y un municipio en la organización administrativa actual. Así, Ayala, es actualmente un municipio integrado por 24 pueblos: Agiñaga, Añes, Beotegi, Costera/Opellora, Etxegoien, Erbi, Izoria, Lexartzu, Luxo, Luiaondo, Lanteno, Madaria, Maroño, Menagarai, Menoio, Murga, Ozeka, Olabazar, Kexaa, Respaldiza, Erretes Lanteno, Soxo, Zuhatza. (con ayuntamiento en Respaldiza). Por otro lado, con el nombre de Aiara-Ayala, se conoce también a una de las siete cuadrillas de Araba, que se compone de los municipios de Laudio, Amurrio, Ayala-Aiara, Okondo y Artziniega.

⁹³⁷ GOIKOLEA MARTÍN, Luis Ángel, “Sección cuarta: De la libertad de testar en el valle de Ayala en Alava (Artículos 88-95)”, en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco*, Andrés Urrutia Badiola, Francisco Lledó Yagüe, Oscar Monje Balmaseda (dirs.), Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademia, Madrid, 2020, p. 715.

⁹³⁸ GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “Del Derecho foral al ...”, op. cit., p. 26.

⁹³⁹ CELAYA IBARRA, Adrián, *Derecho foral...*, op. cit., p. 28.

El Derecho originario ayalés, al igual que el de sus vecinos, fue un Derecho consuetudinario no escrito, hasta que, en 1373, el conde don Fernán Pérez de Ayala recoge los usos y costumbres del lugar en un Fuero que comprende noventa y cinco capítulos de normas civiles, penales y procesales⁹⁴⁰.

Dentro del contenido en materia civil, la norma de mayor interés para nosotros, tanto por su naturaleza sucesoria como por su pervivencia hasta nuestros días, es la que proclama el principio de libertad absoluta de disposición *mortis causa*. En su capítulo XXVIII, el Fuero recoge el siguiente precepto: *Otrosí todo hombre o meger estando en su sana memoria puede mandar todo lo suio o parte dello a quienquisiere por Dios, e por su alma o por servicio que le fizo*⁹⁴¹. En el texto originario del Fuero, por lo tanto, la libertad de disponer fue absoluta, apareciendo configurada sin limitación alguna; es decir, sin referencia a la necesidad de un apartamiento simbólico de los herederos forzosos que se incluirá posteriormente⁹⁴².

Alrededor del año 1463 la tierra de Ayala se incorpora a la Hermandad de Araba, pero inicialmente al menos, conserva su Fuero. Sin embargo, en 1487 los vecinos de Ayala renunciaron a su Fuero antiguo (es decir, al Fuero de Ayala de 1373) y a los demás usos y costumbres no escritos pero vividos, en favor de la claridad y seguridad jurídica de las leyes de Castilla (es decir, el Fuero Real, las Partidas y los Ordenamientos de Cortes de Castilla)⁹⁴³. Sin embargo, conservaron su Fuero en

⁹⁴⁰ Para un análisis más detallado en torno a la historia y contenido del Fuero de Ayala ver, entre otros, URIARTE LEBARIO, Luis María, *El Fuero de Ayala*, Diputación Foral de Araba, Vitoria-Gasteiz, 1974; ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso del Fuero de Ayala*, Diputación Foral de Álava, Vitoria-Gasteiz, 1999; GALINDEZ, Jesús, *La tierra de Ayala y su Fuero*, Ekin, Buenos Aires, 1957; LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago, "El régimen jurídico de Derecho público de la cuadrilla de Ayala: pasado, presente y futuro", *Boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, núm. 4 2004, pp. 23-46."

⁹⁴¹ Texto extraído de AIZPURUA ONDARO, Gontzal, *Ley del Derecho civil foral del País Vasco (3/1992, de 1 de Julio)*, Colección de textos forales, volumen III, Diputación Foral de Bizkaia – Universidad de Deusto, 1995, p. 337. Tras remarcar la libertad absoluta recogida en el texto originario del Fuero, "sin parangón en nuestros restantes Derechos Civiles", ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso...*, op. cit., p. 27, apunta que "representa, además, el fundamento del no menos singular usufructo poderoso, uso consuetudinario en el que en ocasiones se manifiesta aquella libertad".

⁹⁴² MONASTERIO ASPIRI, Itziar, "La metodología...", op. cit., p. 63.

⁹⁴³ Describe esta situación CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 5, en los siguientes términos: "en 1487 los ayaleses, considerando que sus Fueros no escritos se prestaban a muchas confusiones y daban lugar a que *los alcaldes y otras personas particulares solían tener y tomar por Fuero é por Ley lo que les placía, aunque lo tal fuera injusto*, pidieron a su Señor una importante

materia sucesoria, disponiendo en la Escritura de Iguala y Avenencia que recogió el pacto de renuncia al Fuero, que *en cuanto a las herencias e subcesiones de los bienes de cualesquier vecinos de diha tierra, que puedan testar e mandar por testamento o manda o donación de todos sus bienes o parte dellos a quien quisieren, apartando sus hijos e parientes con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieren*⁹⁴⁴.

De esta manera queda fijado el tan ayalés principio de libertad de disposición *mortis causa*, esta vez con referencia al apartamiento (*apartando sus hijos e parientes con poco o con mucho*), que se conservará hasta nuestros días como singularidad sucesoria de la Tierra de Ayala, respetada por los reyes castellanos que conforman y ratifican su Fuero a lo largo de su historia.

En lo que respecta al cónyuge viudo, ya desde 1373, el Derecho escrito del territorio ayalés acogió el régimen matrimonial de gananciales establecido en el Derecho castellano, sin incorporar ninguna disposición dirigida a proteger la posición sucesoria del cónyuge dentro de la familia⁹⁴⁵. El Fuero originario ayalés recogía usos consuetudinarios relativos a la mujer casada y le reconocía ciertos derechos (así como limitaciones), pero no plasmaba, ni en su versión originaria ni en la versión posterior a la renuncia de 1487, ninguna institución económico-familiar que le concediese un *status* privilegiado dentro de la familia o que reconociese su autoridad sobre la misma. Sin embargo, esta ausencia de norma escrita no significa que la viuda y el viudo ayalés fueran ignorados por el Derecho consuetudinario de su tierra. Al contrario, la práctica consuetudinaria de los ayaleses incluía la institución del llamado “usufructo poderoso”, una modalidad de fiducia sucesoria

reforma, que se firmó el 7 septiembre 1487. En ella renunciaron a sus leyes antiguas y se acogieron al *Fuero Real é las Leyes de Partida é Ordenamientos de los Reyes de este Reino de Castilla*, pero se reservaron tres materias básicas: a) la prohibición de la prisión por deudas, b) el nombramiento de los alcaldes en la Junta de Sarobe, y c) la libertad absoluta de testar”.

⁹⁴⁴ Texto extraído de AIZPURUA ONDARO, Gontzal, *Ley del Derecho civil...*, op. cit., p. 337.

⁹⁴⁵ Tal y como observa ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso...*, op. cit., pp. 28-29, “especialmente reseñable me parece que, ya desde 1373, y a diferencia de la mayor parte de nuestros restantes Derechos Civiles, el régimen económico-matrimonial de los ayaleses no albergara singularidad destacada respecto al Derecho de Castilla, rigiéndose por el sistema de gananciales y sin que, por lo que al texto transcrito se refiere, la situación del cónyuge supérstite en relación a su jerarquía familiar y administración y disposición de los bienes conyugales mereciera previsión específica alguna.”

que ha perdurado hasta nuestros días. Enmarcado dentro de la libertad de disposición del causante ayalés, el usufructo poderoso contempla la posibilidad de delegar al cónyuge (u otra persona) una amplia facultad para designar sucesor o sucesores en los bienes del causante, al tiempo que le otorga un derecho de usufructo sobre el caudal relicto⁹⁴⁶. Apunta ANGOITIA GOROSTIAGA que, ciertamente en su configuración histórica prelegislativa, la postergación temporal en la designación sucesoria que se delega en el cónyuge viudo usufructuario poderoso es “el ingenioso mecanismo a través del que, sin perjuicio de su propia razón de ser, se alcanza la continuidad en el orden afectivo y material existente a la muerte del causante, sin que su fallecimiento provoque irreversiblemente la quiebra del anterior estado de cosas y derive sustancialmente en una nueva condición de la mujer viuda, tanto respecto a su propia descendencia, como en relación a los bienes de la unidad familiar”⁹⁴⁷.

b) Llodio y Aramaio

Los municipios de Llodio y Aramaio, ubicados en tierra alavesa, se rigieron desde antiguo por el Fuero de Bizkaia. Su régimen jurídico, por lo tanto, se analiza en la sección referente a Bizkaia.

1.1.2. El Fuero civil de Gipuzkoa

Pocos datos conocemos de la organización jurídica e incluso política de Gipuzkoa en la época anterior al siglo XI⁹⁴⁸. Al igual que sus territorios hermanos, durante los

⁹⁴⁶ ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso...*, op. cit., pp. 31-54, relata la historia de esta institución que existió como norma consuetudinaria no escrita hasta que fue recogida en la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho civil foral del País Vasco. Tal y como apunta Angoitia, el primer referente cualificado de la existencia y efectiva vigencia de la institución del usufructo poderoso, fue la tesis doctoral de URIARTE Y LEBARIO, Luis María, *El Fuero de Ayala*, op. cit., p. 135 y ss.

⁹⁴⁷ Ibid, p.51.

⁹⁴⁸ Confirma esta ausencia de datos TOMÁS y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia...*, op. cit., p. 251, que señala que “nada sabemos durante esas centurias [siglos IX y X] directamente sobre Vizcaya y Guipúzcoa, en especial sobre esta última. No hay documentos. La carencia de éstos parece deberse a la ausencia en esas tierras de centros monásticos y episcopales, únicos que en las vecinas tierras castellanas o navarras plasmaban por escrito datos de su historia presente. Lo cierto es que sin éstos no es posible reconstruir ahora la historia de Guipúzcoa y Vizcaya anterior al siglo XI.”

siglos XI y XII, Gipuzkoa perteneció alternativamente a Navarra o a Castilla, incorporándose definitivamente a esta última en el año 1200.

El primer documento jurídico del que se tiene constancia en la historia gipuzcoana es el Fuero de San Sebastián, otorgado por el rey navarro Sancho el Sabio a la villa del mismo nombre en 1180⁹⁴⁹. Afirmamos con NAVAJAS LAPORTE que, por lo tanto, puede concluirse que el Derecho aplicable en terreno gipuzcoano hasta ese momento fue la costumbre, es decir, el Derecho consuetudinario no escrito⁹⁵⁰. En el mismo sentido se expresa TOMÁS Y VALIENTE, que tras observar que conocemos mal el Derecho por el que se regían los clanes ancestrales de Gipuzkoa, asegura que “sin duda era eminentemente consuetudinario y no escrito” y añade que “es probable que los jueces gozaran de amplio albedrío para crearlo en función de las necesidades y razones de cada caso concreto”. En cualquier caso, afirma el autor, “la casa o caserío y la familia son realidades básicas de ese arcaico ordenamiento”⁹⁵¹.

Como ya se ha visto, la estrategia de expansión política y explotación económica de los reyes navarros y castellanos en la Edad Media fue la creación de villas de fundación regia a las que dotaban de un régimen jurídico libre, poblándolas con habitantes en parte venidos de fuera. Es el caso de la villa de San Sebastián, fundada por el rey navarro Sancho el Sabio en 1180, con francos traídos de Baiona y con un

⁹⁴⁹ NAVAJAS LAPORTE, Álvaro, *La ordenación consuetudinaria...*, op, cit., p. 32 matiza que el Fuero de San Sebastián se otorga en fecha imprecisa entre 1150 y 1194, pero acepta la opinión dominante hoy, la de Lacarra, que lo sitúa en 1180. Este último, en LACARRA Y DE MIGUEL, José María, “Notas para la formación de las familias de fueros navarros”, *Anuario de historia del Derecho español*, núm. 10, 1933, pp. 203-272, al estudiar los Fueros que se derivaron del de Estella se refiere al Fuero de San Sebastián, cuyo texto, “tal y como se nos ha conservado, carece de fecha” (p. 222). Señala Lacarra que “tradicionalmente se viene diciendo sin motivo alguno que el fuero se dio en 1150. Sin embargo, ninguna de las copias conservadas le señala fecha. Juan P. Gamón, *Noticias históricas de Rentería* (...) dice: “su privilegio de fundación y fuero fue expedido por el rey don Sancho el Sabio de Navarra hacia el año 1190 después que en 1181 erigió y fundó a Vitoria”, página 45. Gorosabel, *Dicc. hist. geog. de Guipúzcoa*, 1862, pág. 439: “El documento de esta concesión, escrito en mal latín, no tiene fecha, pero se supone sea del año 1180 por cuanto dicho monarca navarro aseguró en el anterior, por medio del tratado de paz celebrado con don Alfonso VIII de Castilla, la soberanía de esta parte de Guipúzcoa.” Llorente, *Not. Hist. Vascong.*, ‘IV, 244, también señala la fecha de 1180 como probable” (p. 223, nota 52).

⁹⁵⁰ NAVAJAS LAPORTE, Álvaro, *La ordenación consuetudinaria...*, op, cit., p. 32

⁹⁵¹ TOMÁS y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia...*, op. cit., p.255.

Fuero basado en el de Estella⁹⁵². El fuero de San Sebastián combina preceptos del Fuero de Jaca y del de Estella, con normas de Derecho marítimo propio y original de la nueva población⁹⁵³. Su aplicación tuvo gran amplitud, alcanzando más de la cuarta parte de lo que hoy es Gipuzkoa⁹⁵⁴. Entrando en el siglo XIII, los reyes castellanos, con la misma política que anteriormente los navarros, fundaron nueve villas costeras⁹⁵⁵ y a todas les concedieron el Fuero de San Sebastián. En la parte de Gipuzkoa más próxima a Araba, las villas recibieron el Fuero de Vitoria (es decir, el de Logroño con modificaciones)⁹⁵⁶. El Fuero de San Sebastián, un fuero de francos, estaba pensado para regular la vida de una población extranjera, proveniente de Francia, y no recogía los usos y costumbres de la tierra ni, por supuesto, regulaba todas las situaciones jurídicas que se planteaban. El Fuero de Vitoria, por su parte, carecía de normas de Derecho privado o éstas eran insuficientes⁹⁵⁷. Siendo esto así, continuó aplicándose en las villas de Gipuzkoa (y, por supuesto, fuera de las mismas), aunque de modo supletorio al sistema normativo de los Fueros de San Sebastián y Vitoria, la costumbre local y territorial⁹⁵⁸.

⁹⁵² Ibid, p. 256. En el mismo sentido NAVAJAS LAPORTE, Álvaro, *La ordenación consuetudinaria...*, op. cit., p. 33.

⁹⁵³ LACARRA Y DE MIGUEL, José María, “Notas para la formación...”, op. cit., pp. 223 -224: “Los artículos del fuero de Jaca pasan a San Sebastián a través del fuero de Estella (1090); a continuación, vienen nueve artículos, transcripción literal de la redacción estellesa de Sancho el Sabio (1164), y al final se añaden preceptos de procedencia diversa, algunos identificables con varios artículos del fuero de Estella.”

⁹⁵⁴ NAVAJAS LAPORTE, Álvaro, *La ordenación consuetudinaria...*, op. cit., p. 33. También LACARRA Y DE MIGUEL, José María, “Notas para la formación...”, op. cit., p. 225, observa que “el Fuero de San Sebastián fue extendiéndose a todos los pueblos de la costa guipuzcoana, sin duda por el derecho marítimo que contiene.”

⁹⁵⁵ Oiartzun y Hondarrabia (1203), Getaria y Mutriku (1209), Zarauz (1237), Renteria (1320), Zumaia (1347), Usurbil (1371) y Orio (1379).

⁹⁵⁶ TOMÁS y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia...*, op. cit., p. 256 señala que entre 1180 y 1383, los reyes fundaron veintiséis villas en Gipuzkoa. Sobre la concesión del Fuero de Vitoria (Logroño), LACARRA Y DE MIGUEL, José María, “Notas para la formación...”, op. cit., p. 229, nos dice que cuando Sancho el Sabio repobló Vitoria en 1191 le dio un fuero derivado del de Logroño, que se declaró como supletorio. La fórmula tuvo tanto éxito que se extendió en el siglo XIII a otros lugares como Tolosa, Mondragón, Bergara, Villafranca de Gipuzkoa, Deba, Azpeitia, Elgueta, Villarreal de Gipuzkoa o Elgoibar. Los pueblos a quienes se otorgaba el fuero de Vitoria se entendía que disfrutaban también el de Logroño, ya que aquél no era más que una reducción o variante de éste.

⁹⁵⁷ NAVAJAS LAPORTE, Álvaro, *La ordenación consuetudinaria...*, op. cit., p. 38 y p. 69.

⁹⁵⁸ Tal y como señala NAVAJAS LAPORTE, Álvaro, *La ordenación consuetudinaria...*, op. cit., pp. 35-36, “en las villas acogidas al Fuero de San Sebastián, la norma de primer rango será el Fuero y, a falta de norma escrita, será la costumbre la que regulará las situaciones jurídicas”.

La inadecuada normativa privada del Fuero de Vitoria hace que, a mediados del siglo XIII, los vitorianos pidan a Alfonso X la concesión del Fuero Real que pasa a ser la principal fuente de Derecho privado en las villas fundadas con el Fuero de Vitoria⁹⁵⁹. En 1348 entra en vigor el Ordenamiento de Alcalá y establece un nuevo orden de prelación aplicable en todo el reino, incluida Gipuzkoa. A partir de ahora, se aplicará en primer lugar el Ordenamiento de Alcalá y las leyes generales; en su defecto, las normas locales, los Fueros y la costumbre. El Fuero Real será Derecho supletorio. En las tierras en las que regía el Fuero de San Sebastián, el Fuero Real regulará las situaciones no recogidas por aquel Fuero⁹⁶⁰.

En lo que se refiere a materia sucesoria, la doctrina autóctona afirma que la transmisión íntegra e indivisa del caserío a un único heredero ha formado parte del Derecho gipuzcoano desde sus orígenes⁹⁶¹. Apunta la doctrina que esta costumbre foral guipuzcoana, junto con otras complementarias, no fueron recogidas en un Fuero escrito, sino que han sido prácticas consuetudinarias respetadas por el poder público que se han mantenido vigentes a lo largo de la historia de la integración de Gipuzkoa en la Corona de Castilla, y a pesar de la misma⁹⁶².

El extenso trabajo de investigación sobre las prácticas sucesorias guipuzcoanas llevado a cabo por NAVAJAS LAPORTE muestra que el Fuero de San Sebastián, a diferencia del Fuero de Estella en el que se basaba y del Derecho castellano de la época, preveía la posibilidad de transmisión íntegra del caserío a uno de los descendientes⁹⁶³. En cuanto a la protección del cónyuge viudo, el Fuero de San

⁹⁵⁹ MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo, "La Cofradía alavesa ..." op. cit. pp. 5-74.

⁹⁶⁰ NAVAJAS LAPORTE, Álvaro, *La ordenación consuetudinaria...*, op. cit., pp. 38- 41 y p. 70.

⁹⁶¹ NAVAJAS LAPORTE, Álvaro, *La ordenación consuetudinaria...*, op. cit., *in totum*; MONASTERIO ASPIRI, Itziar, "La metodología...", op. cit., pp. 64 y ss.

⁹⁶² MONASTERIO ASPIRI, Itziar, "La metodología...", op. cit., p. 64-65.

⁹⁶³ Explica NAVAJAS LAPORTE, Álvaro, *La ordenación consuetudinaria...*, op. cit., p.61 y ss. que, en el Derecho medieval castellano, en el caso de existir varios hijos, el donante no podrá disponer de la totalidad de los bienes inmuebles a favor de uno de los hijos, ya que dichos bienes quedaban vinculados en favor de los herederos, como consecuencia de la antigua propiedad mancomunada de la familia. Este principio, recogido en el Fuero de Estella, también aparece en el de San Sebastián, pero contempla este último, una excepción a la regla general para el caso de las donaciones *propter nuptias* de los bienes inmuebles, en cuyo caso sí podrán hacerse en favor de uno de los descendientes.

Sebastián contemplaba el usufructo universal de los bienes o *fealdat* a favor del viudo, a condición de que no contrajera segundas nupcias⁹⁶⁴.

En las villas que recibieron el Fuero de Vitoria, como ya dijimos, se acabaría aplicando el Fuero Real en el ámbito de Derecho privado. A pesar de las dificultades que imponían las normas sucesorias contenidas en el Fuero Real a la transmisión indivisa del patrimonio, se sabe por la documentación notarial de la época que en Gipuzkoa se continuó transmitiendo el caserío indiviso de generación en generación⁹⁶⁵. El modo de realizar esta transmisión unitaria, prohibida, recordemos, en el Fuero Real, tenía que ajustarse a la legalidad vigente, en el sentido de respetar el derecho legalmente reconocido de los otros hijos. Esto se lograba mediante pactos en los que participaban todos los interesados aceptando o renunciando sus derechos, según fuera necesario⁹⁶⁶. En cuanto a la ordenación económica de la casa gipuzcoana, refiere NAVAJAS LAPORTE que su origen y permanencia es consuetudinaria y se ha realizado en igual o parecida forma en toda la provincia a lo largo de la historia; esto es, por medio de las capitulaciones matrimoniales acordadas por los dos matrimonios que componen la sociedad económico-familiar (los padres –el matrimonio viejo- y el hijo o hija elegido para

⁹⁶⁴ Ibid, p. 64 y pp. 67-69. El Fuero, basándose en el de Estella, también contiene normas reguladoras de los bienes adquiridos durante el matrimonio (las conquistas) y otras destinadas a garantizar a los hijos la adquisición íntegra de los bienes inmuebles de abolengo, para los casos en los que la madre contraiga segundas nupcias (pp. 63-65).

⁹⁶⁵ Describe NAVAJAS LAPORTE, Álvaro, *La ordenación consuetudinaria...*, op. cit., pp. 70 y ss. el caso de la Ordenanza de Oñate de 1477 en la que se preveía, debido a la situación precaria en la que se encontraban los propietarios agricultores por la excesiva parcelación y división de la tierra, la libre disposición de los bienes raíces. La Ordenanza fue confirmada por los Reyes Católicos el 6 de enero de 1485 mediante Real Cédula en la que confirmaban esta costumbre o práctica de transmisión íntegra del caserío como extensible a todo el territorio provincial: ... *segund e por la forma e manera que se face e costumbra fazer en la nuestra provincia de Guipuzcoa e en el nuestro condado e señorío de Bizcaya*. (vid. NAVAJAS LAPORTE, Álvaro, *La ordenación consuetudinaria...*, op. cit., p. 74).

⁹⁶⁶ Ilustra NAVAJAS LAPORTE este tipo de pactos con referencia a capitulaciones matrimoniales otorgadas el año 1492 en Anzuola (vid. NAVAJAS LAPORTE, Álvaro, *La ordenación consuetudinaria...*, op. cit., p. 75-78). En este sentido es también relevante el trabajo de investigación de MONASTERIO ISPIRI, Itziar, “La metodología...”, op. cit., *in totum*, y en particular, pp. 82-85, en el que se recogen las prácticas sucesorias derivadas de la costumbre foral gipuzcoana y conservadas mediante documentación notarial. Apunta la civilista que “al interpretar los documentos notariales no debe polarizarse la atención, y menos de forma exclusiva, en la forma jurídica empleada –apariencia ajustada a la legalidad- sino que es necesario examinar lo que en sí encierra el negocio, llevar a cabo un examen del conjunto de la operación negocial en la búsqueda de la voluntad, de lo realmente querido por los otorgantes, y así, desvelar cuáles son las finalidades que se tratan de alcanzar al formalizar la escritura”.

heredar el caserío y su cónyuge –el matrimonio joven)⁹⁶⁷. El cónyuge viudo quedaba protegido en los capítulos matrimoniales mediante pacto que garantizaba su sustento y su permanencia en el caserío⁹⁶⁸.

1.1.3. El Fuero civil de Bizkaia

En la, comparativamente, temprana fecha del reinado de Alfonso VI (1065-1109), Bizkaia se incorpora voluntariamente a la órbita del reino de Castilla, pero lo hace mediante pacto que garantiza que la intervención real en el territorio será mínima⁹⁶⁹. La Bizkaia de esta época no se corresponde con la extensión territorial actual, ya que aún no incorporaba el Duranguesado ni las Encartaciones⁹⁷⁰. De acuerdo con MONREAL ZIA, cuando los señores de Bizkaia se incorporaron a la corte castellana arrastraron consigo a la comunidad del territorio y, a partir de entonces, la Casa de Haro (de origen riojano) amplió su dominio sobre la parte nuclear de la actual Bizkaia con la adquisición del poder jurisdiccional sobre las Encartaciones y el Duranguesado, consolidándose así lo que constituirá el Señorío de Bizkaia⁹⁷¹.

⁹⁶⁷ *Ibid.*, pp. 81-84.

⁹⁶⁸ *Ibid.* Explica NAVAJAS LAPORTE que “los padres donaban a los hijos la casa y se comprometían a no revocar la donación. Se reservan la mitad del usufructo. A través de esta reserva de la mitad del usufructo, se va a garantizar la estabilidad en la casa del cónyuge sobreviviente. Pero esta obligación importaba, por igual, a los dos matrimonios; es decir, al viejo y al joven. La permanencia de uno de los cónyuges, cualquiera que fuere (viejo o joven), no suponía ninguna merma en su participación en la comunidad económica familiar que había sido creada en los capítulos. Puede decirse que el miembro de la comunidad no era la persona individual, sino el matrimonio, pero disuelto éste por la muerte uno de sus componentes, surgía una ficción manteniéndose el mismo régimen económico, la misma participación. Puede hablarse de comunidad continuada.” (p. 83)

⁹⁶⁹ Apunta TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia...*, op. cit., p. 257, que “el entonces conde de Vizcaya accede a ayudar a Alfonso VI y a incorporarse a su reino a cambio de que el rey castellano reconozca a dicho conde (Íñigo López) y a sus sucesores el señorío jurisdiccional y hereditario sobre Vizcaya. Con ello la intervención real en Vizcaya fue en adelante mínima y ésta continuó desarrollando sus peculiaridades”. Este tipo de pacto con el Estado ha constituido uno de los elementos básicos de la foralidad vasca; ver en este sentido LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago, “El pactismo...”, op. cit., pp. 1-18.

⁹⁷⁰ MONREAL ZIA, Gregorio, *Fuentes del Derecho histórico de Bizkaia*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2021, p. 35 (disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUBLH-2021-205). TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia...*, op. cit., p. 257, la ubica entre los ríos Deba al oeste y Okendo y Cadagua al este.

⁹⁷¹ MONREAL ZIA, Gregorio, *Fuentes del Derecho histórico de Bizkaia*, cit., pp. 35-36 señala que “el ejercicio de la función condal durante varias generaciones permitió a la citada dinastía señorial soldar el conjunto de los territorios: la permanencia durante generaciones bajo la misma autoridad hizo nacer una especie de unidad efectiva recubierta con la denominación de Señorío de Bizkaia. En realidad, la unidad y las instituciones comunes del conglomerado territorial se compaginaban con la

Al igual que en Araba y en Gipuzkoa, el Derecho vizcaíno originario es un Derecho consuetudinario no escrito que recoge los usos y costumbres de la tierra⁹⁷². Apunta GALICIA AIZPURUA que la única foralidad civil escrita que existe en la Bizkaia originaria o nuclear antes de la redacción del Fuero Viejo de 1452 es la foralidad urbana, que se introduce con la fundación de las villas vizcaínas ya a finales del siglo XII⁹⁷³. Se produjo en Castilla en esta época una redefinición de las actividades económicas que impulsó el establecimiento de nuevas rutas comerciales para enlazar Castilla con Europa, ubicando a Bizkaia en el centro de un nuevo espacio de tránsito mercantil. Con el fin de sacar el mayor provecho a la nueva situación económica, los Señores de Bizkaia fundan veintiún villas⁹⁷⁴ y les dotan de un

individualidad político-administrativa de cada uno de los tres bloques originarios, que respondían al apelativo de Tierra Llana, equivalente a la Bizkaia nuclear, Encartaciones y Duranguesado.” (p. 36). También GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Legítima y troncalidad*, op. cit., p.24, nota 2, se refiere a esta evolución señalando que “el área geográfica que hoy se conoce por “Bizkaia” es el resultado de un proceso de ampliación territorial que se inicia en el siglo XIII. (...) Esta Bizkaia “nuclear” aparece en aquel siglo articulada políticamente como un Señorío jurisdiccional en el que su titular ostenta un poder subordinado al regio, mas de naturaleza vitalicia y hereditaria. Precisamente, la sólida implantación de tal Señorío trae como consecuencia la ampliación espacial de su dominio, ampliación que acaba por incorporar (con pleno respeto a su personalidad jurídica) los territorios [del Duranguesado y las Encartaciones].” Ver también GARCÍA DE CORTAZAR Y RUIZ DE AGUIRRE, José Ángel, “La sociedad vizcaína altomedieval. De los sistemas de parentesco de base ganadera a la diversificación y jerarquización sociales de base territorial”, *Congreso de Estudios Históricos. Vizcaya en la Edad Media (Bilbao, 17-20 diciembre 1984)*, Eusko Ikaskuntza, Donostia, 1986, pp. 71-72.

⁹⁷² TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia...*, op. cit., p. 259, afirma que el Derecho de Bizkaia propiamente dicho, es el que se aplica en la “tierra llana” y no los regímenes jurídicos excepcionales de las villas que surgieron más tarde. Dice el autor que “el Derecho de la tierra llana era consuetudinario, no escrito; los jueces (jueces legos, gentes del país) juzgaban frecuentemente por albedrío.”

⁹⁷³ GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Legítima y troncalidad*, op. cit., p. 29. El autor hace dos matizaciones importantes sobre este punto. Por un lado, la existencia de dos Fueros que precedieron al Fuero Viejo de Bizkaia de 1452, pero que en el momento de su creación se ubicaban fuera de Bizkaia: el Fuero Antiguo de la Merindad de Durango, cuya fecha exacta es incierta, pero dentro del siglo XIV, y el Fuero de Abellaneda de 1394. La otra matización se refiere a la referencia al siglo XII como momento en el que comienza la fundación de villas en Bizkaia. Hace referencia aquí el autor a la villa de Balmaseda, fundada en 1199, fecha en la que aún no pertenece a Bizkaia. La misma matización hace LALINDE ABADÍA, Jesús, “El sistema normativo vizcaíno”, *Congreso de Estudios Históricos. Vizcaya en la Edad Media (Bilbao, 17-20 diciembre 1984)*, Eusko Ikaskuntza, Donostia, 1986, p. 122, que precisa que no aparece un Derecho urbano en Bizkaia hasta la fundación de la ciudad de Orduña en 1229, “pues, aunque se registra una carta puebla de Valmaseda en 1199, en ese momento no parece pertenecer a Vizcaya, y es en 1234 cuando realmente es aforada.”

⁹⁷⁴ Tal y como hemos apuntado, la villa de Balmaseda se funda en 1199, cuando aún no pertenecía a Bizkaia. La ciudad de Orduña se funda en 1229. Después vendrán, Bermeo, Lanestosa, Plentzia, Otxandio, Durango y Ermua. En el siglo XIV se fundan Bilbao, Portugalete, Lekeitio, Ondarroa, Villaro, Markina, Elorrio, Gernika, Gerrikaitz, Miravalles, Mungia, Larrabetzu y Rigoitia. *Vid.* MONREAL ZIA, Gregorio, *Fuentes del Derecho histórico de Bizkaia*, cit., pp. 45-48, que recoge el orden cronológico de aparición de los villazgos, los señores titulares de las fundaciones y los lugares de publicación de las

estatuto urbano privilegiado basado, principalmente, en el Fuero de Vitoria que, recordemos, estaba a su vez basado en el Fuero de Logroño, un fuero de francos⁹⁷⁵. Suponemos, con MONREAL ZIA, que los habitantes de las villas vizcaínas cubrían los vacíos normativos de estos Fueros urbanos aplicando las costumbres no escritas del lugar⁹⁷⁶.

La propagación de las villas, con su burguesía marinera y mercantil, genera un enfrentamiento con la estructura señorial de las “anteiglesias” o “Tierra Llana”, en la que continúa aplicándose el régimen jurídico consuetudinario. La fuerza expansiva de las villas hace necesario consignar por escrito el conjunto de normas que hasta ese momento sólo existían en la práctica consuetudinaria que se desarrollaba en el seno del grupo doméstico, para darles un carácter más general, cohesionado y formalizado, evitando así su diseminación⁹⁷⁷. Esta recopilación de normas consuetudinarias se cristaliza en el Fuero Viejo de Bizkaia de 1452, que no

Cartas pueblas. Explica GARCÍA DE CORTAZAR Y RUIZ DE AGUIRRE, José Ángel, “La sociedad vizcaína altomedieval. De los sistemas de parentesco de base ganadera a la diversificación y jerarquización sociales de base territorial”, *Congreso de Estudios Históricos. Vizcaya en la Edad Media (Bilbao, 17-20 diciembre 1984)*, Eusko Ikaskuntza, Donostia, 1986, pp. 79-81, las razones históricas, económicas y sociales, que llevan a la fundación de villas en Bizkaia a lo largo de los siglos XIII y XIV. El cambio en las actividades económicas a nivel europeo convierte a Bizkaia (y Gipuzkoa) en un espacio de tránsito, de engarce entre las rutas terrestres y marítimas de salida de los productos del reino castellano, lo que lleva a los Señores de Bizkaia a fundar villas aprovechando las rutas del comercio. Tal y como señala el autor, los cambios en los ámbitos económicos de interés supusieron “una redefinición del valor económico, pero también social, de los distintos espacios vizcaínos. Valdrá más aquél que se halle más próximo a los circuitos del tráfico mercantil; valdrá menos el más alejado de los mismos.”

⁹⁷⁵ LALINDE ABADÍA, Jesús, “El sistema normativo ...”, op. cit., p. 124, describe la foralidad urbana implantada en Bizkaia a través del Fuero de Logroño como una foralidad “burguesa”. Añade el autor que “con ella, Vizcaya participa en el proceso general del País Vasco, que es el de pasar de un derecho tradicional, campesino y opresor de “tierra llana”, a un derecho de francos o burgués.”

⁹⁷⁶ MONREAL ZIA, Gregorio, *Fuentes del Derecho ...*, op. cit., p. 36. En este sentido también TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia...*, op. cit., p. 260, escribe que “siendo breve el Fuero de cada villa, en su defecto se aplicaba la costumbre, que probablemente sería en gran parte coincidente con la de la tierra llana”. Esto sería así hasta 1348, ya que, a las villas fundadas después de esa fecha, los reyes les aplicaron el sistema de fuentes contenido en el Ordenamiento de Alcalá, acentuándose más la diferenciación entre el régimen jurídico de las villas y el de la tierra llana.

⁹⁷⁷ GARCÍA DE CORTAZAR Y RUIZ DE AGUIRRE, José Ángel, “La sociedad vizcaína...”, op. cit., p. 81. En este sentido también GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Legítima y troncalidad*, op. cit., pp. 32-33, observa que la fijación por escrito del cuerpo jurídico aplicable en la Tierra Llana viene impuesta por exigencias de certeza y seguridad jurídica, señalando que “el Derecho de la Tierra Llana es, hasta 1452, un Derecho consuetudinario no escrito que, como tal, se exterioriza a través de los usos y cuya fuente principal es la costumbre. (...) existe, además, otro factor en la creación del Derecho: el “albedrío”. Las hipótesis no previstas por el incompleto ordenamiento consuetudinario se resuelven mediante el fallo dictado por el juez a su albedrío, si bien, en otras ocasiones, la decisión judicial se limita a fijar las normas consuetudinarias, aclarando su contenido y vigencia...”.

supone la creación de un nuevo ordenamiento jurídico, sino la plasmación y confirmación por escrito de los usos y costumbres vividos y aplicados en el mundo rural, ahora confirmados por el Rey⁹⁷⁸. Tal y como apunta la doctrina, con la fijación de las costumbres vizcaínas por escrito, su Derecho gana en seguridad jurídica, pero pierde en flexibilidad al desaparecer la capacidad renovadora de la costumbre⁹⁷⁹.

En cuanto al ámbito de aplicación del Fuero Viejo, queda limitado a la zona rural de la Bizkaia nuclear, ya que en la Merindad de Durango y en las Encartaciones, aunque integradas ya en el Señorío de Bizkaia, continúan aplicándose sus propios Fueros⁹⁸⁰. El panorama legislativo de Bizkaia en el siglo XIV es, por lo tanto, complejo. De una parte, rige en las villas una foralidad urbana que, al igual que en Araba y Gipuzkoa, es suplementada y, por fin, absorbida por el Derecho real castellano, sobre todo a partir de la entrada en vigor del Ordenamiento de Alcalá de 1348. Por otro lado, en el mundo rural confluyen tres Fueros que recogen las costumbres de la Tierra Llana: el Fuero Viejo, vigente en la Bizkaia nuclear, el Fuero de la Merindad de Durango⁹⁸¹ y el Fuero de Avellaneda, de aplicación en las Encartaciones⁹⁸².

El Fuero Viejo regirá las relaciones jurídicas de los habitantes de la Bizkaia originaria o nuclear durante setenta y cuatro años. En 1526, los vizcaínos, reunidos en Junta General en Gernika, constatan la necesidad de una actualización del Fuero

⁹⁷⁸ Relata MONREAL ZIA, Gregorio, *Fuentes del Derecho...*, op. cit., p. 124, que tras la redacción del Fuero Viejo y su aprobación por todos los presentes, “instaron a las autoridades judiciales del Señorío a aplicar a partir de ese mismo momento el nuevo Fuero en toda clase de pleitos civiles y criminales, sin aguardar a que llegara la confirmación del Rey.” No consta si el rey Juan II llegó a jurar el Fuero, pero sí que lo hizo cinco años más tarde el rey Enrique IV.

⁹⁷⁹ LALINDE ABADÍA, Jesús, “El sistema normativo ...”, op. cit., p. 132.

⁹⁸⁰ IMAZ ZUBIAUR, Leire, *La sucesión paccionada en el Derecho Civil vasco*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 36-40.

⁹⁸¹ Sobre el Fuero de la Merindad de Durango ver CELAYA IBARRA, Adrián, “Fuero Antiguo de la Merindad de Durango”, *Estudios de Deusto*, volumen 46, núm. 2, 1998, pp. 91-108.

⁹⁸² El Fuero de Avellaneda se recoge en 1394 y es reformado por el Fuero de las Encartaciones en 1503, para suprimir algunos preceptos obsoletos, aclarar otros y recoger nuevas costumbres, principalmente de carácter civil no fijadas por escrito hasta el momento. En relación al Fuero de las Encartaciones, ESCARZAGA, Eduardo, *Avellaneda y la Junta General de las Encartaciones*, Bilbao, 1927; ETXEBARRIA MIRONES, Jesús y Txomin, *Tradiciones y costumbres de las Encartaciones*, Bilbao, 1997.

que refleje las nuevas prácticas y elimine las que se han quedado obsoletas⁹⁸³. La tarea de redacción se le asigna a una Comisión que incluye juristas formados en las Universidades castellanas⁹⁸⁴, junto con Alcaldes del Fuero y *hombres buenos*. En 1527 el texto redactado por la Comisión es aprobado por las Juntas Generales y, ese mismo año, lo confirma Carlos I, rey y Señor de Bizkaia. El Fuero Nuevo permanece vigente durante más de cuatrocientos años y no será reemplazado hasta la entrada en vigor de la Compilación de 1959. El Fuero proclama la supletoriedad del Derecho castellano que sólo se aplicará en defecto del Fuero⁹⁸⁵. En lo que respecta al ámbito de Derecho civil, las “costumbres-leyes”⁹⁸⁶ del Fuero sólo se aplican en la Bizkaia nuclear y el Duranguesado y, a partir de 1574, en las Encartaciones, mientras que las villas quedan excluidas del territorio de vigencia, aplicándose en ellas el Derecho de Castilla⁹⁸⁷. Las normas de Derecho civil recogen las instituciones fundamentales

⁹⁸³ Apunta GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Legítima y troncalidad*, op. cit., p. 107, que “la remoción del ordenamiento de la Tierra Llana no altera su naturaleza esencialmente consuetudinaria: la reforma se hace imprescindible en la medida en que el Fuero Viejo omitió cosas que ahora se vsan y platican por vso y costumbre.”

⁹⁸⁴ Señala MARTIN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico...*, op. cit., p. 155, que los bachilleres y licenciados que intervinieron en la redacción del texto se formaron probablemente en Salamanca y eran conocedores de las Leyes de Toro (1505), lo que incidió en el contenido del Fuero. “En lo que a las relaciones patrimoniales entre cónyuges se refiere, la influencia del Derecho castellano es muy relevante: se aprecia en la introducción del régimen de gananciales en caso de disolución sin hijos (ley 1ª, tit. XX), de las facultades dispositivas del marido sobre los bienes gananciales (ley 6ª, tit. XX), la introducción de la dote frente a la desaparición de las arras (leyes 1ª y 3ª, tit. XX), las remisiones a la Ley del Reino, y la referencia a la donación *propter nuptias* (ley 7ª, tit. XXI; ley 3ª, tit. XXIII).”

⁹⁸⁵ Apunta a este respecto GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Legítima y troncalidad*, op. cit., p. 110 que “el hecho de que el Fuero Nuevo defienda el vigor de sus disposiciones y procure su efectiva aplicación (imponiendo su general observancia y apelando a su base popular) no impide (y, en cierto modo, resulta justificado por) el llamamiento al Derecho castellano como ordenamiento supletorio para su completa integración.”

⁹⁸⁶ En opinión de LALINDE ABADÍA, Jesús, “El sistema normativo ...”, op. cit., p. 126, tanto el Fuero Viejo como el Nuevo son un “fuero de leyes”, en el sentido de que la costumbre pasa a ser considerada ley, pero sin que ésta deje de estar enraizada en aquella: “En una palabra, se trata de que la disposición normativa goce de una naturaleza dual. En cuanto ley, es cierto, ha de cumplirse sin necesidad de ser probada, excluye cualquier otra norma concurrente, tiene la condición de generalidad, etc. En cuanto costumbre, se considera antigua, no susceptible de modificación por otra ley, propia y exclusiva de una comunidad social o política, etc.”

⁹⁸⁷ MARTIN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico...*, op. cit., p. 155. Es lógico que las costumbres y usos recogidos en el Fuero Nuevo no se aplicaran a las villas donde el tipo de vida y de actividad económica era muy diferente y necesitaba, por tanto, otras normas reguladoras. Así lo explica CHALBAUD ERRAZQUIN, Luis, *La troncalidad en el fuero de Vizcaya (1898)*, Clásicos del Derecho Vasco, Academia Vasca de Derecho, Bilbao, 2005, pp. 18-19: “ya en las villas no se trataba del género de vida de las anteiglesias o tierra llana; no es el cultivo del campo lo que ocupa a sus habitantes, ni cada familia reunía en su propiedad todos los elementos necesarios para la subsistencia de una vida frugal; nació la vida de población cimentada en el mayor desarrollo de relaciones sociales, en una necesidad más imperiosa del apoyo mutuo de los habitantes; el comercio y la industria (...) es la

del Derecho vizcaíno que ya regulaba el Fuero Viejo: la troncalidad, la libertad de elección de heredero dentro de los forzosos y la comunicación foral.

El régimen sucesorio vizcaíno, forjado por los usos y costumbres de la tierra recogidos después en los Fueros, se funda en dos ideas centrales: las considerables restricciones a la libertad de disponer del *de cuius* en relación a los bienes inmuebles de origen familiar (la troncalidad⁹⁸⁸) y la absoluta libertad dispositiva sobre el resto de los bienes. Este sistema sucesorio, desarrollado en torno a la necesidad de preservar el patrimonio familiar, refleja la transcendencia económica que tenía la tierra en ese momento, en una economía de autoabastecimiento en la que la empresa y la familia constituían una misma realidad⁹⁸⁹.

ocupación de los villanos, en tanto que los aldeanos pasan su vida entre la agricultura y la ganadería.” Es por esto, concluye Chabauld, que la ley “se manifestaba con las disposiciones del Fuero para las anteiglesias, tierra llana o Infanzonado, y con las de las leyes generales de Castilla para las villas.”

⁹⁸⁸ No entramos aquí a analizar en detalle la institución de la troncalidad, pero sí es necesario destacar la importancia que esta institución ha tenido, y tiene, en el régimen de sucesión foral vizcaína, actuando como principio inspirador y condicionante de todas las demás instituciones. GALICIA AIZPURUA, Gorka, “La vinculación de los bienes a la familia: la troncalidad”, en *Manual de Derecho civil vasco*, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016, p. 207, explica que la troncalidad constituye en Bizkaia un principio de vinculación de los bienes de origen familiar a la familia de su titular (*vid* art. 62 de la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco) en cuya virtud se hace jurídicamente posible su persistencia dentro de tal familia, o su retorno a la rama de su proveniencia, pero no solo para el caso de fallecimiento del propietario, sino también para aquellas hipótesis en que este realice cualesquiera actos de enajenación que tengan por objeto dichos bienes. Añade el autor en “En torno a la revisión de las legítimas...”, *op. cit.*, p. 15 (nota a pie núm. 25), que la incidencia de la troncalidad en Bizkaia “no se circunscribe a la sucesión intestada (art. 111 LDCV), sino que se extiende a la sucesión forzosa (art. 69.2 LDCV), a los actos de disposición *inter vivos* por título gratuito (art. 69.1 LDCV) y a los actos de disposición *inter vivos* por título oneroso (arts. 72 a 87 LDCV). En definitiva, el objetivo esencial de la troncalidad es proteger el carácter familiar del patrimonio, de forma que el titular de los bienes raíces solamente puede disponer de ellos respetando los derechos de los parientes tronqueros (art. 62.2 LDCV; STSJ País Vasco 9 octubre 2003, RJ 2003/8693, MP: N. Bolado Zárraga; SAP Bizkaia, secc. 5ª, 19 julio 2002, JUR 2002/253401, MP: L. Cuenca García).”

⁹⁸⁹ Tal y como señala GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Legítima y troncalidad*, *op. cit.*, pp. 37-48, la transcendencia económica que tiene la tierra para la colectividad, tanto social como familiar, exige una configuración restrictiva del ámbito de poder del dueño de la misma. Remarca el autor la estrecha relación entre bienes y familia de sangre que supone que quien adquiere, a título oneroso o gratuito, inmuebles provenientes de ciertos parientes “adquiere, con ellos, un valor obtenido y, quizás incrementado a través de esfuerzos comunes.” (p. 41) Resume GALICIA la situación observando que “el análisis del régimen foral revela, por tanto, un especial estatuto de la propiedad sobre los inmuebles familiares, estatuto que impone al *dominus* un ceñido ámbito para la autorregulación de sus intereses privativos, como consecuencia de la tutela de otros no menos merecedores de consideración desde una perspectiva comunitaria, atendida la naturaleza del bien, su trascendencia económica y, muy especialmente, *su procedencia*”. (p. 44). También resalta la importancia de la familia y la propiedad familiar CHALBAUD ERRAZQUIN, Luis, *La troncalidad...*, *op. cit.*, pp. 14-16, que describe la familia como base y fundamento de la sociedad civil, con una “importancia excepcional por la cohesión que le presta la mayor suma de autoridad y de facultades que reúne el jefe de ella” (p. 15). Con respecto a la institución de la troncalidad, dice Chalbaud que

En cuanto a la situación del cónyuge viudo, ésta queda inevitablemente afectada por el interés primordial de conservar los bienes raíces en el seno de la familia de procedencia, lo que explica que no se le atribuya al cónyuge ningún beneficio *mortis causa* sobre los inmuebles provenientes de la familia de su consorte⁹⁹⁰. Sin embargo, la viuda o viudo no quedan desprotegidos tras la muerte del *de cuius*, ya que el engranaje de normas forales contiene otros mecanismos que aseguran su sustento, principalmente, mediante el régimen económico matrimonial. El Fuero Viejo recoge, por un lado, un régimen económico matrimonial de comunidad universal de bienes (la comunicación foral vizcaína que perdurará hasta nuestros días) y, por otro, un sistema de arras⁹⁹¹.

Con respecto al primero, el Fuero Viejo regulaba una comunidad de bienes incondicionada, es decir, con el matrimonio se creaba una comunidad universal inclusiva de todos los bienes de los cónyuges (incluidos los troncales), hubiera o no hijos del matrimonio⁹⁹². Lo singular de la comunicación foral vizcaína es el hecho de que el elemento de referencia para determinar la comunicación no es la muerte, sino la creación del vínculo matrimonial⁹⁹³. De acuerdo con este régimen, todos los

“la troncalidad es una ligadura que se establece entre la propiedad raíz y la familia que la posee para que nunca salga de ella; un conjunto de disposiciones legales que regulan las transmisiones *inter vivos* y *mortis causa* de bienes inmuebles con el objeto de impedir que estos bienes pasen a manos de personas pertenecientes a familia distinta de la del anterior propietario.” (p. 17)

⁹⁹⁰ Remarca MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial en el Derecho vizcaíno. La comunicación foral de bienes*, Gobierno Vasco, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 22-23, la tensión entre la troncalidad y la comunicación de bienes entre los cónyuges, pero apunta que la troncalidad puede impulsar la comunicación, ya que los bienes troncales nunca se integrarán definitivamente en el patrimonio del cónyuge extraño a la familia troncal.

⁹⁹¹ La preocupación por proteger al supérstite está siempre presente, tal y como apunta MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico...*, op. cit., p. 22: “desde un primer momento se puede apreciar que en el Derecho de Vizcaya se pretende proteger al cónyuge viudo. Así, la figura de las arras, recogida en el Fuero Viejo de 1452 y en el Fuero de las Encartaciones de 1503, responde a esta inquietud. También la propia instauración de la comunidad, en tanto se produce una comunicación de los bienes de ambos cónyuges que procurará al viudo una fórmula de sustento y mantenimiento tras la muerte de su consorte”.

⁹⁹² Ver a este respecto, MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico...*, op. cit., pp. 131-134. CELAYA IBARRA, Adrián “El sistema familiar y sucesorio de Vizcaya en el marco del Derecho medieval”, *Congreso de Estudios Históricos. Vizcaya en la Edad Media (Bilbao, 17-20 diciembre 1984)*, Eusko Ikaskuntza, Donostia, 1986, p. 159, recoge el texto de las leyes 96 y 117 del Fuero Viejo para ilustrar que establecen una comunidad universal incondicionada, haya o no hijos.

⁹⁹³ MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico...*, op. cit., pp. 133-134. Añade el autor que el Fuero Viejo separa los conceptos de propiedad y usufructo para hacer referencia a los bienes que se

bienes que integran la comunidad pertenecen a ambos cónyuges y ambos participan por igual en las ganancias, tanto si provienen de bienes raíces como de bienes muebles⁹⁹⁴. Sin perjuicio de la comunicación entre los cónyuges, el sistema sucesorio foral, en su empeño por preservar los bienes troncales dentro de la familia de origen, tenía que asegurar que éstos no se desviarán a la familia del cónyuge no tronquero. Con este fin, se preveían diferentes modos de liquidar la sociedad conyugal en caso de que existieran bienes troncales, dependiendo de si había hijos comunes o no. En caso de existir descendencia común en el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges, el régimen se liquidaba como una comunidad universal, de modo que todos los bienes aportados por los cónyuges, incluidos los familiares, se hacían comunes entre el supérstite y los hijos (excluidos los entregados en arras, como veremos a continuación). En caso de no existir descendencia, el régimen se liquidaba como una comunidad de muebles y adquisiciones, y los bienes raíces iban a parar al cónyuge de la línea de su procedencia si sobrevivió, o a sus herederos, si premurió⁹⁹⁵.

La otra institución fundamental en la protección del viudo en el Fuero Viejo fueron las arras. En el momento de contraer matrimonio, un cónyuge entregaba al otro (tanto el marido como la mujer, o ambos recíprocamente⁹⁹⁶) bienes en concepto de arras. Las arras se otorgaban sobre los bienes inmuebles⁹⁹⁷ y permitían al supérstite

ponen en común, lo cual sólo tiene sentido si la intención es remarcar que no sólo la titularidad de los bienes se hace común, sino también todo aquello que dichos bienes produzcan, de lo que debe entenderse que la vigencia de la comunidad surge al inicio y no se aplaza la comunicación al momento de la muerte de uno de los cónyuges. Para una opinión diferente del momento en el que se produce la comunicación, *vid.* VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “El régimen económico-matrimonial y la comunicación de bienes en el sistema jurídico civil vizcaíno”, en *Jornadas internacionales sobre instituciones vascas = Euskal erakunde zibilei buruzko nazioarteko ihardunaldiak*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991, pp. 185-191.

⁹⁹⁴ En palabras de IMAZ ZUBIAUR, Leire, *La sucesión...*, op. cit., p. 51, “constante matrimonio, por tanto, todos los bienes que integran la comunidad “pertenecen” a ambos consortes; esto es, se comunican, adjudicándosele la mitad a cada uno en caso de disolución.”

⁹⁹⁵ GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Legítima y troncalidad*, op. cit., p. 104.

⁹⁹⁶ Apunta MARTÍN OSANTE, Luís Carlos, *El régimen económico...*, op. cit., p. 139, que esto se opone frontalmente a los establecido en otros territorios en los que es el marido quien entrega los bienes en arras (por ejemplo, en el Fuero de las Encartaciones de 1503).

⁹⁹⁷ El Fuero prohíbe la entrega de bienes muebles en arras y los regula de forma separada. Así, tal y como explica MARTÍN OSANTE, Luís Carlos, *El régimen económico...*, op. cit., p. 134, a la muerte de uno de los cónyuges, los bienes muebles se hacen comunes (por lo que no pueden ser entregados en

no otorgante disfrutar de los bienes enarrados durante su vida, con la obligación de dejarlos, tras su muerte, a los hijos del matrimonio en cuya consideración se otorgaron, si bien podía distribuirlos a su libre albedrío entre ellos⁹⁹⁸. Se manifiesta así la posibilidad que tenía cualquiera de los cónyuges de entregar en arras a su consorte los bienes troncales que, finalmente, retornarían al tronco. Tal y como apunta GALICIA AIZPURUA, el sistema arral del Fuero Viejo permitía asegurar la situación económica del cónyuge viudo beneficiario, evitando, al tiempo, la salida del tronco familiar de los bienes raíces que, al ser entregados en arras se situaban fuera de la comunidad universal existente entre los cónyuges, quedando prefijado su destino final para los hijos comunes del matrimonio ⁹⁹⁹.

En sede ya de Derecho de sucesiones, el Fuero Viejo recoge otra institución típica del Derecho vizcaíno e instrumental en el abanico de herramientas destinadas a afianzar el estatuto sucesorio del cónyuge: el poder testatorio o *alkar poderoso*. El texto prevé la posibilidad de que el *de cuius* otorgue un poder a su cónyuge para que éste ordene la sucesión de su consorte premuerto. Las facultades que pueden atribuirse mediante este poder son amplísimas, pudiendo el cónyuge comisario hacer “mandas y testamento” y distribuir y partir todos los bienes del causante entre los herederos¹⁰⁰⁰. La combinación del régimen matrimonial de comunicación foral con el *alkar poderoso*, aseguraba que la viuda o viudo podrían preservar su situación económica y su posición en la familia tras la muerte de su consorte (particularmente cuando había hijos comunes y se consolidaba la comunidad de bienes)¹⁰⁰¹. Tal y

arras) y, por lo tanto, el viudo tiene derecho en todo caso a la mitad de este tipo de bienes. Los bienes muebles, además, pueden ser libremente transmitidos por vía sucesoria.

⁹⁹⁸ En relación a la regulación del sistema de arras en el Fuero Viejo ver MARTÍN OSANTE, Luís Carlos, *El régimen económico...*, op. cit., pp. 138-144.

⁹⁹⁹ GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Legítima y troncalidad*, op. cit., p. 104.

¹⁰⁰⁰ El capítulo 127 (*Título del testamento fecho por poder*) recoge el testamento hecho por poder y dispone que “... cuando quier que algunos home ó mujer dieren tal poderío á algunos, ó el marido á la mujer, ó la mujer al marido, vala todo lo que por los tales que ansi fuere dado tal poderío fuere fecho, é ordenado é mandado, ansi como si el testador mesmo en su vida hubiese fecho é ordenado”. El Fuero reconoce, por lo tanto, el mismo valor al testamento hecho por poder, que al hecho por el propio causante.

¹⁰⁰¹ CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 247, hace la siguiente reflexión: “en la época de la redacción del Fuero, el viudo solamente podía considerarse en dos situaciones: o al morir su consorte, tenían hijos comunes o no los tenían. En el primer caso, el más atendido por el Fuero, todos los bienes, de ambos a dos, se hacían comunes y el viudo disfrutaba en plenitud de su mitad; además, en el caso más frecuente, de que se hubiera otorgado poder testatorio, disfrutaba

como apunta la doctrina, una de las finalidades del testamento por comisario era, precisamente, reforzar la posición del cónyuge comisario frente a los herederos del premuerto, por lo que, en la versión recogida en el Fuero Viejo, no se limitaba el número de actos de disposición ni se fijaba plazo para el ejercicio del poder¹⁰⁰². Este instrumento sucesorio, con alguna modificación en sus diferentes iteraciones legislativas, ha formado parte de la práctica sucesoria vizcaína hasta nuestros días.

El Fuero Nuevo de 1526 confirma las instituciones consuetudinarias mencionadas, con alguna variación. Toda referencia a las arras desaparece; sin embargo, la nueva norma regula las dotes o donaciones por razón de matrimonio, estableciendo que los bienes raíces otorgados por dote o donación deberán de quedar finalmente para los hijos comunes, en cuya consideración se otorgaron¹⁰⁰³. La norma persigue, por lo tanto, el mismo objetivo que las arras en cuanto a la preservación en la familia de procedencia de los bienes raíces, pero no tiene el mismo objetivo final que tenían aquellas, esto es, la protección sucesoria de la viuda o viudo¹⁰⁰⁴.

En cuanto a los bienes muebles, la plena libertad de disposición *mortis causa* que recogía el Fuero Viejo para la Tierra Llana queda ahora limitada por la introducción de una nueva figura, probablemente importada del Derecho castellano: la legítima o

también del resto de los bienes, de la otra mitad, en usufructo. ¿Qué necesidad había de reconocerle derechos de legítima?"

¹⁰⁰² AIZPURUA ONDARO, Gontzal, "Apuntes sobre la evolución positiva del Derecho sucesorio vizcaíno", en *Jornadas internacionales sobre instituciones vascas = Euskal erakunde zibilei buruzko nazioarteko ihardunaldiak*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991, pp. 361-362, señala que el Fuero Nuevo limitó el plazo de ejercicio y el número de actos de disposición en función del número, edad y estado civil de los llamados a suceder, "de forma totalmente incongruente con la finalidad tuitiva que persigue el Testamento por Comisario cuando el cónyuge lo sea". Añade este autor, con referencia al Proyecto de Fuero civil de Bizkaia que dio lugar a la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho civil foral vasco, que recuperó "la esencia de lo que constituye una de las instituciones peculiares más significativas y un instrumento fundamental en el sistema vizcaíno, ya que regula la figura del Alkar Poderoso (cónyuge comisario) en toda su extensión y según la costumbre vigente, considerándole usufructuario universal y dotándole de un plazo indefinido para ejercitar el poder testatorio."

¹⁰⁰³ De acuerdo con CELAYA IBARRA, Adrián "El sistema familiar...", op. cit., p. 162, podría pensarse que las arras fueron sustituidas por las dotes o donaciones, por influencia de la preparación universitaria de sus redactores, que aportan seguramente criterios más acordes con los dominantes en Castilla.

¹⁰⁰⁴ GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Legítima y troncalidad*, op. cit., p. 199, señala que a pesar de las similitudes entre el sistema de arras y el de donaciones *propter nuptias*, "se pierde irremisiblemente el objeto final que las arras perseguían, a saber, el aseguramiento del supérstite, ya que las donaciones matrimoniales no se subrogan (al menos, no necesariamente) en el cumplimiento de tal finalidad."

quantum reservado a favor de descendientes y, en su defecto, ascendientes¹⁰⁰⁵. A partir de este momento, la legítima y la institución troncal, íntegramente preservada en el Fuero Nuevo, coexistirán hasta nuestros días¹⁰⁰⁶ (aunque el cónyuge viudo deberá todavía esperar hasta la Compilación de 1959 para ser reconocido como legitimario).

El régimen de comunicación foral continúa gobernando la economía de los matrimonios vizcaínos. Su regulación se estructura, con mayor claridad que en el Fuero Viejo, en base a dos posibles escenarios: si al disolverse el matrimonio por fallecimiento hubiera hijos comunes, se constituye una comunidad universal entre aquellos y el cónyuge superviviente; si, por el contrario, al disolverse el matrimonio no hubiera descendencia común, únicamente se hacen comunes las ganancias obtenidas durante el matrimonio, recuperando cada cónyuge los bienes aportados al matrimonio y los adquiridos durante él a título gratuito¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁵ Relata CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 223, que “es el Fuero Nuevo el que, manteniendo las normas sobre troncalidad, introduce en Bizkaia la legítima, en sus Leyes 14 y 18 del Título XX y en la Ley 5 del Título XXI. En consecuencia, desaparece la libertad absoluta de disponer de los bienes muebles y se establece una legítima de las más amplias, de los cuatro quintos de todos los bienes, sin duda inspirada en el Derecho vigente en Castilla, donde la Ley 28 de Toro, que tiene sus raíces en el *Liber Judiciorum*, el Fuero Viejo de Castilla y las leyes del Fuero Real, mantenía esta alta cuota de legítima.” En el mismo sentido, GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Legítima y troncalidad*, op. cit., p.144, observa que “no debe olvidarse que la remoción del ordenamiento vizcaíno corrió, probablemente, a cargo de juristas formados en las Universidades del reino, quienes, en consecuencia, debían ostentar un profundo conocimiento tanto del *ius commune* como del Derecho real.” Señala GALICIA que “debe tenerse en cuenta, además, que el fuerte crecimiento experimentado por la economía vizcaína en el período histórico que nos ocupa, propiciaría, a buen seguro, la formación de importantes fortunas mobiliarias. La protección de los intereses familiares exigiría la adopción de nuevas medidas complementarias, en especial, frente a la amplia libertad de disposición *mortis causa* que, sobre sus muebles, había gozado hasta entonces el *de cuius*.” (p. 145)

¹⁰⁰⁶ Tal y como señala GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Legítima y troncalidad*, op. cit., p. 145, el Fuero Nuevo propicia la coexistencia y concurrencia, dentro del régimen vizcaíno de sucesión forzosa, de dos conceptos que hasta entonces habían permanecido prácticamente ajenos entre sí, a saber, los de “troncalidad” y “parte alcuota”. Dicha concurrencia se resuelve a través de una superposición del nuevo límite *mortis causa* acogido por los reformadores sobre el principio troncal, mas con pleno respeto a la integridad de éste”. Para un análisis de estas dos instituciones, troncalidad y legítima, en el Fuero Nuevo de 1526, ver pp. 113-180.

¹⁰⁰⁷ Para un análisis más completo del régimen de comunicación foral en el Fuero Nuevo, ver MARTÍN OSANTE, Luís Carlos, *El régimen económico...*, op. cit., pp. 157 y ss. Apunta IMAZ ZUBIAUR, Leire, *La sucesión...*, op. cit., p. 54, que “la descrita bipolaridad [dependiendo de si hay hijos o no] ofrece, en consecuencia, una clara distinción entre los bienes que integran la comunidad conyugal: *bienes anteriores al matrimonio, bienes adquiridos a título gratuito por cada uno de los consortes constante matrimonio y bienes gananciales*.”

En este supuesto de disolución de la sociedad conyugal sin hijos, la protección sucesoria que otorga el Fuero Nuevo a la viuda o viudo es limitada: por un lado, si se trata del cónyuge que vino al caserío del premuerto, se le reconoce el derecho a permanecer en el mismo durante un año y un día, disfrutando del usufructo de la mitad de sus productos, o hasta la fecha en la que le sea devuelta la dote por los herederos del premuerto¹⁰⁰⁸. Aparte de este derecho, en caso de haberse hecho compras o mejoras en bienes raíces troncales, se atribuirán al cónyuge viudo de cuya línea provengan, o a sus herederos, con indemnización de la mitad al otro¹⁰⁰⁹.

1.2. La Compilación de Vizcaya y Álava, de 30 de julio, de 1959

El Fuero Nuevo de 1526 se mantuvo en vigor durante más de cuatro siglos. Su remoción vendrá de la mano del proceso codificador que tiene lugar en España a lo largo del siglo XIX¹⁰¹⁰. Fracasada la propuesta inicial de recoger, en forma de

¹⁰⁰⁸ JADO Y VENTADES, Rodrigo, *Derecho civil de Vizcaya: comentarios a las leyes del Fuero de Vizcaya con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y de la Dirección de los Registros Civiles, de la Propiedad y del Notariado: precedidos de un estudio acerca del territorio en que rigen esas leyes*, Bilbao, Imprenta casa de la Misericordia, 1900, pp. 362-364 [<http://www.liburuklik.euskadi.eus/handle/10771/25029>], donde concluye: “Ese derecho de usufructo dura por espacio de año y día, pero se prorroga aún pasado ese plazo hasta tanto que no se le haga entrega de lo que tuviere que recibir, es decir, de lo que aportó y de la mitad de los gananciales. Perderá la viuda el derecho de usufructo si contragere segundas nupcias ó si saliere de la casería, pues la ley le exige que esté en hábito viudal y sin salir de ella. Lo que hemos dicho de la mujer es aplicable al marido que fué á vivir á la casería aportada por aquella al matrimonio. // ¿Será condición necesaria para que la viuda pueda tener el derecho de usufructo el que hubiese aportado algo al matrimonio? Si hemos de resolver la cuestión ateniéndonos á la letra de la ley, sí: la ley habla de la mujer que vino á la casería del marido con dote ó arreo; pero aun cuando así se estime como no fija la importancia ó valor de la dote ó arreo será muy excepcional el caso en que la mujer no lleve algo en uno de esos dos conceptos y por poco que sea ya se halla comprendida dentro de la ley”. MARTÍN OSANTE, Luís Carlos, *El régimen económico...*, op. cit., pp. 185-186.

¹⁰⁰⁹ GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Legítima y troncalidad*, op. cit., pp. 200-201.

¹⁰¹⁰ El capítulo II de este trabajo hace referencia a este período de la historia del Derecho español en el que se extendió la idea de la codificación del Derecho como medio de unificación del mismo. En el ámbito del Derecho civil la tarea de redactar el Código civil fue compleja, principalmente por lo que vino a llamarse “la cuestión foral”. Tómese como ejemplo de estas dificultades el fracaso del proyecto de Código isabelino (liderado por García Goyena) de 1851, que en su propósito unificador prescindía de los derechos forales, estableciendo en su Disposición Final que “quedan derogados todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores a la promulgación de este Código...”. Fue principalmente esta radicalidad la que provocó su fracaso, al generar una fuerte oposición entre los foralistas. En relación al proceso codificador y a la cuestión foral, ver, entre otros, ALONSO MARTÍNEZ, Manuel, *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Editorial Plus-Ultra, (Nueva edición de la obra publicada en dos tomos en 1884 y 1885), Recuperado de <http://www.derechoaragones.es/i18n/consulta/registro.cmd?id=601266>; MONREAL ZIA, Gregorio, “La codificación contemporánea del Derecho vizcaíno hasta la compilación de 1959”, en *El Derecho civil vasco del siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Colección informes y

apéndices al Código civil de 1889, las instituciones forales que fuera conveniente conservar¹⁰¹¹, se procede con un nuevo mecanismo, aparentemente más generoso con el Derecho foral, consistente en redactar compilaciones que recogieran las instituciones forales de las provincias y territorios en los que subsistía el Derecho foral¹⁰¹². La primera de estas compilaciones fue la que recogió el Derecho civil foral de Bizkaia y Araba, conforme a la Ley 42/1959, de 30 de julio, y resultó no ser en absoluto generosa¹⁰¹³. Constó de dos Libros, uno dedicado a Bizkaia y otro a Araba, sin mención alguna de Gipuzkoa¹⁰¹⁴. Su ámbito de aplicación estaba limitado a la Tierra Llana o territorio aforado de Bizkaia¹⁰¹⁵, a los municipios de Llodio y

documentos, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 41-55; TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia...*, op. cit., pp. 464 y ss.

¹⁰¹¹ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia...*, op. cit., pp. 553-554, relata que estaba programado que el contenido de los Apéndices forales fuese restrictivo, limitándose a aquellas instituciones forales que, en palabras de la Ley de Bases de 1888, “conviene conservar”, lo que contribuyó a la falta de entusiasmo por parte de las regiones forales, siendo Aragón la única que redactó su Apéndice. En el País Vasco se llevaron a cabo trabajos preparatorios; la Comisión de expertos de Bizkaia redacta un Proyecto de Apéndice en 1900, al que veinticinco años más tarde acompañará un Informe elaborado por el Colegio de Abogados de Bilbao.

¹⁰¹² De acuerdo con TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia...*, op. cit., p. 554, la fórmula de las compilaciones significó un notable triunfo de los foralistas, ya que preveía que se abarcara “en su totalidad todo un sistema jurídico de Derecho foral, con completo respeto a su sistema de fuentes y a la amplitud real del mismo.” El resultado final, sin embargo, no fue tan positivo, al menos en el caso de la Compilación del Derecho civil foral de Bizkaia y Araba de 1959, tal y como apunta GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, que, refiriéndose a su limitado contenido, concluye que “fuimos los primeros y los menos afortunados “(en “¡Por fin, hacia un Derecho Civil Vasco!”, en Laura Gázquez Serrano (coord.), *¿Hacia dónde van los Derechos Civiles Autonómicos?*, Difusión Jurídica, Madrid, 2011. Recuperado de <https://www.ehu.es/documents/25847330/26035499/Por+fin.pdf/144b829e-1204-9dcb-72af-8c891c271108?t=1384172668000> (p. 5)).

¹⁰¹³ Recordemos con MONREAL ZIA, Gregorio, “Codificación civil y legislación foral de Bizkaia”, *AHDE*, tomo LXXXIII, 2013, p. 50, que la Compilación ve la luz en plena dictadura del General Franco.

¹⁰¹⁴ Tal y como apunta GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “¡Por fin hacia un Derecho...!”, op. cit., p. 9, “la parte más sustancial del cuerpo compilado, el Fuero de Bizkaia, contenido en su Libro I, no afectaba más que a un escaso 55% de los habitantes vizcaínos y a un 7% también escaso e los alaveses. Eso, antes de hablar de la entidad del otro “ordenamiento”, peculiar de Álava y reconducido a la misma Compilación: la vigencia del denominado Fuero de Ayala (Libro II) quedaba igualmente ceñida a menos de un 6% de los habitantes de Álava”.

¹⁰¹⁵ Artículo 1 de la Compilación: “Las disposiciones del Libro Primero de esta Ley rigen en el Infanzonado o tierra llana de Vizcaya”. Artículo 2 de la Compilación: “Con la denominación de Infanzonado o tierra llana de Vizcaya se designa todo el territorio que comprende la actual provincia de Vizcaya, excepción hecha de las doce villas de Bermeo, Durango, Ermua, Guernica y Luno, Lanestosa, Lequeitio, Marquina, Ochandiano, Ondárroa, Portugalete, Plencia y Valmaseda, la ciudad de Orduña y todo el territorio municipal de Bilbao. Este territorio exceptuado se regirá por el Código Civil.”

Aramaio¹⁰¹⁶, en los que se aplicaba el Fuero de Bizkaia y al Valle de Ayala¹⁰¹⁷. Tal y como apunta la doctrina del país, la compilación se limitó a plasmar instituciones forales preexistentes, dejando al margen figuras importantes como el testamento mancomunado o el usufructo poderoso¹⁰¹⁸. Para aquellos extremos no cubiertos por la Compilación de 1959, queda confirmado el Código civil como Derecho supletorio.

En lo que respecta a los derechos sucesorios del cónyuge superviviente, la principal novedad se introdujo en el Fuero de Bizkaia mediante el reconocimiento de la viuda o viudo como legitimario y, por lo tanto, titular de un derecho necesario a una cuota en la herencia de su consorte premuerto. Los cambios habidos en la sociedad vizcaína desde la redacción del Fuero Nuevo en el siglo XVI hacían preciso reconocer al viudo otra forma de protección sucesoria más allá de la derivada del régimen económico matrimonial, particularmente cuando el matrimonio se disolvía sin hijos. Atrás quedaba aquella sociedad en la que el caserío, núcleo económico de la familia, albergaba a distintas generaciones que trabajaban unidas por la preservación del patrimonio familiar¹⁰¹⁹.

Posiblemente inspirados por la normativa del, entonces, nuevo Código civil, la legítima del viudo vizcaíno se configuró como un derecho en usufructo y no en propiedad. Aquella primera legítima viudal de la Compilación preveía que, en caso de concurrir el viudo a la herencia de su consorte con hijos o descendientes, no tendría derecho a legítima, ya que la comunidad universal de bienes que se

¹⁰¹⁶ Artículo 60 de la Compilación: “Rige también en los términos municipales de Llodio y Aramayona el libro I, excepción hecha de los artículos 1, 2 y 3 del título I”.

¹⁰¹⁷ Artículo 61 de la Compilación: “La tierra de Ayala comprende los cuatro términos municipales de Ayala, Amurrio, Lezama y Oquendo, y los pueblos de Mendieta, Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti, del término municipal de Arceniega, pero no esta villa y caserío de su término.”

¹⁰¹⁸ GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “Del Derecho foral...”, op. cit., p. 29. También recuerda MONREAL ZIA, Gregorio, “Codificación civil...”, op. cit., p. 243, que “el testamento conjunto de marido y mujer quedó en el camino tras las intervenciones de Cimiano y Chacártegui, y, a iniciativa de este último, el testamento por comisario.”

¹⁰¹⁹ CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código...*, op. cit., p. 248, observa, refiriéndose a las disposiciones relativas a la comunicación foral, que “estas disposiciones, muy bien acomodadas a la sociedad del siglo XVI y que mantenían intacto el patrimonio familiar, no encajan tanto en una sociedad distinta...”.

constituye entre el supérstite y los hijos, bastaba para proteger la posición de aquél. Sin embargo, en todos los demás casos, incluida la concurrencia con ascendientes o colaterales, se le concedió al viudo una cuota en usufructo sobre la mitad de los bienes de libre disposición¹⁰²⁰. En caso de concurrir con ascendientes, la legítima viudal devenía casi simbólica, recayendo sobre una décima parte de los bienes, ya que la legítima de los ascendientes era de cuatro quintos. En caso de concurrir con colaterales, la legítima del viudo podía llegar a abarcar la mitad de todos los bienes en aquellos casos en los que no hubiera bienes troncales y todos fueran, por lo tanto, de libre disposición. En caso de que los hubiera, sin embargo, la parte del cónyuge se limitaba a la mitad de los bienes no troncales y podía quedarse en nada en caso de que sólo hubiera bienes troncales¹⁰²¹. Esta primera legítima no fue, por lo tanto, generosa con el cónyuge¹⁰²².

En cuanto a la sucesión intestada, la Compilación, en su artículo 34, de redacción algo imprecisa, posicionó al cónyuge en la sucesión de bienes no troncales, después de hermanos e hijos de hermanos¹⁰²³.

1.3. De la Ley 3/1992 del Derecho civil foral del País Vasco a la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco

Como hemos visto, la andadura del Derecho civil foral vasco alcanza la segunda mitad siglo XX de la mano de la Compilación del Derecho civil de Bizkaia y Araba de 1959, caracterizada aún por una enorme fragmentación normativa. Su siguiente

¹⁰²⁰ El artículo 26 de la Compilación de 1959 establecía que “el cónyuge viudo tendrá el usufructo de la mitad de los bienes de libre disposición cuando no concurra con hijos o descendientes legítimos”.

¹⁰²¹ *Vid.* GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Legítima y troncalidad*, op. cit., pp. 251-255.

¹⁰²² Años más tarde, justo antes de que la Compilación fuera derogada, COMPORTI, Marco, “Sucesiones, comunidad familiar, patrimonio: principios generales europeos e instituciones vascas”, en *Jornadas internacionales sobre instituciones vascas = Euskal erakunde zibilei buruzko nazioarteko ihardunaldiak*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991, p. 328, observó que “en lo que se refiere al cónyuge supérstite, la Compilación es extremadamente limitativa, reconociéndose sólo el usufructo de la mitad de los bienes de la cuota disponible, si no concurre con hijos y descendientes. Esta disciplina resulta, a lo que creo, antihistórica y en irremediable contraste con las legislaciones europeas de reforma del Derecho de familia, que en todas partes han ampliado mucho los derechos del cónyuge supérstite.”

¹⁰²³ AIZPURUA ONDARO, Gontzal, “Apuntes sobre la evolución...”, op. cit., p. 358.

hito, ya posterior a la Constitución española de 1978 y al Estatuto de Autonomía Vasco de 1979, tampoco puso fin a esta diversidad legislativa¹⁰²⁴. Efectivamente, la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho civil foral del País Vasco, reformada para Gipuzkoa mediante la Ley de 16 de noviembre de 1999 (LDCF), recogía tres ordenamientos jurídico-privados diferentes, uno para cada Territorio Histórico;

¹⁰²⁴ Sin extendernos en este punto que ha sido tratado en profundidad en otras sedes, es de obligada referencia, por el impacto que tendrá en el tema que ahora nos ocupa, la importancia de la Constitución Española y, más tarde, el Estatuto de Autonomía Vasco (LO 3/1979, de 18 de diciembre) en la promulgación de la Ley 3/1992 de Derecho civil foral vasco. La Constitución introdujo una estructura estatal autonómica y un reparto de las competencias legislativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En el ámbito civil, el cambio respecto a la situación pre-constitucional fue profundo, pues se reconoce la competencia autonómica. Como es sabido, el artículo 149.1. 8º CE establece que la legislación civil es materia reservada en exclusiva al Estado, sin perjuicio de la competencia que los Estatutos correspondientes asuman para la “conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”. El Estatuto de Autonomía vasco recogió el texto constitucional y, en cierto modo, lo amplió, proclamando en su artículo 10.5 la competencia exclusiva para la “conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil foral y especial, escrito o consuetudinario, propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia”. Destacaban entonces ASUA GONZÁLEZ, Clara Isabel, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, “El ejercicio de la competencia en materia civil por parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, 1994, p. 11 y ss., la peculiaridad de las referencias al Derecho “foral y especial”, “escrito o consuetudinario”, o las alusiones a los Territorios Históricos y a la posibilidad de fijar el ámbito territorial de vigencia. Tras analizar los textos de la Constitución y el Estatuto, los autores observan que “en pura teoría los argumentos señalados pueden servir para apoyar cualquier tipo de decisión en torno al ámbito territorial, pero no se nos oculta su mayor virtualidad para el caso del ejercicio, por parte del Parlamento Vasco, de la competencia asumida con carácter simultáneo –lo que no significa necesariamente uniforme- para toda la Comunidad –también para Guipúzcoa y las zonas vizcaínas y alavesas no aforadas-. (...)”. Sin embargo, como relata GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “Del Derecho foral...”, op. cit., p. 94 y ss., la Comisión creada por el Parlamento Vasco para ejercitar la competencia que se le reconoce en los artículos 149.1. 8º CE y 10.5 EAPV, no supo o no pudo explotar el potencial de dicha competencia legislativa y, viéndose superada por las dificultades de la materia, decidió legislar sólo “sobre lo urgente”. A partir de ese momento, el proceso será liderado por una Comisión especial creada por la Diputación Foral de Bizkaia que presenta una propuesta de reforma en relación a la actualización del Fuero vizcaíno. Le seguirá la Diputación Foral de Araba con una propuesta redactada por su Comisión de estudio con relación al Derecho foral alavés. Gipuzkoa no participa en este proceso (en relación a la andadura del Derecho guipuzcoano, ver ELICEGUI MENDIZABAL, Luis, “El fenómeno sucesorio en Gipuzkoa: una perspectiva de futuro”, en *El Derecho civil vasco del siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Colección informes y documentos, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 366-383; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “Del Derecho foral...”, op. cit., p.97-98). Finalmente, la Mesa del Parlamento Vasco delega en las Comisiones vizcaína y alavesa, la decisión sobre el tratamiento que merecerá el Derecho guipuzcoano. De esta manera, relata GIL RODRÍGUEZ, “las Comisiones forales acordaron el contenido del que habría de ser “Título Preliminar” de la Ley 3/1992 y, asimismo, tradujeron el encargo relativo al Derecho guipuzcoano, concretando el futuro de este Territorio Histórico en los términos del artículo 147 de dicha Ley. Precisamente, gracias a la incorporación de este único precepto-Libro, ya puede rotularse la Ley como de “Derecho Civil Foral del País Vasco”” (*ibid.*, p.14). En su Exposición de Motivos, la propia LDCF reconoce que no agota la tarea necesaria y admite la necesidad de fomentar el estudio y la profundización en el conocimiento de las instituciones, observando que “los rasgos comunes del Derecho civil vasco que debemos descubrir irán perfilándose mejor a medida que se profundice en su conocimiento y análisis sin que, de momento, pueda evitarse la predominante referencia a los sistemas formulados por escrito y sus ámbitos de aplicación”.

junto a éstos coexistía el régimen jurídico del Código civil, aplicable a aquellos alaveses y guipuzcoanos sujetos al Derecho civil común y, por último, el régimen aplicable a los vizcaínos no aforados a los que, de acuerdo con el artículo 13 LDCF, se les reconocía la posibilidad de testar mancomunadamente y por comisario, quedando así eximidos de las prohibiciones contenidas en los artículos 669 y 670 CC¹⁰²⁵.

El estatuto sucesorio del cónyuge viudo vasco continuó dependiendo, por lo tanto, del ordenamiento jurídico que se le aplicara. En caso de que el causante fuese guipuzcoano y titular de un caserío situado en aquel Territorio Histórico, podía ordenar la sucesión del caserío mediante los instrumentos sucesorios previstos en el Título III de la Ley, a saber, la ordenación por comisario, el testamento mancomunado y los pactos sucesorios. El uso de estos mecanismos permite cumplir el objetivo de mantener el caserío indiviso, al tiempo que posibilita una ordenación de la sucesión que asegura la posición del cónyuge supérstite tras la muerte de su consorte. Efectivamente, la doctrina confirma la utilización del testamento mancomunado para otorgar un legado mutuo de usufructo universal sobre los bienes de los dos miembros del matrimonio, dejando la nuda propiedad del caserío indiviso a uno de los hijos, y la correspondiente legítima al resto¹⁰²⁶. Igualmente, la

¹⁰²⁵ Describe el panorama de fragmentación legislativa GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Notas a la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 4, 2016, p. 306, observando que la LDCF “recogía en cada uno de los tres libros en que se dividía otros tantos regímenes particulares para cada uno de los Territorios Históricos que integran la Comunidad Autónoma Vasca (CAV). Acontecía, además, que al menos en el caso de los estatutos vizcaíno y alavés su respectivo ámbito de aplicación espacial no se extendía a la totalidad de dichas provincias, sino que era más limitado: mientras el Fuero de Bizkaia regía únicamente en la parte que, dentro de este Territorio Histórico, se conoce con el nombre de “Infanzonado” o “Tierra Llana” (*vid.* arts. 5 y 6 LDCF), el Derecho especial alavés concentraba su vigencia en la denominada “Tierra de Ayala” (art. 131 LDCF). En el resto de Araba y Bizkaia, era aplicable la legislación civil general o, lo que es igual, el Código civil español. Por su parte, el Fuero guipuzcoano (desarrollado mediante Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la LDCF) tampoco resultaba de aplicación a todos aquellos sujetos que hubiesen ganado vecindad civil en Gipuzkoa, sino solo a quienes, habiéndola obtenido allí, fuesen a la par propietarios de un caserío ubicado en dicho reducto geográfico”. También analizan la “cuanto menos extraña situación” de diversidad de normativa jurídico-privada en Bizkaia bajo la Ley 3/1992, AIZPURUA ONDARO, Gontzal y ALONSO ARCE, Iñaki, “Ámbito territorial de aplicación del Derecho civil foral de Bizkaia en las villas: en busca del fuero”, *Boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, núm. extraordinario 5, 2007, pp. 81-99. Para una perspectiva histórica de las diferentes etapas de las reformas legislativas ver GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “El Derecho civil vasco...”, *op. cit.*, 204-211; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “¡Por fin hacia un Derecho...!””, *op. cit.*, p. 1-32.

¹⁰²⁶ ELICEGUI MENDIZABAL, Luís, “El fenómeno sucesorio...”, *op. cit.*, p. 377.

ordenación por comisario se utilizó para nombrar comisario al cónyuge supérstite, al tiempo que se le legaba el usufructo vitalicio del caserío, designando sucesor del caserío a un hijo o hija para el supuesto de extinción del poder testatorio. Finalmente, mediante pacto sucesorio se otorgaba la nuda propiedad del caserío al hijo o hija elegida, con transmisión de presente o diferida al momento del fallecimiento, acordándose el derecho del cónyuge supérstite a permanecer en el caserío hasta su muerte¹⁰²⁷. En agudo contraste, el causante guipuzcoano que no fuera titular de un caserío en Gipuzkoa, no podía utilizar ninguno de estos mecanismos sucesorios, ya que están expresamente prohibidos en el Código civil (arts. 669 y 670 CC). Se contemplaba, sin embargo, una excepción para el caso de los matrimonios en los que uno de los consortes cumpliera los requisitos de vecindad y titularidad de caserío en el Territorio Histórico, permitiéndose el uso del testamento mancomunado (art. 172.2 LDCF).

El causante alavés también veía limitada su voluntad a la hora de determinar cuánto y cómo disponer a favor de su cónyuge, por las disposiciones sucesorias contenidas en el Código civil; a menos, por supuesto, que fuera vecino de los municipios de Llodio, Aramaio o Ayala. En los dos primeros casos, regía el Fuero vizcaíno. En el caso de Ayala, la Ley 3/1992, además de conservar el principio de libertad de disposición absoluta del Fuero ayalés, recuperó para su Derecho escrito la norma consuetudinaria que proclamaba el usufructo poderoso (arts. 140-145 LDCF). Como ya se ha apuntado, esta institución, combinación de fiducia y usufructo, permite delegar en la viuda o viudo la facultad de designar sucesor en los bienes de su cónyuge premuerto, otorgándole al mismo tiempo un derecho de uso y disfrute sobre dichos bienes. Esta situación aparentemente envidiable del viudo ayalés, sin embargo, quedaba (y queda) incardinada dentro de la libertad absoluta de testar de su consorte que puede ejercerla tanto para designar a su cónyuge usufructuario

¹⁰²⁷ ELICEGUI MENDIZABAL, Luís, “El fenómeno sucesorio...”, op. cit., pp.376-378, remarca la aplicación práctica de la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley 3/1992, referente al Fuero civil de Gipuzkoa. Apunta también el autor que la Ley 3/1999 era de aplicación a un colectivo muy concreto y reducido, pues en Gipuzkoa hay unos 10.000 caseríos, pero observa que la Ley “es bien conocida por los abogados que trabajan en el ámbito rural” y “se ha aplicado, y no solo se ha aplicado, sino que, en opinión unánime de los operadores jurídicos referidos, a través de los mecanismos que regula, se han resuelto satisfactoriamente los problemas que se presentaban para la sucesión indivisa del caserío.”

poderoso, como para apartarle de su herencia “con poco o con mucho” (art. 134 LDCF).

Los vizcaínos aforados de la Tierra Llana conservaron su estatuto sucesorio en la Ley 3/1992, mejorándose la posición del cónyuge supérstite en la sucesión forzosa, en cuanto que su legítima se amplió al usufructo de la mitad de todos los bienes si concurría con descendientes o ascendientes, recayendo sobre dos tercios del caudal relicto en los demás casos (art. 58 LDCF). En la sucesión intestada también mejoró su posición ya que pasó a ser llamado inmediatamente después de descendientes y ascendientes, y por delante de los colaterales, en todos los bienes no troncales. Las instituciones forales que habían servido desde tiempos inmemoriales para afianzar la posición de la viuda y el viudo vizcaínos, se conservaron con algunas modificaciones dirigidas a adecuarlas a las nuevas realidades sociales, haciendo el legislador referencia expresa a la mejora de los derechos del cónyuge viudo¹⁰²⁸. Así, la Ley preserva la comunicación foral como régimen económico-matrimonial supletorio (art. 94 LDCF); introduce, o confirma, el legado de usufructo universal a favor del cónyuge (art. 61 LDCF)¹⁰²⁹; regula la ordenación por comisario (arts. 32 a 48 LDCF), con referencia específica a la designación recíproca entre cónyuges o *alkar poderoso* (art. 33 LDCF); recupera el testamento mancomunado, omitido en la Compilación de 1959, por el que los cónyuges pueden disponer conjuntamente de sus bienes en el mismo testamento (arts. 49-52 LDCF); y reconoce su merecido lugar al pacto sucesorio (arts. 74-83 LDCF), someramente tratado en la Compilación, al

¹⁰²⁸ Explicaba la Exposición de Motivos de la Ley en la sección relativa al Libro I, Derecho civil foral de Bizkaia, que “ha parecido necesario acomodar estas disposiciones a nuestro tiempo, eliminando los formalismos anacrónicos y limitando o excluyendo las disposiciones que no se acomodan a la sociedad actual, como algunos aspectos de la troncalidad e incluso introduciendo, en algún caso, disposiciones imprescindibles para completar el sistema, como ocurre con la ampliación de los derechos del cónyuge viudo...”

¹⁰²⁹ Tal y como apunta MARTÍNEZ DE BEDOYA BUXENS, Covadonga, *La situación del cónyuge viudo en el Derecho civil foral de Vizcaya y Álava*, Colección de textos forales, volumen VII, Bilbao, 1998, p. 361, la Ley 3/1992 aclaró las dudas que habían podido existir hasta ese momento sobre la validez del usufructo viudal universal remarcando que “este interrogante realmente tenía sentido antes de la reforma operada por la LDCFPV de 1992, pero por la vía consuetudinaria se había llegado a la afirmativa al tener una gran difusión la práctica de lo que se ha venido a llamar “alkar” o usufructo poderoso conferido al cónyuge comisario. Tras la Ley citada no hay ninguna duda del reconocimiento de esta posibilidad...”

que se refiere como “la forma más frecuente de transmisión del caserío”¹⁰³⁰. No debemos olvidar, sin embargo, que los derechos sucesorios del cónyuge viudo vizcaíno siguieron estando condicionados por el sistema troncal que coexiste con el sistema legitimario y que, el tratamiento del cónyuge “no-troncal” como un extraño, continuó gravitando sobre todas las instituciones.¹⁰³¹

Finalmente, los vizcaínos no aforados, sujetos por tanto al régimen sucesorio del Código civil, podían, sin embargo, acceder a una sucesión testada más flexible que los alaveses y guipuzcoanos sujetos al mismo Código, ya que la Ley 3/1992 les extendió el derecho a acceder a dos instituciones forales: el testamento mancomunado y el testamento por comisario (art. 13 LDCF)¹⁰³².

¹⁰³⁰ La Exposición de Motivos de la Ley 3/1992, en la parte correspondiente a la sucesión contractual, se refiere a la misma como institución “de gran arraigo en la vida vizcaína” y añade que “el principio de libertad civil, inspirador de las leyes y costumbres forales, y los antecedentes documentales de Bizkaia, en los que los pactos sucesorios son la forma más frecuente de transmisión del caserío, obligan a su regulación legal, no bastando con la simple indicación que hacía el artículo 11 de la Compilación”. La Exposición de Motivos también identifica las capitulaciones matrimoniales como el caso más importante de sucesión pactada.

¹⁰³¹ Refiriéndose a la pluralidad de estatutos sucesorios existentes bajo la Ley 3/1992 y a la “flagrante discriminación” entre causantes vascos a la que conduce, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “El Derecho civil vasco...”, op. cit., p.212, apunta que “esa grave discriminación se agiganta en la escala de los condicionantes familiares cuyos extremos están representados respectivamente, por el agobiante sistema tronco-legitimario vizcaíno y por la irrestricta libertad dispositiva ayalesa.”

¹⁰³² La LDCV fue recurrida por el Gobierno al Tribunal Constitucional, por considerar, entre otras cosas, que el legislador vasco había excedido sus competencias legislativas al crear una nueva vecindad civil vizcaína no aforada, invadiendo así la competencia exclusiva del Estado sobre la aplicación y eficacia de las normas jurídicas. Sin embargo, finalmente se desistió del recurso interpuesto en base al informe dictado por el Consejo de Estado (Dictamen núm. 1537/92, accesible en:

http://www.forulege.com/dokumentuak/Dictamen_Consejo_Estado_Ley_3_1992_1_julio_Derecho_civil_foral.pdf). El debate se planteaba en torno a la extensión de la competencia autonómica para determinar el ámbito de vigencia espacial y personal de su Derecho civil foral. El Consejo del Estado entendió que “sólo admitiendo que la Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia para, dentro del territorio de su Comunidad, fijar el límite territorial de la vigencia del Derecho foral, puede desplegar todos sus efectos el último inciso del artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco”. El Dictamen también señaló que, “el límite al desarrollo del derecho civil foral o especial, que opera desde los términos en que se formula la propia competencia autonómica, no sólo está constituido por la reserva estatal absoluta sobre las materias referidas en el segundo párrafo del artículo 149.1.8, sino también por el respeto a la identidad histórica del derecho civil especial de la Comunidad Autónoma.” En este sentido afirma GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “¡Por fin hacia un Derecho...!”, op. cit., p. 21, nota 22, que “si, como creo, la fórmula constitucional del artículo 149.1. 8º en absoluto deja acotado el aspecto del territorio sobre el que la Comunidad autónoma –sin exceder sus límites- haya de hacer uso de la competencia, los otros dos parámetros relevantes apuntan en una misma dirección. En primer lugar, la estructuración del Estado en Comunidades autónomas (...) significa llanamente que las competencias, que no se reserva el Estado Central, se asumen por la correspondiente Comunidad autónoma para ejercitarlas –si otra cosa no se expresa- en todo el ámbito territorial de la propia Comunidad. Por lo que al País Vasco respecta, el parámetro

Este panorama un tanto caótico, por no decir abiertamente discriminatorio, al que se enfrentaba el cónyuge viudo vasco, no cambiará hasta la entrada en vigor de la Ley 5/2015, de 1 de julio, de Derecho Civil Vasco (LDCV) que puso fin, casi totalmente, a la fragmentación legislativa que, como hemos visto, había caracterizado ese Derecho hasta entonces¹⁰³³. Por fin el legislador vasco daba paso a una Ley de Derecho civil común para todos los vascos y, como si tuviera que recordarnos que la competencia legislativa reconocida casi cuarenta años antes en el artículo 149.1. 8º de la Constitución Española y en el artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía Vasco, efectivamente le pertenece, declara en su artículo 8 LDCV, que “la presente ley se aplicará en todo el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, salvo aquellos preceptos en que expresamente se declare su vigencia en un territorio concreto”. Lo cierto es que, teniendo en cuenta el recorrido histórico y el precedente legislativo, esta afirmación de la potestad legislativa del Parlamento vasco en el ámbito civil era, tal vez, necesaria¹⁰³⁴. Habiendo quedado aclaradas las dudas competenciales que condicionaron la norma precedente¹⁰³⁵, no hay duda esta

especificado –su Estatuto de autonomía- se previno contra el equívoco: no sólo, como otros, asume la competencia para “conservar, modificar y desarrollar”, sino que se ocupa de explicitar que compete a la Comunidad autónoma “la fijación de su ámbito territorial.” Las reflexiones del civilista eran, obviamente, correctas, como luego hemos comprobado con la promulgación de la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco, en la que se reconoce la vecindad civil vasca y se extienden determinadas instituciones forales a todo el ámbito de la Comunidad autónoma.

¹⁰³³ Como ya se ha indicado, la unificación legislativa no es total, ya que se conservan ciertas instituciones forales de gran arraigo en Bizkaia (la troncalidad y la comunicación foral) y en Araba (la libertad absoluta de testar) que se aplicarán a aquellos con la respectiva vecindad local.

¹⁰³⁴ Sobre el recorrido andado desde la Ley 3/1992 hasta la Ley 5/2015, ver GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “Del Derecho foral...”, op. cit., pp. 91-103; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “El Derecho civil vasco...”, op. cit., pp.199-226. Sobre la Ley 5/2015 en general, GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Notas a la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 4, 2016, pp. 303-320; VV. AA. *Manual de Derecho civil Vasco*, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016; VV. AA., *El Derecho civil vasco del siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Colección informes y documentos, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016; VV. AA., *Derecho Civil vasco desde la perspectiva de Gipuzkoa = Euskal zuzenbide zibileko jardunaldiak Gipuzkoaren ikuspegitik*, Diputación foral de Gipuzkoa, Astigarraga, 2016

¹⁰³⁵ Ver nota a pie referente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 3/1992 por considerar que el legislador vasco había excedido sus competencias al reconocer la vecindad civil vizcaína no aforada (arts. 11-14 LDCF). La adecuación competencial de la nueva Ley 5/2015 de Derecho civil vasco queda bien recogida por GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Notas a la ley 5/2015...”, op. cit., que señala que “como se sabe, el TC ha reconocido que el término “desarrollo” utilizado por [el art. 149.1. 8º CE] permite, por parte de las CCAA con Derecho civil propio, una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico, sin que la competencia autonómica en este punto quede vinculada al contenido “actual” del ordenamiento de que se trate: esto es, cabe la ordenación legislativa de ámbitos aún no normados, siempre que guarden conexión con figuras ya reguladas y

vez de que el llamado bloque constitucional (el art. 149.1.8º CE y el art. 10.5 EA) legitima la opción del legislador vasco de desarrollar un ordenamiento jurídico-privado para toda la Comunidad autónoma y, en lo que a nosotros nos interesa, un estatuto sucesorio común¹⁰³⁶, cuyo punto de conexión es la recién estrenada vecindad civil vasca¹⁰³⁷. Como consecuencia directa de la aplicación de la norma vasca a todo el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAV), el estatuto sucesorio del Código civil, hasta entonces Ley aplicable en una parte sustancial de la CAV, queda relegado a un segundo plano como Derecho supletorio¹⁰³⁸.

Veamos pues, qué tratamiento recibe el cónyuge vasco, aún diferente si vizcaíno aforado o ayalés, bajo esta nueva Ley.

ello responda a una actualización acorde con sus principios generales o inspiradores (SSTC 88/1993, de 12 de marzo; 156/1993, de 6 de mayo, 31/2010, de 28 de junio). Tal es lo que sucede precisamente con la ley de la que aquí se da noticia [la Ley 5/2015]”. El Tribunal Constitucional ha confirmado recientemente su postura respecto a la competencia del legislador autonómico para desarrollar su ordenamiento en la STC 132/2019, de 15 de febrero, en la que, refiriéndose al punto de conexión, afirma que “para comprobar si existe o no vinculación entre las nuevas normas y el ordenamiento jurídico autonómico, no es necesario relacionarlas con instituciones concretas ya reguladas, sino que es suficiente con que tal unión o trabazón exista con el conjunto de las instituciones preexistentes, con su sistema normativo y con los principios que lo informan” (FJ 3).

¹⁰³⁶ Se mantienen aún, como veremos, determinadas especialidades del Fuero civil de Bizkaia y del Fuero de Ayala, que únicamente resultarán de aplicación a quienes tengan vecindad civil local en dichos territorios.

¹⁰³⁷ Tal y como apunta ÁLVAREZ RUBIO, Juan José, “Vecindad civil vasca y conflictos de leyes”, en *Derecho Civil vasco desde la perspectiva de Gipuzkoa = Euskal zuzenbide zibileko jardunaldiak Gipuzkoaren ikuspegitik*, Diputación foral de Gipuzkoa, Astigarraga, 2016, p. 42, la vecindad civil vasca “permite sentar la base conflictual, respetuosa con el diseño competencial fijado en el llamado *bloque de constitucionalidad* integrado por los artículos 149.1. 8º CE y 10.5 de nuestro EAPV, y diseñar así un hilo conductor del mismo, común para los tres Territorios Históricos que integran nuestra CCAA”. En relación a la constitucionalidad del artículo 9 LDCV, que establece normas para resolver los conflictos internos de la CAV, apunta ÁLVAREZ RUBIO que ya el Dictamen 1537/1992 reconoció al Parlamento Vasco la potestad de dotarse de reglas para resolver estos conflictos, y observa que “si el legislador autonómico careciera de competencia para legislar sobre tales conflictos internos, producidos en el seno de su territorio, no existiría vía alguna para tratar de remediar situaciones conflictivas derivadas de tal diversidad legislativa, y que históricamente han generado necesidad de aportar una solución frente a la inseguridad jurídica generada”. En relación al debate, más amplio, sobre el Derecho interregional y los conflictos internos, CELAYA IBARRA, Adrián, “Conflictos de leyes civiles”, *Boletín Jado de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Jado aldizkaria*, núm. 18, 2009, pp.7-20.

¹⁰³⁸ Apunta CASTELLANOS CÁMARA, Sandra, “Reflexiones sobre el régimen transitorio de la Ley 5/2015 de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco”, *Boletín Jado de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Jado aldizkaria*, núm. 28, 2018, p. 241, que bajo el régimen de la Ley 3/1992 de Derecho civil foral vasco, aproximadamente un 45% de la población del País Vasco estaba sujeto, en materia sucesoria, a las disposiciones del Código Civil.

2. EL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE: PAREJA DE HECHO O DE DERECHO

El capítulo II de este trabajo se detuvo en el debate sobre la conveniencia de regular un estatuto jurídico-privado para las convivencias no matrimoniales. Vimos entonces que el legislador estatal ha optado por la no regulación (al menos no de forma sistemática e integral), y que sobre esta opción legislativa se ha desarrollado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, asentada sobre argumentos relativos al libre desarrollo de la personalidad y la idea fundamental de que las uniones de hecho y el matrimonio “no son realidades equivalentes”¹⁰³⁹. En este contexto, concluíamos que el conviviente *more uxorio* no tiene ningún derecho en la sucesión de su pareja, aparte de los que ésta le reconozca en la sucesión voluntaria. Avanzábamos ya entonces que, en contraste con el legislador estatal, las Comunidades Autónomas sí han optado por regular la realidad de las uniones de hecho. En concreto, en el País Vasco, la normativa referente a las parejas de hecho se contiene en la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (LRPH), reformada por la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco.

La LRPH establece un régimen civil para las llamadas parejas de hecho¹⁰⁴⁰ que se extiende al ámbito sucesorio, equiparando la situación de la pareja sobreviviente a la del cónyuge supérstite. El legislador vasco acota este reconocimiento a aquellas parejas que se hayan inscrito como tales en el registro correspondiente (art. 3 LRPH¹⁰⁴¹), lo cual será posible siempre que al menos uno de los miembros de la

¹⁰³⁹ FJ 5 de la STC 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93).

¹⁰⁴⁰ Remarca ASUA GONZÁLEZ, Clara, “Familia, Derecho de familia e instituciones para la convivencia” en *Manual de Derecho civil Vasco*, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016, p. 249, lo desafortunado del término “pareja de hecho” para referirse a la realidad convivencial regulada por la LRPH, ya que, teniendo en cuenta que se exige su inscripción en un registro para que le sea de aplicación la norma y que, una vez registrada, se le aplica el régimen jurídico previsto en dicha norma, este tipo de convivencia no es tanto “de hecho” como “derecho”. Añade la autora que, entre las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, la vasca es la única que ha optado por esta denominación. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “Notas sobre la pareja...”, op. cit., p.104 y p. 106, apunta a la necesidad de diferenciar entre la “auténtica” pareja de hecho o “pareja de puro hecho” que existe al margen del Derecho, y la “pareja inscrita o acotada normativamente (actualmente, “pareja de derecho autonómico”).

¹⁰⁴¹ El carácter constitutivo de la inscripción queda confirmado en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco, que establece en su primer apartado que “las referencias contenidas en la presente ley a las parejas de hecho se entenderán efectuadas a las inscritas en el registro establecido en el artículo 4 de la Ley 2/2003 de 7 de marzo, reguladoras de parejas de hecho.” En cumplimiento de este mandato, el Registro de Parejas de Hecho fue regulado mediante el

pareja tenga vecindad civil vasca (art. 2 LRPH¹⁰⁴²). En línea con la doctrina marcada por el Tribunal Constitucional con respecto al libre desarrollo de la personalidad (entre otras, STC 93/2013)¹⁰⁴³, la propia Exposición de Motivos de la LRPH comienza aludiendo al principio de libertad civil y a la importancia del ejercicio de la libertad personal para constituir unidades convivenciales. En concreto remarca que se pretende evitar “que aquellas parejas que no deseen de modo alguno acogerse a la ley se vean sometidas contra su voluntad a un régimen de derechos y obligaciones como el aquí recogido”.

La Disposición Adicional primera de la LRPH establece que “todas las referencias hechas al matrimonio en las normas legales y reglamentarias aprobadas en la Comunidad Autónoma de Euskadi con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley se entenderán hechas también a las parejas de hecho”. Esta declaración de carácter general queda después concretada en el ámbito sucesorio por el artículo 9 LRPH, que equipara la situación de la pareja de hecho registrada a la de la pareja casada, haciendo referencia expresa a la posibilidad de pactar el usufructo de la totalidad de los bienes comunes, otorgar testamento mancomunado o nombrarse recíprocamente en testamento o pacto sucesorio¹⁰⁴⁴. Señala la doctrina que estas

Decreto 124/2004, de 22 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco, a su vez actualizado y sustituido por el Decreto 155/2017, de 16 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento regulador del Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

¹⁰⁴² El ámbito de aplicación personal de la norma, que ahora utiliza como punto de conexión la vecindad civil vasca, fue modificado por la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco, en cuyo artículo 10 se declara dicha vecindad, por primera vez, aplicable a toda la Comunidad Autónoma, conservando, para cuando sea preciso aplicarla, la vecindad civil local. Recordemos, sin embargo, que el ámbito de aplicación territorial de las normas es competencia exclusiva del Estado (*ex art. 149.1. 8º CE y arts. 16 y 9 CC*). Así, tal y como apunta ASUA GONZÁLEZ, Clara, “La STC 93/2013...”, *op. cit.*, pp.47-48, a una pareja inscrita no le sería por esa sola circunstancia aplicable la normativa de la ley vasca, “pues para ello sería necesario que el Derecho vasco fuera señalado como aplicable de acuerdo a las normas estatales que regulan los conflictos interregionales. Por lo mismo, la efectiva asimilación de conviviente al cónyuge superviviente a efectos de derechos sucesorios, dependerá de que el Derecho civil vasco sea aplicable de acuerdo a la vecindad civil del causante (arts. 16 y 9.8 CC)”.

¹⁰⁴³ Con referencia a la STC 93/2013, de 23 de abril, y a los argumentos del Tribunal Constitucional, ver la sección relativa al conviviente supérstite en el Capítulo II.

¹⁰⁴⁴ Con esta técnica, referida por KARRERA EGIALDE, Mikel Mari, “Los derechos sucesorios de la pareja supérstite en el País Vasco”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones II* (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco), Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 2389, como “técnica del espejo”, el legislador pretende identificar, en palabras de este autor, “la institución matrimonial y la pareja de hecho, sin exigir mayores circunstancias ni establecer derechos peculiares. De esta manera, el legislador vasco no se preocupa de reformar la Ley 3/1992 [entonces vigente], del Derecho civil foral vasco y, por ello, la regla

concreciones no tienen carácter taxativo, sino indicativo o enunciativo de las principales instituciones sucesorias peculiares del sistema civil vasco, y que la falta de alusión a las sucesiones forzosa e intestada, no significa que los derechos de las parejas registradas no se extiendan a ellas¹⁰⁴⁵. En cualquier caso, una mejor técnica legislativa hubiera aconsejado la reformulación del artículo 9 LRPV aprovechando la entrada en vigor de la Ley 5/2015, sustituyendo la referencia expresa y concreta por una remisión general a la normativa civil vigente¹⁰⁴⁶.

Acorde con la asimilación hecha por la LRPV, la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco incorpora la referencia a la pareja inscrita a lo largo de su Título II, dedicado a las sucesiones¹⁰⁴⁷. La pareja sobreviviente queda así equiparada al cónyuge viudo en todos sus derechos y obligaciones sucesorios, tanto en las disposiciones relativas a la sucesión voluntaria, como aquellas relativas a la sucesión forzosa e intestada.

Ante esta equiparación integral, es necesario abordar la cuestión de la constitucionalidad de la norma. Recordemos que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 93/2013, de 23 de abril, declaró inconstitucionales aquellas disposiciones que atribuyan derechos o impongan restricciones a los convivientes, si tales normas les pueden ser aplicadas sin que éstos hayan manifestado su voluntad al respecto, independientemente de que hubieran manifestado su voluntad de constituirse

prevista de equiparación general de efectos exige una interpretación integradora de las normas civiles autonómicas vigentes”.

¹⁰⁴⁵ KARRERA EGIALDE, Mikel, “Los derechos sucesorios...”, op. cit., p. 2391.

¹⁰⁴⁶ Nos dice ORIBE MENDIZABAL, Alkain, “Las parejas de hecho tras la entrada en vigor de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco”, en *El Derecho civil vasco del siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Colección informes y documentos, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 500-501, que el legislador vasco desaprovechó la Ley 5/2015 para reformular el artículo 9 LRPV y remitirse a la normativa civil vigente (manteniendo, en cambio, la referencia a la ley 3/1992), sin las referencias expresas a ciertos instrumentos sucesorios, que son mucho más limitantes que la regulación actual tras la entrada en vigor de la Ley 5/2015 y que pueden dar lugar a equívocos.

¹⁰⁴⁷ Resume perfectamente ASUA GONZÁLEZ, Clara, “La STC 93/2013...”, op. cit., p. 45, las diferentes disposiciones que ahora son de aplicación a las uniones de hecho bajo la Ley 5/2015: “el tratamiento uniforme del matrimonio y la pareja en tema sucesorio se realiza en disposiciones que atribuyen derechos o implican restricciones, pero igualmente en normas que se refieren a otro tipo de posiciones o de efectos jurídicos. Al primer grupo corresponden las relativas a los derechos legitimarios (arts. 47, 52 a 57 y 70 LDCV) o al orden de sucesión legal (arts. 111, 112 y 114 LDCV); también el establecimiento de una obligación de reservar a cargo del conviviente supérstite (art. 120 LDCV). Al segundo, los preceptos relativos al testamento mancomunado (art. 28 LDCV), pactos sucesorios (art. 108 LDCV) y alguno de los que disciplinan la sucesión por comisario (arts. 31, 33.2, 41.1, 43.2 LDCV).”

pareja. En otras palabras, el Tribunal requería un “doble consentimiento” o una expresión de “voluntad reforzada” de los convivientes que, no solo deben expresar que quieren ser pareja en la forma que lo exija la norma que establezca el régimen jurídico (en el caso vasco, mediante inscripción registral), sino que además, tienen que decir que quieren que se les apliquen los efectos legales previstos en dicha norma¹⁰⁴⁸. Bajo esta interpretación, la inscripción constitutiva prevista en la ley vasca de parejas de hecho no sería suficiente para salvar la constitucionalidad de los derechos y obligaciones aplicables *ex lege* a los miembros de la pareja (crucialmente, derechos legitimarios, sucesión intestada y reservas).

Sin embargo, señala ASUA GONZÁLEZ que, a la vista de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 9 de junio de 2016 (STC 110/2016), con razón de un recurso a la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana, cabe dudar si el Tribunal sigue manteniendo el mismo criterio sobre la necesidad del doble consentimiento¹⁰⁴⁹. En la citada sentencia, que estima el recurso por falta de competencia en materia civil del legislador valenciano, el Tribunal observa que no se vulnera el libre desarrollo de la personalidad al aplicarse un régimen legal (en este caso, el previsto para los cónyuges) cuando la pareja ha tenido que expresar su previa voluntad de constituirse como tal. Concluye ASUA GONZÁLEZ que la extrapolación de este argumento supondría que la LRPH, con su técnica de inscripción constitutiva, no contravendría el principio de libre desarrollo de la personalidad contemplado en el artículo 10.1 CE. Siendo esto así, quedarían a salvo las disposiciones de la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco que, en relación a la normativa sucesoria, atribuyen derechos o imponen restricciones a los miembros de la pareja.

¹⁰⁴⁸ Para un análisis de la sentencia y de la necesidad de manifestar la voluntad de acogerse a la norma dos veces, una al constituirse como pareja en la forma que exige la norma en cuestión, y otra con referencia al régimen jurídico establecido en la misma, ver BERIAIN FLORES, Irantzu, “Las uniones no matrimoniales...”, op. cit., pp.147-151; ASUA GONZÁLEZ, Clara, “La STC 93/2013...”, op. cit., pp. 28-32.

¹⁰⁴⁹ ASUA GONZÁLEZ, Clara, “La familia, ...”, op. cit., pp. 255-256.

3. LA SUCESIÓN FORZOSA

La fragmentación normativa que ha caracterizado al Derecho civil vasco hasta la entrada en vigor de la LDCV de 2015 imponía profundas diferencias en la sucesión forzosa del cónyuge viudo (y, a partir de la entrada en vigor de la LRPH en 2003, también en la del miembro superviviente de la pareja de hecho registrada), generando un alto grado de desigualdad entre la protección ofrecida *ex lege* al supérstite dependiendo del estatuto sucesorio al que estuviera sometido. El Código civil, aplicable en la mayor parte del territorio vasco, le reservaba el usufructo de la tercera parte del caudal hereditario en caso de concurrir con descendientes, la mitad si concurría con ascendientes y dos tercios en todos los demás casos. El Fuero vizcaíno, por otro lado, otorgaba al supérstite el usufructo de la mitad de los bienes en caso de concurrir con descendientes o ascendientes, y de dos tercios en el resto de los casos, sujeto, eso sí, a las reservas impuestas por la troncalidad a favor de los parientes tronqueros. Por último, el cónyuge ayalés quedaba a merced de su consorte que, ejerciendo la absoluta libertad de testar que regula su Fuero, era libre de dejarle tanto o tan poco como quisiera¹⁰⁵⁰.

Estos regímenes han quedado desplazados por la “nueva legítima vasca”, aplicable en toda la CAV a la sucesión del causante que ostente vecindad civil vasca, aunque manteniendo ciertas especialidades, como son la troncalidad para los aforados vizcaínos (*ex art. 70 LDCV*) y la libertad de testar ayalesa (*ex art. 89 LDCV*).

Como preámbulo a un estudio más pausado de los derechos sucesorios que esta nueva legítima reconoce tanto al cónyuge supérstite como al miembro superviviente de la pareja de hecho, conviene considerar primero un esquema general del nuevo

¹⁰⁵⁰ Para un análisis de la sucesión forzosa en el País Vasco antes de la reforma de 2015, GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Legítimas y libertad de testar en el País Vasco”, en *Tratado de Legítimas*, Teodora F. Torres García (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, pp.417-469. Se refería este autor a la fragmentación legislativa de aquel momento y a su incidencia en la regulación de la sucesión forzosa, “una cuestión crucial en todo régimen sucesorio, ya que la delimitación del margen de libertad de disposición que ha de tener el causante que cuente con descendientes, ascendientes o cónyuge (u otros parientes) constituye –a nadie se le escapa– materia de honda trascendencia económica y social. Pues bien, ocurre que, en este peculiar y crucial ámbito (...) los tres Fueros aludidos divergen, y lo hacen, por tanto, no sólo con respecto al CC, sino también entre sí” (p. 418).

sistema legitimario. GALICIA AIZPURUA, recalcando la simpleza de su diseño, lo describe de la siguiente forma: “consiste (arts. 47, 49, 52 y 54) en el establecimiento de una legítima colectiva únicamente en favor de una determinada categoría de parientes (los descendientes) y de cuantía muy reducida (un tercio del caudal). Asimismo, y de forma paralela, se reconoce al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho una cuota legitimaria en usufructo y un derecho de habitación sobre la vivienda familiar”¹⁰⁵¹. Ya en este primer bosquejo se identifican los principales cambios con respecto a las diversas situaciones anteriores:

- a) Los ascendientes no constan entre los legitimarios, suprimiéndose por lo tanto las legítimas previstas en el Código civil (arts. 807 y 809 CC) y en el Fuero vizcaíno (arts. 53 y 56 LDCF), aunque mantienen, en este último caso, sus derechos troncales. Como ya se adelantó en el capítulo referente al Código civil, me parece acertada la supresión de esta legítima, ya que el nuevo orden refleja mejor la realidad sucesoria actual a la que venimos haciendo referencia, en la que el causante fallece a una edad avanzada, con hijos ya rondando los cuarenta o cincuenta años y con padres normalmente ya fallecidos¹⁰⁵².

¹⁰⁵¹ GALICIA AIZPURUA, Gorka, “La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio de 2015) de Derecho civil vasco”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2016, p. 83. Para un análisis de la nueva legítima vasca ver también los siguientes trabajos del mismo autor: “En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal”, *Indret*, núm. 4, 2017, pp. 1-31; “La sucesión forzosa: planteamiento general”, en *El Derecho civil vasco del siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Colección informes y documentos, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 388-421; “Limitaciones a la libertad de disposición por causa de muerte. Régimen legitimario en general. Especialidades en Bizkaia” en *Manual de Derecho civil vasco*, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 383-402.

¹⁰⁵² GALICIA AIZPURUA, Gorka, “En torno a la revisión...”, op. cit., pp. 13-14. Tal y como señala este autor, es cierto que la legítima de los ascendientes es, hoy en día, una figura “excepcional y de extrañísima aplicación”, ya que a la muerte del causante sin dejar hijos, sus ascendientes normalmente ya habrán fallecido y, aunque vivan, tendrán de habitual una edad avanzada, “con lo que la percepción de una legítima que debería ser aún más corta que la de los descendientes difícilmente podría suministrarles ningún aporte material sustancioso en orden a la satisfacción de sus necesidades vitales. Estas consideraciones, sumadas al dato de la existencia de sistemas de previsión pública (pensiones de jubilación) y privada (fondos y planes de pensiones), corroborarían hasta cierto punto la bondad de la solución.” El autor añade, sin embargo, que “acaso deba criticarse, no obstante, la brusquedad del tránsito que la nueva Ley implica para los vascos (...) pues existían otras opciones más moderadas que habrían facilitado considerablemente la digestión del cambio. Se piensa ante todo en el establecimiento, respecto de los descendientes, de una legítima algo más amplia (...) e incluso, respecto de los ascendientes, en la preservación de una legítima siguiera solo en favor de los padres sobrevivientes...”. Recordemos, en cualquier caso, que los ascendientes

b) La cuantía de la legítima de los descendientes se reduce considerablemente tanto en comparación a la prevista en el Código civil (dos tercios), como a la prevista en el Fuero de Bizkaia (cuatro quintos), con el consiguiente efecto de ampliar en igual proporción la parte de libre disposición, que ahora será de dos tercios. La propia Exposición de Motivos de la ley se refiere a la importancia de este cambio, que “contribuye mejor que cualquier otro a dar unidad al Derecho vasco y a aproximarlos a otras legislaciones europeas”¹⁰⁵³. Coincidió con GALICIA AIZPURUA en lo acertado de revisar a la baja unas legítimas, tanto la del CC como la del Fuero, que fueron diseñadas para responder a las necesidades de sociedades muy diferentes (la del siglo XIX y siglo XVI, respectivamente), en las que la esperanza de vida era mucho menor y era habitual que el causante muriera joven, dejando hijos menores de edad que dependían del patrimonio hereditario para su sustento. Ya se ha visto que hace tiempo que la dinámica sucesoria no responde a ese patrón. En efecto, el notable incremento de la esperanza de vida al que venimos haciendo referencia ha supuesto que, para cuando el causante medio fallece, sus descendientes normalmente ya tienen resuelta su vida y cuentan con sus propios recursos económicos. Lógicamente, el atraso en el momento de la muerte del causante también afecta al cónyuge o pareja que le sobrevive, normalmente mujer, que igualmente habrá alcanzado una edad elevada y cuyos ingresos posiblemente provengan de una pensión o un plan de jubilación que, a menudo, será insuficiente para asegurar la continuidad de su nivel de vida, o incluso para cubrir sus necesidades asistenciales que, posiblemente, se irán incrementando.

En este sentido, no cabe duda de que la ampliación del margen de libertad de disposición del causante contribuye a satisfacer el deseo, a menudo expresado por los causantes, de asegurar la posición sucesoria de su compañero, ya sea cónyuge o pareja de hecho. No obstante, creo que el legislador podría haber ido más allá, suprimiendo la legítima de los hijos adultos que, por las razones que

conservan sus derechos en la sucesión intestada *ex* artículo 112 LDCV, a la que ahora son llamados después del supérstite.

¹⁰⁵³ Exposición de Motivos de la LDCV, apartado IV.

ya se han expresado, no tiene justificación hoy en día. Se mantendría así una legítima, acaso modulada en base al número de hijos, limitada a los menores y adultos discapacitados. Este cambio, tal vez no tan relevante en la sucesión voluntaria en la que la naturaleza colectiva de la legítima permite al testador elegir entre sus descendientes, sí lo sería en la sucesión legal si se introdujera una reforma en la línea sugerida para el Derecho civil común de un posible fideicomiso de residuo¹⁰⁵⁴. En este supuesto en el que el supérstite fiduciario dispondría de los bienes hereditarios hasta su muerte, momento en el que los hijos fideicomisarios recibirían los bienes que aún quedaran, una legítima a favor de los hijos menores y discapacitados serviría para asegurar que estos no quedan desatendidos en el ínterin o en el caso de que la herencia se agotara durante la vida del supérstite.

- c) Se instaure un sistema de legítima colectiva como el que ya regía en el ordenamiento foral vizcaíno (art. 54 LDCF), pero muy distinto del sistema de legítimas individuales del Código civil¹⁰⁵⁵, que faculta al causante para elegir, entre todos sus descendientes, y sin distinciones por razón de proximidad de grado, quién o quiénes serán los sucesores forzosos, apartado al resto sin necesidad de causa (art. 51 LDCV)¹⁰⁵⁶.

Ante este considerable refuerzo de la autoridad del causante, la ley vasca prevé a favor de los hijos y descendientes que incurran en situación de necesidad por motivo de su exclusión de la herencia, la posibilidad de reclamar alimentos a cargo del caudal hereditario. En concreto, el artículo 21.1-a LDCV establece que

¹⁰⁵⁴ Me refiero a la propuesta de VAQUER ALOY, Antoni, “Reflexions escoceses...”, op. cit., pp. 99-102. A este respecto ver el epígrafe 5 del Capítulo segundo.

¹⁰⁵⁵ Aunque tal y como acertadamente señala GALICIA AIZPURUA, Gorka, “La nueva legítima...”, op. cit., p. 85, la idea de una legítima colectiva no es totalmente ajena a las personas sometidas a vecindad civil común, que recordemos era la mayoría de los vascos hasta la entrada en vigor de la LDCV, ya que el tercio de mejora de los artículos 808 y 823 CC es, al fin y al cabo, una expectativa sucesoria forzosa de carácter global.

¹⁰⁵⁶ Sobre las características y naturaleza de la legítima de los descendientes, GALICIA AIZPURUA, Gorka, “La nueva legítima...”, op. cit., pp. 89-102. También LLEDÓ YAGÜE, Francisco, “De las limitaciones a la libertad de testar. Sección primera. De la legítima (artículos 47-57)”, en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco*, Andrés Urrutia Badiola, Francisco Lledó Yagüe y Oscar Monje Balmaseda (Dir.), Zuzenbidearen Euskal Akademia = Academia Vasca de Derecho, Madrid, 2020, p. 451-488.

se pagarán con cargo al caudal relicto “a) los alimentos debidos a los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas”¹⁰⁵⁷. Señala GALICIA AIZPURUA que el legislador parece estar pensando en una especie de legítima de contenido alimenticio reconocible eventualmente en favor del descendiente que, tras la apertura de la sucesión, caiga en situación de indigencia como consecuencia de su exclusión sucesoria¹⁰⁵⁸. Habida cuenta de que el artículo 150 del Código civil establece que la obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, el débito alimentario previsto en el artículo 21.1-a LDCV no puede haber existido antes de la muerte del causante, sino que debe necesariamente nacer a

¹⁰⁵⁷ Este derecho ya se recogía en la LDCF, que disponía en su artículo 66: “Los descendientes del causante que se encuentren en situación legal de pedir alimentos, podrán reclamarlos de los sucesores del mismo, cuando no haya persona obligada a prestarlos de acuerdo con la legislación civil general. Los sucesores prestarán alimentos en proporción a los bienes que cada uno hubiere recibido y no vendrán obligados más allá de lo que alcance su valor”.

¹⁰⁵⁸ GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Delación hereditaria y sucesión legal en el País Vasco”, en *Manual de Derecho civil vasco*, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016, p. 304. IRIARTE ÁNGEL, Francisco de Borja, “De la sucesión testada. Sección primera. Disposiciones Generales (Artículos 19-22), en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco*, Andrés Urrutia Badiola, Francisco Lledó Yagüe, Oscar Monje Balmaseda (dirs.), Academia Vasca de Derecho = Zuzenbiderearen Euskal Akademia, Madrid, 2020, p. 245, considera que el derecho extendido al descendiente en situación de necesidad no es una legítima *sui generis* sino propiamente un derecho de alimentos, ya que el heredero no comparte el patrimonio heredado, sino que debe alimentar o mantener al necesitado y plantea el caso del “heredero universal con el que convive un hermano discapacitado al que propiamente no da activos hereditarios, sino que cuida, alimenta y contribuye a su educación: ¿se podría decir que este hermano beneficiario de los alimentos los recibe en concepto de legítima? Parece que no, pues no supone la adquisición de bien o derecho alguno del causante que se incorpore permanentemente a su patrimonio, sino que tiene el derecho a que su hermano, con cargo a los bienes de la herencia, le alimente en el sentido amplio.” En la investigación que realizó el Grupo de Investigación del Departamento de Derecho civil de la Universidad del País Vasco en 2011, a instancias del Gobierno Vasco, que culminó en una propuesta de *Bases para un nuevo Derecho sucesorio vasco*, también se preveía, en su Base 62, un derecho de alimentos necesario a favor de los descendientes y ascendientes preferentes, que la propuesta justificaba así: “Esta base, como es habitual en los sistemas de legítima libremente distribuible por el causante (así, Bizkaia y Aragón), contempla un derecho de alimentos de naturaleza necesaria en favor de aquellos sucesores forzosos inmediatos que queden en situación legal de pedirlos como consecuencia del reparto de la herencia. Lo que viene a significar que es obligación previa del *de cuius* (si bien que subsidiaria respecto de la correspondiente al grupo parental delimitado en el artículo 143 CC) la de subvenir a las necesidades de sus legitimarios, de modo que la materialización de su potestad distributiva y de su libertad de disposición en favor de extraños no podría conllevar, por ejemplo, el desamparo de cualesquiera de sus hijos. Es, así, un derecho eventual, pero, como se ha dicho, de carácter necesario: no podrá ser denegado por el causante, salvo en caso de que concurriese una justa causa de desheredación.” La base también contemplaba un eventual derecho de alimentos para los descendientes o ascendientes que fueran personas con discapacidad. ASUA GONZÁLEZ, Clara Isabel; GALICIA AIZPURUA, Gorka; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; HUALDE SANCHEZ, José Javier; IMAZ ZUBIAUR, Leire, *Estudio sobre Derecho Sucesorio Vasco. Bases para un nuevo régimen*, Universidad del País Vasco, Leioa (Bizkaia), 2011.

consecuencia del reparto de la herencia¹⁰⁵⁹. Siendo esto así, parece razonable entender que antes del fallecimiento del causante debió de existir una relación alimenticia entre causante y beneficiario que es la que da lugar, al morir aquél, al deber de satisfacer los “alimentos debidos” con cargo al caudal relicto¹⁰⁶⁰.

La solución ofrecida por el legislador vasco a los descendientes que, entendemos, en el momento de la muerte del causante dependían económicamente de él y quedan en situación de necesidad como consecuencia de su exclusión de la herencia o de una atribución insuficiente, nos resulta de particular interés debido a su proximidad con la *family provision* inglesa que se analizó en otra parte de este trabajo¹⁰⁶¹. Recordaremos que el sistema sucesorio inglés ofrece la posibilidad a ciertos familiares y personas dependientes del causante, de reclamar una prestación alimenticia cuando la distribución de la herencia no haya sido razonable. La razonabilidad de la distribución es valorada por los tribunales, que no atienden a apreciaciones subjetivas sobre la conducta o decisión del causante, sino que valoran si la disposición hereditaria es en sí razonable para atender a las necesidades alimenticias del actor que, al igual que en el caso vasco, debe de encontrarse en situación de necesidad como consecuencia del fallecimiento del causante. En el caso inglés, la acción no está limitada a los descendientes, sino que el abanico de posibles actores es mucho más amplio e incluye, en otros, a los ascendientes del causante. Como ya se sugirió con respecto al sistema sucesorio del Código civil, también para el Derecho vasco esta opción puede resultar interesante. De hecho, en este caso, bastaría con extender la figura del artículo 21.1-a LDCV a los ascendientes (siquiera a la madre y al padre), lo que mitigaría las posibles consecuencias de su eliminación como legitimarios. Del mismo modo, y en línea con otra de las sugerencias que se hicieron en sede de Derecho común, los hijos adultos, cuyo derecho legitimario creo que debería de ser suprimido, también podrían

¹⁰⁵⁹ GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Delación hereditaria...”, op. cit., p. 304.

¹⁰⁶⁰ LLEDÓ YAGÚE, Francisco, “De las limitaciones...”, op. cit., p. 246.

¹⁰⁶¹ En relación a la *family provision*, ver el Capítulo I, epígrafe 3.

reclamar alimentos bajo el artículo 21.1-a LDCV en caso cumplirse las condiciones previstas en el mismo.

- d) Queda consagrada la equiparación entre el cónyuge viudo y el miembro superviviente de la pareja de hecho (disposición adicional 2ª LDCV)¹⁰⁶².
- e) Se consolida la ampliación de los derechos del cónyuge viudo y del miembro superviviente de la pareja de hecho, ya mejorados en la LDCF, que reciben ahora el usufructo de la mitad de los bienes si concurren con descendientes (mejorando el tercio que recibían al amparo del Código civil e igualando la cuota prevista en el Fuero vizcaíno) y de dos tercios en caso de concurrir con cualesquiera otros sujetos (incluidos, como decíamos, los ascendientes que ya no son legitimarios).
- f) En línea con la mejora de la posición sucesoria del supérstite, y en respuesta a una preocupación compartida por la práctica totalidad de los sistemas sucesorios modernos, se introduce un novedoso derecho real de habitación sobre la vivienda familiar que viene a garantizar la continuidad del cónyuge o pareja superviviente en la misma.

Centrándonos ya en la posición del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, como decíamos, la nueva legítima vasca le otorga una cuota usufructuaria (art. 52 LDCV) y un derecho de habitación sobre la vivienda familiar (art. 54 LDCV).

3.1. La legítima usufructuaria del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho

El artículo 52 LDCV recoge el derecho del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho al usufructo de la mitad de todos los bienes del causante si

¹⁰⁶² Tal y como destaca la propia Exposición de Motivos, “la novedad más destacada que se introduce es la equiparación entre el cónyuge viudo y el miembro superviviente de la pareja de hecho para acomodarse a la normativa vigente”, es decir, a la LRPV de 2003.

concurriere con descendientes, y de dos tercios de los bienes en todos los demás casos.

La idea de proteger al supérstite por medio de un derecho de usufructo sobre los bienes de su consorte premuerto no la encontramos en el derecho foral, sino que se introduce por influencia del Derecho castellano en la Compilación de Derecho civil foral de Bizkaia y Araba de 1959. En el derecho foral vizcaíno la situación del viudo ha sido tradicionalmente atendida por medio del régimen económico matrimonial de comunicación foral que preveía dos situaciones: que al morir el causante existieran hijos comunes del matrimonio o que no existieran. En el primer caso, el régimen de comunicación foral se consolidaba en una comunidad universal de bienes entre el supérstite y los hijos, por lo que el propio sistema se encargaba de asegurar la posición del viudo, que continuaba disfrutando de la mitad de todos los bienes (y si, como era habitual, había sido nombrado comisario, también gozaba de un derecho de usufructo sobre la otra mitad). No había, por lo tanto, necesidad de reconocerle derechos de legítima¹⁰⁶³. En situación más precaria quedaba el cónyuge cuando, tras la muerte de su consorte, no existían hijos o descendientes comunes. En este caso, la comunicación de bienes se disolvía como una comunidad ganancial y las únicas medidas de protección eran el derecho del cónyuge advenedizo a permanecer en el caserío durante un año y un día tras la muerte de su consorte o hasta que se le devolviera la dote, y el derecho a una indemnización por compras o mejoras en bienes raíces troncales al cónyuge no tronquero¹⁰⁶⁴.

El sistema foral vizcaíno encajaba perfectamente en la sociedad para la que se diseñó, cumpliendo el objetivo, siempre presente, de mantener el patrimonio familiar indiviso, pero no se ajustaba bien a la sociedad del siglo XX, en la que la idea de la familia extensa que habita en la gran casa familiar empieza a quedar atrás. Los redactores de la Compilación vieron la necesidad de ofrecer mayor protección al viudo en los casos en los que el matrimonio se disolvía sin hijos, disponiendo en el

¹⁰⁶³ CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 247.

¹⁰⁶⁴ MARTÍN OSANTE, Luís Carlos, *El régimen económico...*, op. cit., pp. 185-186; GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Legítima y troncalidad*, op. cit., pp. 200-201.

artículo 26 que “el cónyuge viudo tendrá el usufructo de la mitad de los bienes de libre disposición cuando no concorra con hijos o descendientes legítimos”¹⁰⁶⁵. En caso de haber hijos o descendientes la Compilación no preveía un derecho de usufructo para el viudo, ya que se entendía que la comunicación foral consolidada le ofrecía suficiente protección. El usufructo sobre la mitad de los bienes de libre disposición previsto para el caso de no haber descendencia estaba limitado a los bienes no troncales y, en caso de concurrir el viudo a la sucesión con los ascendientes, devenía casi simbólico, ya que la Compilación reconocía a éstos una legítima de cuatro quintos¹⁰⁶⁶.

La LDCF de 1992 mejoró la posición del supérstite vizcaíno aforado reconociendo su derecho a la legítima en todo caso, independientemente del régimen económico que hubiera regulado el matrimonio y, por lo tanto, independientemente de si existían o no hijos o descendientes en el momento de la muerte del causante¹⁰⁶⁷. Su derecho se concretó en el usufructo de la mitad de los bienes en caso de concurrir a la herencia con descendientes o ascendientes, y dos tercios en el supuesto de hacerlo con colaterales o extraños (art. 58 LDCF).

Esta legítima se ha conservado en la Ley 5/2015 en el mismo formato y con las mismas proporciones, extendiéndose su aplicación a toda la Comunidad autónoma vasca, en el supuesto de que el cónyuge supérstite o miembro superviviente de la

¹⁰⁶⁵ El Proyecto de 1900 fue el primero en proponer un usufructo viudal sobre la mitad de los bienes cuando todos fueran de libre disposición. Más tarde, el Proyecto de Apéndice de 1928 modificó aquella primera propuesta y apostó, en su artículo 39, por un derecho al usufructo de la mitad de los bienes de libre disposición cuando el viudo no concudiese con hijos o descendientes. Esta disposición es la que finalmente recogió la Compilación en 1959.

¹⁰⁶⁶ CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., pp. 248-249. Siguiendo en esta línea, apunta MARTÍNEZ de BEDOYA BUXENS, Covadonga, *La situación del cónyuge viudo...*, op. cit., p. 299, que la participación del cónyuge era muy variable, dependiendo de la presencia de bienes no troncales en el caudal hereditario.

¹⁰⁶⁷ Tal y como apunta MARTÍNEZ de BEDOYA BUXENS, Covadonga, *La situación del cónyuge viudo...*, op. cit., p. 300, el desligar el derecho a recibir la legítima viudal del régimen económico matrimonial otorgó una mayor seguridad jurídica a la hora de su aplicación, particularmente teniendo en cuenta la facilidad de pactar un régimen económico matrimonial distinto al de la comunicación foral. Al mismo tiempo, sin embargo, la LDCF rompió con el criterio tantas veces señalado en el Derecho sucesorio, de buscar un equilibrio en el juego de contrapesos entre los beneficios que se conceden al cónyuge vía régimen económico matrimonial y los que se le conceden vía herencia de su consorte.

pareja de hecho registrada ostente la vecindad civil vasca (art. 52 LDCV)¹⁰⁶⁸. A pesar de la indudable mejora que esta extensión ha supuesto para la mayoría de los supérstites vascos, la preservación de la fórmula usufructuaria es, a mi parecer, desacertada, por las razones que ya se enunciaron con respecto al usufructo vidual previsto en el Código civil: no sólo las habitualmente citadas desventajas del desmembramiento de la propiedad, sino también su inadecuación para responder a las necesidades del supérstite medio del siglo XXI¹⁰⁶⁹.

3.1.1. Dimensión y objeto de la legítima usufructuaria

Como acabamos de ver, el artículo 52 LDCV prevé para el supérstite un derecho de usufructo sobre la mitad de todos los bienes del causante si concurre con descendientes, y sobre dos tercios de los bienes en todos los demás casos. Al margen de las ventajas o desventajas de la solución usufructuaria, es evidente, insistimos, que esta legítima ha supuesto una mejora significativa, particularmente para aquellos cuya situación estaba antes regulada por el Código civil, pero también para el supérstite vizcaíno aforado de la LDCF, ya que, a consecuencia de la supresión de los ascendientes como legitimarios, ahora sólo verá reducida su cuota usufructuaria a la mitad de los bienes cuando concorra con descendientes, teniendo derecho al usufructo sobre dos tercios de la herencia en el resto de los casos¹⁰⁷⁰.

El artículo 56.2 LDCV dispone que “no afectarán a la intangibilidad de la legítima, los derechos reconocidos al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, ni el legado universal a favor del mismo”. Este precepto constituye una importante excepción a la intangibilidad cualitativa de la legítima de los descendientes proclamada en el primer párrafo del mismo artículo, y nos lleva a deducir que, a menos que el causante dispusiera algo distinto, la legítima usufructuaria del viudo o pareja recaerá en primer lugar sobre los bienes

¹⁰⁶⁸ GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “La posición del viudo...”, op. cit., p. 277.

¹⁰⁶⁹ A este respecto ver Capítulo II, epígrafe 3.2.3.

¹⁰⁷⁰ El cambio es, por supuesto, mucho mayor en aquellos territorios que, hasta la entrada en vigor de la LDCV, estaban regulados por el Código civil y en los que, por lo tanto, la legítima vidual se limitaba al usufructo de un tercio de los bienes hereditarios si concurría con descendientes (art. 834 CC).

adjudicados para el pago del tercio legitimario de los descendientes, y solo en lo que falte gravará los bienes de libre disposición¹⁰⁷¹.

3.1.2. Requisitos subjetivos del cónyuge o pareja superviviente

De acuerdo con el artículo 55 LDCV, no tendrá derecho al usufructo legitimario (ni al derecho legal de habitación) el cónyuge separado por sentencia firme o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. Aunque no lo diga expresamente la Ley, debemos entender que tampoco surge el derecho a legítima si en el momento de fallecer el causante la pareja de hecho debía reputarse extinta por cualquiera de las causas previstas en el artículo 18 LRPH (incluso si no se ha instado la cancelación de la inscripción en el correspondiente registro)¹⁰⁷². El legislador vasco se ha alejado así de la redacción que contenía la ahora derogada norma vizcaína (art. 59 LDCF) que aún mantenía la referencia a un sistema culpabilista de separación¹⁰⁷³, y se acerca más, aunque no del todo, a la redacción del artículo 834 del Código civil, que requiere que los cónyuges no estuvieran separados legalmente o de hecho, en el momento del fallecimiento del causante.

En cuanto al cónyuge viudo, la Ley requiere, por lo tanto, que no medie separación legal o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste de modo fehaciente. Al igual que en el Código civil, la LDCV parifica la separación legal (ya sea judicial o ante notario) con la separación de hecho, a efectos de pérdida de los derechos sucesorios legalmente conferidos al supérstite. Sin embargo, a diferencia de aquél, la ley vasca requiere que la separación de hecho sea de “mutuo acuerdo” y “conste fehacientemente” para poder excluir los derechos legitimarios. Como ya vimos,

¹⁰⁷¹ GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Limitaciones a la libertad...”, op. cit., p. 393.

¹⁰⁷² GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “La posición del viudo...”, op. cit., pp. 281-282; GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Limitaciones a la libertad...”, op. cit., p. 394. Si la pareja se extinguió por contraer los miembros de la pareja matrimonio entre ellos (art. 18.d LRPH), lógicamente el derecho a legítima surge en calidad de cónyuges.

¹⁰⁷³ El artículo 59 LDCF disponía que “carecerá de derechos sucesorios en la herencia de su consorte el divorciado o el cónyuge separado por causa a él imputable”. Este precepto había quedado vacío de contenido desde que 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, eliminó el concepto culpabilista de la separación matrimonial. *Vid* GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “La posición del viudo...”, op. cit., p. 282.

hasta la reforma introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, estos requisitos también se exigían para que la separación de hecho pudiera excluir el llamamiento del viudo a la sucesión intestada en el Código civil, pero a partir de dicha reforma, tanto el derecho a la legítima viudal como al llamamiento *ab intestato* se pierden por el cese efectivo de la convivencia, sin que sea necesario que esté ratificado por sentencia judicial, que sea de mutuo acuerdo, ni que quede constatado fehacientemente¹⁰⁷⁴. El legislador vasco, sin embargo, no ha seguido la línea del Código civil y ha optado por mantener la cualificación de la separación de hecho para que pueda dar lugar a la exclusión de derechos legitimarios¹⁰⁷⁵. Coincido con GALICIA AIZPURUA en que esta solución tiene mal encaje con el carácter meramente consensual del matrimonio y con el sistema de separación y divorcio vigentes a nivel estatal desde la reforma de 2005, ya que, en un sistema de esta naturaleza, el mantenimiento de los derechos sucesorios de los cónyuges sólo tiene sentido mientras estos preserven el consentimiento que generó el vínculo matrimonial, pero no cuando esa voluntad quiebre, aunque sea de forma unilateral¹⁰⁷⁶. Es más, la línea adoptada por la LDCV en este punto es también incoherente con la seguida por la LRPH en la que, en relación a la extinción de la pareja de hecho, el legislador establece que basta “la decisión unilateral de uno de los miembros de la pareja, comunicada fehacientemente al otro” (art. 18-b LRPH). Por todo esto, entendemos con GALICIA AIZPURUA, que debe de hacerse una interpretación flexible de los dos requisitos que exige la Ley: que exista mutuo acuerdo y que conste fehacientemente¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷⁴ Ver, entre otros, PÉREZ ESCOLAR, Marta, “Incidencia de la ley 15/2005...”, op. cit., pp. 188 y ss.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada...*, op. cit., p. 281 y ss.

¹⁰⁷⁵ Tal y como señala GALICIA AIZPURUA, Gorka, “La nueva legítima vasca...”, op. cit., p. 103 (nota a pie núm. 25), también el ordenamiento aragonés incluye estos requisitos para la separación de hecho. A este respecto la STSJ Aragón 25 junio 2007 (RJ 2007, 6695) alude a las ambigüedades que se pueden provocar en torno a las separaciones de hecho, por lo que “se exige que al tiempo del fallecimiento los cónyuges estén separados de hecho por mutuo acuerdo y que esa separación conste fehacientemente, con lo que se trata de excluir de la norma aquellas separaciones de hecho impuestas unilateralmente por uno de los cónyuges, así como las propicias al equívoco y a las dudas”.

¹⁰⁷⁶ GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Limitaciones a la libertad...”, op. cit., p. 394.

¹⁰⁷⁷ En este sentido, en opinión de GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Limitaciones a la libertad...”, op. cit., p. 394, hay que entender que existe mutuo acuerdo en toda ruptura que, aun impuesta unilateralmente por uno de los cónyuges, haya sido implícitamente tolerada o admitida por el otro. En cuanto el requisito de que la separación de hecho conste de manera fehaciente, no debe entenderse como la necesidad de que exista, en todo caso, constancia documental, sino que será

3.1.3. Carácter conmutable de la legítima usufructuaria

Al igual que la legítima viudal del Código civil, la legítima usufructuaria de la LDCV puede ser conmutada por otras formas de pago. Este carácter conmutable la distingue de los usufructos viuales característicos de las legislaciones forales, diseñados para proteger la unidad del patrimonio familiar manteniendo la autoridad del supérstite como cabeza de familia¹⁰⁷⁸. La propia LDCV prevé en su artículo 57 un usufructo universal voluntario, diseñado precisamente para asegurar la indivisión del patrimonio y la posición del supérstite al frente de la familia y que, por supuesto, no admite conmutación¹⁰⁷⁹. El usufructo legitimario del artículo 52, por el contrario, próximo en su naturaleza y características a la legítima viudal del Código civil, es un derecho sucesorio individual cuyo único objetivo es favorecer al cónyuge.

En efecto, el artículo 53 LDCV, al igual que el artículo 839 del Código civil, reconoce a los herederos la facultad de conmutar el usufructo legitimario por cualquiera de los medios referidos en el precepto: el pago de una renta vitalicia, la asignación de los productos de determinados bienes o la entrega de un capital en efectivo. A pesar de que el precepto se refiere exclusivamente a los herederos como titulares de esta facultad de conmutación, la doctrina entiende que podrán ejercitarla todos los sujetos gravados por el usufructo, sean herederos o legatarios¹⁰⁸⁰.

suficiente con que el cese de la convivencia quede acreditado de manera indubitada por cualesquiera medios de prueba, que también constituyen constancia fehaciente de su existencia.

¹⁰⁷⁸ FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, “¿El usufructo como...?”, op. cit., pp. 440-441; PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., p. 260.

¹⁰⁷⁹ Se refiere a este usufructo voluntario GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “La posición del viudo...”, op. cit., p. 283, recordando que el causante puede mejorar la posición del supérstite (cónyuge o miembro de pareja de hecho), asignándole un legado de usufructo universal de sus bienes, aun en presencia de sucesores forzosos (art. 57 LDCV). Matiza el autor que “se trata de una mejora voluntaria que tendrá la ventaja de inmunizarle frente a la natural intangibilidad de la legítima (art. 58) y la virtualidad de enervar la facultad de conmutación...”.

¹⁰⁸⁰ GALICIA AIZPURUA, Gorka, “La nueva legítima vasca...”, op. cit., p.105. También en este sentido, aunque en relación a la conmutación en el Código civil, VALLET de GOITISOLO, Juan, *Limitaciones de Derecho...*, op. cit., pp. 288-289.

La decisión de conmutar debe ser unánime, para evitar que el viudo o pareja superviviente deba soportar diferentes formas de pago. El propio artículo 53.2 LDCV establece que mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho. Por lo demás, el viudo no puede exigir la conmutación de su derecho, ni oponerse a ella o al modo de pago elegido por los herederos, aunque deberá participar en las operaciones de valoración del usufructo y determinación del importe del pago sustitutivo¹⁰⁸¹. La decisión de conmutar el usufructo, la elección del método solutorio y su ejecución deben completarse antes de la partición¹⁰⁸².

Tal y como indicábamos en relación a la facultad de conmutar contemplada en el artículo 839 del Código civil, su importancia práctica es innegable como herramienta para evitar las dificultades que presenta la división del dominio, ofreciendo una solución para que los herederos no se vean forzados a soportar un gravamen de la magnitud de un usufructo vitalicio. Sin embargo, desde el punto de vista de los derechos sucesorios del supérstite, la conmutación se concibe, tanto en el Código civil como en la LDCV, como una medida protectora de los herederos, nudos propietarios, y no del cónyuge (o, en su caso, miembro superviviente de la pareja de hecho), cuya participación en la conmutación de su derecho legitimario es muy limitada. En cualquier caso, cuando el causante haya optado por mejorar la posición sucesoria de su cónyuge o pareja superviviente ampliando el usufructo legal con el legado de usufructo universal, éste no podrá ser conmutado por los sujetos gravados, ni siquiera cuando el bien usufructuado sea de origen troncal¹⁰⁸³.

¹⁰⁸¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Elementos de Derecho Civil...*, op. cit., p. 504.

¹⁰⁸² Para un análisis del artículo 55 LDCV, LLEDÓ YAGÜE, Francisco, "De las limitaciones...", op. cit., pp. 493-497.

¹⁰⁸³ GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "La posición del viudo...", op. cit., p. 283.

3.1.4. Extinción de la legítima usufructuaria

Debemos volver al artículo 55 LDCV, en el que ya nos detuvimos para determinar los requisitos subjetivos necesarios para el nacimiento de los derechos legitimarios del cónyuge supérstite o miembro superviviente de la pareja de hecho, para encontrar ahora las causas de extinción de los mismos¹⁰⁸⁴.

Es motivo de pérdida de los derechos adquiridos (incluido el legado de usufructo universal voluntario del art. 57 LDCV), el que el supérstite haga “vida marital” o pase a estar ligado “por una relación afectivo-sexual” con otra persona. Apunta la doctrina que, aunque no previsto expresamente en el artículo 55 LDCV, también decaerán los derechos del supérstite cuando contraiga matrimonio, tal y como se prevé expresamente para el derecho de habitación en el artículo 54 LDCV¹⁰⁸⁵. Observa GALICIA AIZPURUA que el fundamento de esta causa de extinción parece estar en la presunción de que las ulteriores nupcias implican el nacimiento de un nuevo deber de socorro entre los nuevos esposos (*ex art. 68 CC*) que sustituye al recurso ofrecido por la ley vasca para lograr el mismo fin (el aseguramiento del supérstite), si bien, como apunta el autor, el usufructo vidual no cumple una función alimenticia. Siguiendo en esta línea, y atendiendo a la equiparación a estos efectos de las uniones de hecho, parece que se atribuye a estas la misma función de socorro o asistencia mutua¹⁰⁸⁶.

En cuanto a la referencia a la “vida marital” como concepto diferente de la convivencia como pareja de hecho inscrita, apunta con acierto la doctrina que el legislador vasco parece estar introduciendo un concepto jurídico indeterminado que confunde la “vida marital” con “vida en común”. Y es que, es precisamente la

¹⁰⁸⁴ Señala GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “La posición del viudo...”, *op. cit.*, p. 282, que “cuestionable, desde una óptica formal, pudiera resultar el enunciado *acumulado* de las condiciones de atribución (no-divorcio o separación previos al óbito del *de cuius*) y las causas de extinción del usufructo (*cuasi*)vidual previamente atribuido, identificando igualmente el motivo de *no atribución* y el porqué de la *cesación* con el hecho de que “el viudo... haga vida marital o el miembro superviviente de la pareja de hecho... se encuentre ligado por una relación afectivo-sexual con otra persona”.

¹⁰⁸⁵ GALICIA AIZPURUA, Gorka, “La nueva legítima vasca...”, *op. cit.*, p. 106.

¹⁰⁸⁶ *Ibid*, p. 106; GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Limitaciones a la libertad...”, *op. cit.*, p. 397.

comunidad de vida análoga al matrimonio, con la consiguiente comunicación y confluencia de intereses, la única que podría crear deberes de socorro y ayuda que harían desaparecer, como nueva familia, los propios nacidos del vínculo matrimonial, por lo que sería necesario probar que la vida marital genera una comunidad de vida en común, entendida como una relación estable habitual con *tractatus* o trato marital¹⁰⁸⁷.

3.1.5. Legítima usufructuaria y troncalidad

Apuntábamos en relación al objeto de la legítima usufructuaria que, concurriendo con descendientes, a menos que el causante disponga otra cosa, el usufructo legitimario gravará la mitad de todos los bienes del causante, recayendo el gravamen en primer lugar sobre el tercio de los bienes adjudicados para satisfacer la legítima de los descendientes y, en lo que falte, sobre los bienes dejados a extraños con cargo a los dos tercios de libre disposición (art. 56.2 LDCV). Esta norma debe calificarse, sin embargo, en el caso del causante vizcaíno aforado, si la herencia contiene bienes troncales.

La ley vasca se rige por el principio de que la troncalidad prevalece sobre la legítima y así lo afirma en el artículo 70.1 LDCV. A su vez, el artículo 70.5 LDCV confirma esta prevalencia con respecto a los derechos legitimarios del cónyuge viudo o pareja superviviente, disponiendo que no afectarán a la intangibilidad de los bienes troncales (como tampoco lo hará el legado de usufructo universal). El mecanismo previsto por el legislador vasco para evitar, o paliar, la confrontación entre los derechos legitimarios del supérstite y la intangibilidad de la troncalidad, se encuentra en la norma recogida en el artículo 70.3 LDCV que prevé que la legítima del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho se pagará con bienes no troncales, y sólo cuando éstos no existan o no sean suficientes, podrá

¹⁰⁸⁷ LLEDÓ YAGÜE, Francisco, "De las limitaciones...", op. cit., p. 503. En relación a la interpretación jurisprudencial del concepto de "vida marital", ver, entre otras, SSTS de 9 de febrero y 28 de marzo de 2012.

acudirse a los bienes troncales¹⁰⁸⁸. Es decir, el usufructo legal recaerá en última instancia sobre los bienes troncales, si los hubiera. Para cuando esto suceda, el legislador ofrece a los parientes tronqueros otra solución, otorgándoles la facultad de conmutar el usufructo del cónyuge o pareja superviviente por un capital en efectivo¹⁰⁸⁹, aunque dicha facultad quedará excluida cuando el causante haya dejado al superviviente el usufructo universal del caudal relicto¹⁰⁹⁰.

3.2. El derecho legal de habitación

Una de las principales novedades de la Ley 5/2015 es la introducción, con carácter de derecho necesario, de un derecho de habitación en la vivienda conyugal o de la pareja de hecho, a favor del cónyuge o pareja superviviente (art. 54 LDCV). Continúa, por tanto, la nueva ley con la línea marcada por su predecesora de aumentar y mejorar los derechos del cónyuge viudo, ampliados ahora también a la pareja superviviente¹⁰⁹¹.

Este novedoso derecho de habitación viene a dar respuesta a una preocupación compartida por la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, en relación con la necesidad de garantizar que el cónyuge o miembro de la unión de hecho que pierde a su pareja, no pierda al mismo tiempo el uso de la vivienda familiar. Decíamos en otra parte de este trabajo que uno de los grandes problemas no resueltos del Derecho de sucesiones común es la situación en la que queda el

¹⁰⁸⁸ Como apunta GOROSTIZA VICENTE, José Miguel, “De la troncalidad en Bizkaia, Aramaio y Llodio. Subsección primera. Disposiciones Generales (Artículos 61-71), en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco*, Andrés Urrutia Badiola, Francisco Lledó Yagüe, Oscar Monje Balmaseda (dirs.), Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademia, Madrid, 2020, p. 573, “si se parte de que los bienes troncales deben ir siempre a los parientes tronqueros, una vez respetada esta obligación legal se debe procurar causar la menor lesión posible al sistema de legítimas, estableciendo para ello varios mecanismos de compensación a los demás con los que concurre.”

¹⁰⁸⁹ No está claro si los medios de pago contemplados para los parientes tronqueros están limitados al pago de un capital en metálico, tal y como establece el artículo 70.6 LDCV, o si por medio de la referencia contenida en el mismo artículo a la facultad de conmutación del artículo 53 LDCV, también pueden los tronqueros utilizar los otros dos medios de pago allí previstos (una renta vitalicia o los productos de determinados bienes).

¹⁰⁹⁰ GALICIA AIZPURUA, Gorka, “La nueva legítima vasca...”, op. cit., p.106.

¹⁰⁹¹ Exposición de Motivos de la Ley 3/1992 de Derecho civil foral del País Vasco.

supérstite que no puede continuar viviendo en el hogar familiar por la imposibilidad de satisfacer la parte que corresponde a los herederos de su consorte en la liquidación de la sociedad matrimonial o porque el sistema de legítimas no lo permite. Vimos entonces que las soluciones parciales propuestas por el legislador estatal resultan muy insuficientes (arts. 831, 820.3, 1321, 1406 y 1407 CC)¹⁰⁹². En cuanto al Derecho inglés, recordemos que ha modificado sus leyes paulatinamente, pero sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX, para mejorar la posición sucesoria del cónyuge viudo y, más tarde, también la de la pareja superviviente, a pesar del impacto que esto pudiera tener, particularmente, sobre los hijos y descendientes del causante¹⁰⁹³. Muchas de estas mejoras han estado inspiradas por la preocupación existente en la sociedad inglesa por asegurar la permanencia del supérstite en el hogar familiar tras la muerte de su consorte, lo que ha llevado al legislador a introducir reformas legislativas atendiendo a la fuerte inflación en el precio de las viviendas¹⁰⁹⁴.

Pues bien, el legislador vasco ha aprovechado la reforma introducida en la normativa sucesoria por la Ley 5/2015, para aportar su solución al problema de la permanencia del supérstite en la vivienda familiar tras la muerte de su cónyuge o pareja de hecho. Su propuesta consiste en un derecho real de habitación sobre la vivienda familiar otorgado al supérstite en calidad de derecho necesario. Resulta llamativo que, a pesar del importante refuerzo que introduce este nuevo derecho legitimario en el abanico de normas destinadas a proteger la posición sucesoria del supérstite, particularmente para aquellos cuya situación estaba regulada por el Código civil hasta la entrada en vigor de la LDCV¹⁰⁹⁵, ésta no le dedica mención

¹⁰⁹² A este respecto, ver Capítulo II, epígrafe 6.2.1.

¹⁰⁹³ La Comisión Legislativa del Parlamento Británico ha remarcado en muchas ocasiones la importancia de proteger al supérstite por encima de todos los demás familiares, incluidos los hijos, al considerar que el interés más necesitado de protección y, por lo tanto, la prioridad, es mejorar la posición del cónyuge viudo.

¹⁰⁹⁴ El tema se trata en detalle en el Capítulo I, epígrafe 2.3.3 (c).

¹⁰⁹⁵ Como veremos más adelante, el supérstite vizcaíno aforado tenía sus necesidades habitacionales cubiertas por medio del régimen matrimonial de comunicación foral de bienes que le permitía permanecer en la casa familiar tras la muerte de su consorte cuando existían hijos y la comunidad se consolidaba (art. 104 LDCF y 140 LDCV) y, cuando no existían hijos, el régimen ofrecía supérstite advenedizo el derecho a permanecer en el caserío durante un año y un día o, en caso de haber dote, hasta que la dote fuera devuelta (art. 110.1 LDCF y 146.1 LDCV).

alguna en la Exposición de Motivos. No queda claro en la ley, por tanto, cuál es la relación entre este derecho legal de habitación y el usufructo legal del supérstite, pero entendemos, con GALICIA AIZPURUA, que el nuevo derecho de habitación del superviviente le corresponde *además* del usufructo legitimario como una suerte de plus o añadido¹⁰⁹⁶. Sin embargo, como acertadamente apunta el autor, en los casos en los que el patrimonio hereditario consista, principal o únicamente, en la vivienda familiar, sin haber otros bienes sobre los que pueda recaer la legítima usufructuaria, parece que el derecho de habitación quedará embebido en ésta, aunque el supérstite pueda renunciar a una y aceptar el otro, o viceversa, como atribuciones legales independientes¹⁰⁹⁷.

3.2.1. Concepto y características

El artículo 54 LDCV dispone que “el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, además de su legítima, tendrá un derecho de habitación en la vivienda conyugal o de la pareja de hecho, mientras se mantenga en estado de viudedad, no haga vida marital ni tenga un hijo no matrimonial o no constituya una nueva pareja de hecho”.

Se atribuye al supérstite, por lo tanto, un derecho de habitación sobre la vivienda en la que se dio la convivencia matrimonial o *more uxorio*, independientemente de si la vivienda es un bien ganancial o privativo del causante¹⁰⁹⁸. Obviamente, para que el precepto sea de aplicación, la vivienda debe de estar incluida dentro del patrimonio del causante, ya sea por corresponderle, en todo o en parte, a resultas de su

¹⁰⁹⁶ GALICIA AIZPURUA, Gorka, “En torno a la revisión...”, op. cit., p. 14; también en esta línea, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “La posición del viudo...”, op. cit., p. 281.

¹⁰⁹⁷ GALICIA AIZPURUA, Gorka, “En torno a la revisión...”, op. cit., p. 14.

¹⁰⁹⁸ GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “La posición del viudo...”, op. cit., p. 281. En este sentido, el derecho de habitación de la LDCV es más amplio que el derecho de atribución preferente reconocido al cónyuge viudo en sede de régimen económico matrimonial en el artículo 1407 CC, que se limita a la liquidación de la sociedad de gananciales. Igualmente, como señala FERNANDEZ de BILBAO, Jesús, “El derecho de habitación del viudo en la ley de Derecho civil vasco”, *Boletín Jado de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Jado aldizkaria*, núm. 27, enero-diciembre 2015-2016, p. 478, el derecho de habitación del artículo 54 LDCV, al ser de naturaleza sucesoria, supera al previsto en el artículo 1407 CC, “que, en Derecho común, permite optar al viudo atribuyéndose a éste la vivienda ganancial a título de derecho de habitación, lo que sin duda aumenta su participación en otros bienes ajenos objeto de adjudicación”.

participación en la sociedad conyugal o por tratarse de un bien privativo suyo. En cuanto al concepto de vivienda conyugal o de la pareja de hecho, entendemos que el término se refiere a aquella en la que se desarrolló la convivencia y que puede identificarse con el “hogar familiar”¹⁰⁹⁹.

No hay duda de que el derecho contemplado en el artículo 54 LDCV opera como un límite a la libertad de disposición del causante que no puede privar a su cónyuge o pareja de la facultad de ocupar la vivienda tras su muerte. El derecho sólo puede “cobrarse en especie”, es decir, mediante la ocupación de la vivienda por el propio supérstite, ya que es un derecho personalísimo e intransmisible¹¹⁰⁰, pero puede ser objeto de pacto o renuncia anticipada *ex* artículo 100.2 LDCV o quedar subsumido en otro derecho como, por ejemplo, el usufructo universal o la designación de heredero único¹¹⁰¹.

De acuerdo con el artículo 56.2 LDCV el derecho de habitación del supérstite no afecta a la intangibilidad de la legítima por lo que entendemos, con GALICIA AIZPURUA, que el derecho grava primero los bienes adjudicados para el pago del tercio legítimo de los descendientes, y solo en lo que falte gravará los bienes dejados a extraños con cargo a los dos tercios¹¹⁰². Obviamente, esta norma debe ajustarse al supuesto concreto ya que, en primer lugar, el derecho de habitación grava el bien en sí, es decir, la vivienda familiar, por lo que habrá que determinar si ésta ha sido asignada al pago de la legítima de los descendientes o a la parte de libre disposición¹¹⁰³.

¹⁰⁹⁹ STS, Sala 1ª, de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9020): “La vivienda familiar es algo más que la propia vivienda y se viene a identificar con el concepto de “hogar familiar”, o lugar donde, habitualmente la familia desarrolla su vida diaria”.

¹¹⁰⁰ GALICIA AIZPURUA, Gorka, “La nueva legítima...”, *op. cit.*, p. 105. Ver también en relación a la naturaleza personalísima e intransmisible del derecho de habitación los artículos 525 CC y 108 LH.

¹¹⁰¹ FERNANDEZ de BILBAO, Jesús, “El derecho de habitación...”, *op. cit.*, p. 480.

¹¹⁰² GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Limitaciones a la libertad...”, *op. cit.*, pp. 395-396.

¹¹⁰³ Señala FERNANDEZ de BILBAO, Jesús, “El derecho de habitación...”, *op. cit.*, p. 480, que el derecho de habitación grava la vivienda conyugal y, “por lo tanto, detraerá del valor en la hijuela del adjudicatario del mismo. Esta detracción de valor será la que habrá de ser objeto de imputación y, si la vivienda conyugal ha sido atribuida a un legítimo, éste no la verá perjudicada objetiva y legalmente *ex art.* 56 LDCV. Obviamente para el que sucede en la parte de libre disposición no es ésta intangible y asumirá el gravamen.” Por su lado, URRUTIA BADIOLA, Andrés, “Habitación, familia...”, *op. cit.*, p. 243, señala que “el tema ha de dilucidarse teniendo en cuenta que el derecho de habitación

A pesar de la indudable mejora que supone este nuevo derecho de habitación, no podemos perder de vista que lo que se garantiza al supérstite es un derecho “menor” de goce del inmueble ajeno, que sólo confiere la facultad de ocupar la vivienda en la medida de las necesidades de alojamiento de su titular¹¹⁰⁴. El cónyuge o pareja superviviente podrá, por lo tanto, ocupar la vivienda familiar en la medida que le resulte necesario, pero no podrá excluir el uso del propietario. Sin entrar a cuestionar que, como ha apuntado la doctrina, la finalidad de este derecho no es otra que garantizar al supérstite la continuidad de la situación convivencial existente en el momento del fallecimiento de su cónyuge o pareja¹¹⁰⁵, sí creo que debemos cuestionar si esta garantía -aunque, por supuesto, bienvenida- llega un poco tarde y se queda un poco corta. Y es que, como venimos insistiendo, las necesidades residenciales y asistenciales del supérstite actual (y, posiblemente, más aún las del supérstite futuro), no siempre se verán adecuadamente colmadas con un derecho a permanecer en su vivienda. La tendencia a delegar el cuidado de nuestros mayores a instituciones externas a la familia y la cada vez mayor privatización de la salud pública, nos lleva, a velocidades vertiginosas, hacia una situación en la que la que, más que un derecho a permanecer en la vivienda familiar, lo que el supérstite

recaerá, en caso de no ser suficiente el tercio de legítima para satisfacer tanto el usufructo legal del cónyuge viudo como del miembro superviviente de la pareja de hecho, sobre la parte de libre disposición, en lugar de reducir aún más la legítima de los descendientes (...) Todo ello sin olvidar la diferente situación que se puede producir a la hora de realizar la partición hereditaria en función de la existencia de uno o más bienes en el haber hereditario e incluso que estos tengan naturaleza troncal”.

¹¹⁰⁴ El artículo 524 CC dispone que “la habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia.” Ver, a este respecto, URRUTIA BADIOLA, Andrés, “Habitación, familia y sucesión (del Derecho civil vasco al Derecho privado europeo)”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 783, 2021, p. 225.

¹¹⁰⁵ Apunta URRUTIA BADIOLA, Andrés, “Habitación, familia...”, op. cit., p. 225, el paralelismo con los derechos de habitación previstos en el artículo 822 CC y 1407 CC a favor del hijo discapacitado o del cónyuge viudo en la liquidación de la sociedad de gananciales, respectivamente, ya que responden a unas “necesidades familiares que hacían evidente su utilidad para mantener el *statu quo* o situación convivencial existente en el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges, situación que podría romperse si el cónyuge viudo o ese legitimario discapacitado se vieran obligados a abandonar el domicilio familiar como consecuencia de la sucesión *mortis causa* del fallecido.” En cuanto a la naturaleza jurídica de este derecho, el autor mantiene que no es un legado *ex lege*, sino una *mortis causa capione* dado que “es una adquisición *mortis causa*, diferente a la legítima, y que tiene por objeto la continuidad del común hogar familiar, de modo que el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho no se vea privado del uso de la vivienda conyugal o de la pareja de hecho. Es un beneficio que participa, a nuestro juicio, de la naturaleza de las *mortis causa capiones*, por ser una atribución directa por ley de unos derechos o valores del patrimonio relicto, sin intervención del consorte”.

necesita son activos líquidos que le permitan hacer frente a los gastos derivados de los cuidados que, casi con toda probabilidad, necesitará en su vejez.

3.2.2. Requisitos subjetivos del cónyuge o pareja superviviente

Al igual que en el caso de la legítima usufructuaria, el artículo 55 LDCV determina los requisitos que debe cumplir el viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, para acceder al derecho de habitación, requiriendo que en el momento del fallecimiento el cónyuge no se halle separado por sentencia firme o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente¹¹⁰⁶. Aunque la Ley no atiende expresamente a la situación de la pareja de hecho que en el momento de fallecer el causante debía reputarse extinta por cualquiera de las causas previstas en el artículo 18 LRPH, debemos entender que tampoco en este supuesto surge el derecho de habitación (ni la legítima usufructuaria).

3.2.3. Carácter conmutable del derecho de habitación

La LDCV no contempla la posibilidad de conmutación del derecho de habitación, como se deduce no sólo del silencio de los artículos 54 y 55 LDCV (y de la aplicación supletoria de los arts. 529 y 513 CC), sino también del hecho de que su conmutación no está prevista en los artículos 53 y 70.6 LDCV, que regulan la conmutación del usufructo legitimario¹¹⁰⁷. Aunque es ciertamente acertado que este derecho no pueda ser conmutado a instancia de los sujetos a los que grava, cabe preguntarse, sin embargo, si no hubiera sido más acertado facultar al supérstite para instar la conmutación de este derecho, en caso de que sus necesidades residenciales se vean mejor satisfechas por otros medios.

¹¹⁰⁶ En relación a la condición de no hallarse separado “por mutuo acuerdo que conste fehacientemente”, ver las apreciaciones que se hicieron con respecto a la legítima usufructuaria en el epígrafe 3.1.2 de este Capítulo.

¹¹⁰⁷ *Vid* GALICIA AIZPURUA, Gorka, “La nueva legítima vasca...”, op. cit., p. 105; FERNANDEZ de BILBAO, Jesús, “El derecho de habitación...”, op. cit., p. 481; URRUTIA BADIOLA, Andrés, “Habitación, familia...”, op. cit., p. 232.

3.2.4. Extinción del derecho de habitación

Al igual que sucedía con los supuestos de nacimiento de los derechos forzosos del cónyuge o pareja superviviente, el artículo 55 LDCV también regula las causas de extinción de ambos derechos, el de habitación y el usufructo legitimario. Sirven aquí igualmente, por lo tanto, las observaciones que hicimos en relación a la extinción de la legítima usufructuaria por hacer el cónyuge viudo “vida marital” o hallarse el miembro superviviente de la pareja de hecho ligado con otra persona por una relación afectivo-sexual¹¹⁰⁸.

El artículo 54 LDCV, por su parte, se ocupa exclusivamente del derecho de habitación y añade una causa de extinción que no se contempla para la legítima usufructuaria: tener un hijo no matrimonial¹¹⁰⁹. Esta causa de extinción del derecho de habitación tiene difícil encaje con el principio de protección de la familia del artículo 39 CE y resulta extraño verla incluida en este precepto, cuando el legislador la ha eliminado de las causas de extinción del derecho al usufructo legitimario que contemplaba la LDCF¹¹¹⁰. Como apunta GALICIA AIZPURUA, esta referencia parece totalmente equivocada y atentatoria del principio de dignidad y libre desarrollo de la personalidad *ex* artículo 10 CE¹¹¹¹.

3.2.5. Derecho de habitación y troncalidad

En aquellos casos en los que el causante ostente la vecindad local vizcaína y la vivienda esté situada en territorio aforado, ésta puede ostentar la cualidad de bien

¹¹⁰⁸ Ver epígrafe 3.1.4. de este Capítulo.

¹¹⁰⁹ El artículo 54 LDCV dispone que “el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, además de su legítima, tendrá un derecho de habitación en la vivienda conyugal o de la pareja de hecho, mientras se mantenga en estado de viudedad, no haga vida marital ni tenga un hijo no matrimonial, o no constituya una nueva pareja de hecho.”

¹¹¹⁰ El derogado artículo 59 LDCF disponía que “el derecho de usufructo del cónyuge viudo se extinguirá en el caso de ulteriores nupcias o de unión marital de hecho, o de que tuviere durante el matrimonio, o con posterioridad al mismo, un hijo no matrimonial, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa.”

¹¹¹¹ GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Limitaciones a la libertad...”, *op. cit.*, p. 397.

troncal¹¹¹². Es importante remarcar, a este respecto, que, tal y como se establece en el artículo 63.2 LDCV, los bienes raíces solamente son troncales si existen parientes tronqueros, en ausencia de los cuales el bien será de libre disposición. En relación con la vivienda familiar, resulta de particular interés el artículo 63.3 LDCV, que introduce un importante cambio con respecto a la legislación anterior, al disponer que no se hacen troncales los bienes adquiridos de quien no sea pariente tronquero, mientras no se transmitan a un descendiente¹¹¹³. Este precepto limita de modo significativo el ámbito de aplicación de la institución troncal ya que, por ejemplo, en el caso de la vivienda, cuando ésta haya sido adquirida a un extraño por el causante (ya sea de forma individual o conjuntamente con su cónyuge o pareja), la vivienda no tendrá carácter troncal hasta que haya sido transmitida a sus descendientes¹¹¹⁴.

La LDCV guarda silencio acerca de si el derecho de habitación puede o no gravitar sobre una vivienda familiar que ostente naturaleza troncal, pero tal y como señala GALICIA AIZPURUA, la respuesta debe ser afirmativa, habida cuenta lo dispuesto en el artículo 70.5 LDCV (“la legítima del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho se pagará con bienes no troncales, y solamente cuando éstos no existan, podrá acudir a los troncales en la cuantía que sea necesaria”)¹¹¹⁵.

¹¹¹² De acuerdo con el artículo 63.1 LDCV “el parentesco troncal se determina siempre con relación a un bien raíz sito en el infanzonado o tierra llana de Bizkaia o en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio.”

¹¹¹³ El artículo 63.3 LDCV establece que “los bienes adquiridos de quien no fuese pariente tronquero, aunque hayan pertenecido anteriormente a alguno de ellos, no se hacen troncales mientras no se transmitan a un descendiente.”

¹¹¹⁴ Sobre la importante modificación introducida por el artículo 63.3 LDCV, y sobre la troncalidad en general, ver GALICIA AIZPURUA, Gorka, “La vinculación de los bienes a la familia: la troncalidad”, en *Manual de Derecho civil vasco*, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 207-223. En concreto, el autor ofrece el siguiente ejemplo para ilustrar el impacto del mencionado cambio: “así, por ejemplo, el caserío que el causante recibió mediante herencia del abuelo paterno (primer poseedor) tiene la condición de troncal para sus hijos (línea recta descendente), para su progenitor (línea recta ascendente) y para sus hermanos, tíos y primos que lo sean por parte de padre (línea colateral). Sin embargo, no lo tiene para su madre, ni para los parientes de esta, ni para los hermanos del abuelo paterno. Del mismo modo, el caserío que el causante recibió al suceder a su hermano de doble vínculo no tendrá carácter troncal si este fue su primer poseedor, pero sí cuando lo obtuvo, a su vez, al heredar al padre de ambos, adquirente originario del bien: quedará vinculada para los hijos del causante (línea recta descendente) y para sus restantes hermanos y sobrinos que lo sean por parte de padre (línea colateral). No así para los que lo sean por el lado materno, ni para el abuelo paterno (si viviera) o los hermanos del progenitor.” (p. 217)

¹¹¹⁵ GALICIA AIZPURUA, Gorka, “La nueva legítima vasca...”, op. cit., p. 106.

Respecto a la conmutabilidad del derecho de habitación que recaiga sobre la vivienda familiar de carácter troncal, a diferencia del criterio general de no conmutabilidad de este derecho al que aludíamos en una sección anterior, parece que será de aplicación la facultad otorgada a los parientes tronqueros en el artículo 70.6 LDCV para conmutar el derecho del viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho¹¹¹⁶. Recordemos, sin embargo, que esta facultad quedará excluida cuando el causante haya dejado al supérstite el usufructo universal del caudal, ya que este derecho no es conmutable.

3.2.6. Derecho de habitación y derecho a permanecer en el caserío

Como veremos con más detenimiento en la sección dedicada al régimen económico de comunicación foral de bienes, el artículo 146-a LDCV, reiterando un derecho histórico reconocido al viudo desde el Fuero Nuevo, prevé un derecho limitado de habitación para el caso de disolución de la comunicación foral por fallecimiento de uno de los cónyuges sin dejar hijos o descendientes. En concreto, el precepto establece que “el cónyuge viudo que hubiera venido al caserío del premuerto tendrá, mientras se conserve en tal estado, el derecho de continuar en él durante un año y día, sin perjuicio de los demás derechos que le correspondan por disposición legal o voluntaria”.

Al igual que el derecho de habitación previsto en el artículo 54 LDCV, también éste derecho habitacional tiene como fin ofrecer al viudo advenedizo la posibilidad de permanecer en el caserío (o vivienda familiar), para evitar que la pérdida de su consorte suponga también la pérdida de su vivienda, ofreciéndole así un (breve) período de estabilidad.

El artículo 146-a LDCV matiza que el viudo tiene derecho a permanecer en el caserío “sin perjuicio de los demás derechos que le correspondan por disposición legal o voluntaria”, por lo que se entiende que es un *plus* añadido a los derechos sucesorios

¹¹¹⁶ GALICIA AIZPURUA, Gorka, “La nueva legítima vasca...”, op. cit., p. 106; URRUTIA BADIOLA, Andrés, “Habitación, familia...”, op. cit., pp. 246-247.

forzosos del cónyuge viudo, incluido obviamente, el derecho de habitación en la vivienda familiar. En caso de concurrir estos dos derechos, entendemos que el derecho a continuar en la vivienda familiar durante un año y un día, queda subsumido en el derecho de habitación del artículo 54 LDCV. Sin embargo, no pierde su valor, ya que, al no ser un derecho propiamente sucesorio, el derecho de habitación del artículo 146 LDCV no está subordinado a la facultad de conmutación prevista para la legítima viudal recayente sobre bienes troncales¹¹¹⁷.

4. LA SUCESIÓN VOLUNTARIA

En el Derecho civil vasco la sucesión se defiende por testamento, por pacto sucesorio o, en defecto de ambos, por disposición de la ley, pudiendo disponerse de los bienes en parte por testamento o en parte por pacto sucesorio (art. 18.1 LDCV). En sede de sucesión voluntaria, el testamento no revoca el pacto sucesorio, pero éste deja sin valor el testamento que lo contradiga (art. 18.2 LDCV).

El causante que así lo desee, ya sea mediante pacto sucesorio o testamento, puede favorecer a su cónyuge o pareja mejorando su posición sucesoria legal de forma sustancial. La derogada Ley 3/1992 inició una tendencia a favor de ampliar la protección del supérstite, reforzando sus derechos en la sucesión, tanto testada como intestada, que se ha mantenido en la Ley 5/2015. Nada impide al causante instituir a su cónyuge o pareja heredero universal, disponer a su favor de la parte de libre disposición u otorgarle un legado de usufructo universal sobre la totalidad del caudal relicto. Además, el causante que así lo desee puede asegurar para su consorte una posición preeminente y privilegiada en su sucesión mediante su designación como comisario.

¹¹¹⁷ GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Legítima y troncalidad*, op. cit., p. 369. Tal y como señala el autor, el derecho previsto en el artículo 146 LDCV no es un derecho propiamente sucesorio, sino que proviene del régimen económico del matrimonio, concediéndose únicamente a aquellos cónyuges sometidos al régimen de comunicación foral y desaparece en caso de contraer el viudo ulteriores nupcias. En esta misma línea, añade GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "La posición del viudo...", op. cit., p. 280, que la compatibilidad de los beneficios tradicionales previstos para el caso de liquidación de la comunidad no consolidada con el nuevo legado de habitación sobre la vivienda habitual del artículo 54 LDCV, pone de manifiesto "una mayor consideración al régimen de vida del beneficiario de estos otros derechos (sólo se le retira el beneficio residencial si abandona la viudedad, sin tomarle en cuenta las otras conductas "desleales" acumuladas a propósito del derecho de habitación)."

En sede testamentaria, un instrumento al que, tradicionalmente, los cónyuges aforados vizcaínos, guipuzcoanos y alaveses han tenido acceso para ordenar su sucesión de forma conjunta, es el testamento mancomunado¹¹¹⁸. La LDCV ha ampliado a todo el territorio de la CAV la posibilidad de testar “en común”, contemplando la legalidad del testamento por el que dos personas ordenan, en un único instrumento y para después de su muerte, el destino de todos o parte de sus bienes (arts. 24 y 25 LDCV)¹¹¹⁹. En la ahora derogada LDCF, el uso del testamento mancomunado estaba reservado a los cónyuges (arts. 49 y 172 LDCF)¹¹²⁰, pero la Ley 5/2015 prescinde del requisito de parentesco siendo ahora posible testar en común para todos aquellos que lo deseen (siempre que ostenten vecindad común vasca o su ley personal no se lo prohíba¹¹²¹). No obstante lo deseable de esta

¹¹¹⁸ Sobre el testamento mancomunado en general, ver BARRUTABEÑA ZENEKORTA, Maite, *El testamento mancomunado o de hermandad en el Derecho civil del País Vasco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

¹¹¹⁹ Tal y como señala CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., pp. 202-210, la legislación foral de Bizkaia admitió siempre la posibilidad de que los cónyuges otorgasen testamento en común. Tanto el Fuero Viejo como el Fuero Nuevo lo contemplaban y, aunque la Compilación de 1959 omitió el testamento mancomunado por considerarlo una institución que “no responde a los principios inspiradores del Fuero”, se preservó en la práctica notarial. La LDCF restableció la legalidad anterior a la Compilación, admitiendo el testamento mancomunado, pero solamente entre cónyuges. Matiza GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “Sucesión testamentaria en el País Vasco” en *Manual de Derecho civil vasco*, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016, p. 323, que “debido al silenciamiento de la Compilación, la recuperación de la testamentifacción conjunta por parte de la Bizkaia aforada (incluido Llodio y Aramaio) ha de esperar a la promulgación de la Ley 3/1992, cuando ese dispositivo sucesorio se ofrece asimismo a los vizcaínos no infanzones (art. 13 LDCF), mientras que los ayaleses mantuvieron consuetudinariamente expedito dicho cauce como proyección formal y corolario implícito de su irrestricta libertad dispositiva. Gipuzkoa, en fin, lo recupera a través de la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa.”

¹¹²⁰ A partir de la LRPV de 2003, también aplicable a las parejas de hecho registradas (art. 9 LRPV).

¹¹²¹ El artículo 24 LDCV dispone en su apartado tercero que “quienes ostenten vecindad civil en el País Vasco pueden testar de mancomún aun fuera de esta Comunidad Autónoma” y en su apartado cuarto, que “también podrán testar mancomunadamente, dentro o fuera de su comunidad autónoma, en unión con otro causante cuya ley personal no le prohíba hacerlo en mancomún”. Y es que debemos recordar que el Código civil en su artículo 669, prohíbe expresamente el testamento mancomunado por ser contrario al carácter personalísimo y unipersonal del testamento, entendiéndose que éste debe de ser realizado por una sola persona, para asegurar la libre formación de la voluntad testamentaria que, además, debe de ser libremente revocable. *Vid* TENA PIAZUELO, Isaac, “De la sucesión por testamento mancomunado o de hermandad (artículos 24-29)”, en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*, Andrés María Urrutia Badiola, Óscar Monje Balmaseda, Francisco Lledó Yagüe (Dirs.), Zuzenbidearen Euskal Akademia = Academia Vasca de Derecho, Madrid, 2020, pp. 282-283.

ampliación¹¹²², en lo que a nosotros nos interesa, el testamento mancomunado permite a los cónyuges o miembros de la pareja de hecho hacer valer su comunidad de vida y de voluntades para después de la muerte¹¹²³. Sin embargo, la práctica notarial refiere un escaso uso de esta alternativa al testamento unipersonal que, según el artículo 24.6 LDCV, debe de ser otorgado ante notario, aunque parece que su utilidad podría verse ampliada a consecuencia de la supresión de los ascendientes como legitimarios, en aquellos casos en los que no haya hijos o descendientes, optando los cónyuges por una sucesión mancomunada con disposiciones de carácter mutuo¹¹²⁴.

Dos figuras que sí han sido muy utilizadas por el causante aforado para afianzar y reforzar la posición de su cónyuge y cuyo uso se amplía ahora a todos los causantes

¹¹²² Esta ampliación ya se proponía en las Bases redactadas por ASUA GONZÁLEZ, Clara Isabel; GALICIA AIZPURUA, Gorka; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; HUALDE SANCHEZ, José Javier; IMAZ ZUBIAUR, Leire, *Estudio sobre Derecho Sucesorio Vasco...*, op. cit., p. 13, señalando que “tan pronto como se concede que este peculiar cauce dispositivo [el testamento mancomunado] entronca directamente con el principio de libertad civil –como así lo proclama la propia Exposición de Motivos de la Ley 3/1992- y con el valor intrínseco en el ofrecimiento de una pluralidad de alternativas instrumentales (que cada vez gana más adeptos incluso en el terreno del Código civil), nada impide reconocer abiertamente que es la conjunción formal el carácter definitorio del testamento mancomunado, o sea, la expresión *mere simultanea* de dos voluntades en un mismo instrumento”. Y añade que “para ser mancomunado, el testamento plural no precisa ningún contenido específico; y para justificar su regulación o su otorgamiento, es ya inútil insistir en que el testamento verdaderamente mancomunado es el que se integra por liberalidades recíprocas u otro tipo de disposiciones expresivas de la comunión entre los otorgantes, hasta ahora necesariamente cónyuges o miembros de una pareja inscrita como tal. Una vez normalizada la institución y abierta a testadores exentos de vínculo, convivencia o parentesco, la testamentifacción mancomunada aparece sencillamente como desarrollo natural del principio de libertad civil en el ámbito de la ordenación *mortis causa*.”

¹¹²³ GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “Sucesión testamentaria...”, op. cit., p. 325.

¹¹²⁴ Ver, en este sentido, el estudio sobre la práctica notarial en el País Vasco en materia sucesoria a la entrada en vigor de la Ley 5/2015 en URRUTIA BADIOLA, Andrés “La sucesión *mortis causa* en general en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco y los testamentos en particular”, en *El Derecho civil vasco del siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Colección informes y documentos, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 328-334. Tras reseñar la escasísima utilización del testamento mancomunado en Bizkaia, Gipuzkoa y Araba en el período entre 2010 y 2013, el notario observa que la sucesión por testamento mancomunado en el País Vasco carece del arraigo que tiene en otros territorios como Navarra y Aragón, pero opina que puede ser un elemento a tener en cuenta, si no con carácter masivo, ‘si en determinados casos en los que la situación familiar lleve a recomendar su utilización (p. 335). Añade el notario que, en el supuesto de ausencia de descendientes, “es previsible que las disposiciones de designación de heredero mutuo entre ambos sea lo más frecuente e incluso objeto de una sucesión mancomunada con disposiciones de carácter mutuo, todo ello modulado, en su caso, por las sustituciones que consideren convenientes, sin descartar la posibilidad de un pacto sucesorio entre ambos a favor del sobreviviente y con las ya mencionadas sustituciones.” (p. 336)

vascos, no sólo en relación a sus cónyuges, sino también a sus parejas de hecho, son el legado de usufructo universal y la sucesión por comisario.

4.1.1. Legado de usufructo universal

El artículo 57 LDCV ofrece al causante la posibilidad de afianzar la posición sucesoria de su cónyuge o pareja, otorgándole, si así lo desea, un derecho de usufructo universal sobre todos sus bienes.

Esta disposición encuentra su precedente en el Fuero vizcaíno (art. 61 LDCF) que puso fin a las dudas que hubieran podido existir hasta entonces sobre la legalidad de un usufructo vidual universal, más allá del usufructo conferido al cónyuge designado comisario¹¹²⁵. El legislador de 1992 optó por una fórmula amplia de atribución del legado de usufructo universal¹¹²⁶, independiente de cualquier poder testatorio, señalando de forma expresa que su disposición a favor del supérstite no afecta a la intangibilidad de la legítima o de los bienes troncales¹¹²⁷. El precepto fue bien recibido por la doctrina, ya que ofrecía respuesta a la demanda social que venían refiriendo los notarios con respecto a la recurrente voluntad del causante medio que, estando casado, desea instituir herederos universales a sus hijos, pero dejando reforzada la posición de su consorte mediante un legado de usufructo universal sobre todo el patrimonio hereditario¹¹²⁸. Este deseo, a falta de un precepto

¹¹²⁵ Apunta CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código...*, op. cit., p. 261, que, a pesar de que existía una arraigada costumbre en Bizkaia de reconocer el usufructo universal al viudo comisario, la Compilación de 1959 no la recogió. Sin embargo, la Ley 3/1992, no sólo reconoció el derecho del viudo comisario a usufructuar el caudal mientras no hiciera uso del poder testatorio (art. 105 LDCF), sino que también introdujo la posibilidad, totalmente independiente de la fiducia sucesoria, de que los cónyuges se otorgasen un legado de usufructo universal.

¹¹²⁶ En relación a la naturaleza jurídica de “legado” del usufructo universal, ver MARTÍNEZ de BEDOYA BUXENS, Covadonga, *La situación del cónyuge...*, op. cit., pp. 366-372.

¹¹²⁷ LLEDÓ YAGÚE, Francisco, “De las limitaciones...”, op. cit., p. 509. Tal y como señala MARTÍNEZ de BEDOYA BUXENS, Covadonga, *La situación del cónyuge...*, op. cit., p. 369, era necesario hacer esta precisión sobre la intangibilidad de la legítima, porque, a pesar de que en el Código civil, de aplicación supletoria para la legislación foral (y, hoy en día, también para la nueva ley vasca), se hace la misma matización en el artículo 813 en relación al legado de usufructo vidual cuando grava la legítima, esta salvedad no abarca al usufructo universal por vía de legado, no contemplado en el Código civil, por lo que era necesario que el legislador vasco salvara la incompatibilidad de forma expresa.

¹¹²⁸ Señala esta tendencia REVOLLEDO VARELA, Ángel Luis, “La actualización del derecho...”, op. cit., pp. 31-33; en el mismo sentido escribía ya en 1991 RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La herencia de los viudos...*, op. cit., p. 10, apuntando que estaba demostrado estadísticamente, mediante encuestas

como el previsto en el artículo 61 LDCF (actualmente art. 57 LDCV), resulta incompatible con el sistema de legítimas y da lugar a un conflicto entre el derecho legitimario de los hijos y la voluntad del testador de mejorar la posición sucesoria de su cónyuge. En un régimen sucesorio como el del Código civil, en el que la ampliación del usufructo viudal a la totalidad de los bienes relictos lesiona la intangibilidad cualitativa de la legítima, el vehículo utilizado para ampliar la atribución del viudo han sido las cláusulas de opción compensatoria de la legítima conocidas como cautela *socini*¹¹²⁹. Como ya vimos, estas cautelas de opción compensatoria nacen de la práctica jurídica y notarial con el fin de dar cauce a la voluntad del testador de favorecer a su cónyuge más allá de lo que estrictamente le permite la ley, pero sin llegar a vulnerar los derechos de los legitimarios. Así, por medio de la cautela *socini* el testador establece un gravamen sobre la legítima, disponiendo que, si el legitimario no lo acepta, su porción en la herencia quedará reducida a la legítima estricta; mientras que, si acepta el gravamen, su porción se verá incrementada más allá de lo que por ley le corresponde¹¹³⁰. El Código civil recoge en su artículo 820.3 una modalidad de esta cautela que permite al testador disponer a favor de su cónyuge (u otra persona) un usufructo que puede llegar a ser universal, pero estableciendo que, si dicho usufructo grava la legítima, los legitimarios podrán elegir entre aceptar el gravamen o entregar al viudo la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador¹¹³¹. El objetivo del precepto es ofrecer al causante una posible vía para favorecer a su consorte, pero, aunque bienvenida, la vía diseñada por el legislador es insuficiente, ya que su efectividad queda en manos de los legitimarios, que son los que podrán elegir entre

llevadas a cabo por BORRACHERO y VALLET de GOYTISOLO, que alrededor del 90 por 100 de los testamentos otorgados por personas casadas con descendientes contienen un usufructo universal a favor del cónyuge sobreviviente, con la simultánea atribución de la nuda propiedad de todo el patrimonio relicto a los descendientes”. Más recientemente, y para el País Vasco, la misma evidencia es constatada por URRUTIA BADIOLA, Andrés “La sucesión *mortis causa...*”, op. cit., p. 335, que observa que “la voluntad de ambos cónyuges o miembros de la pareja de hecho suele traducirse normalmente en el otorgamiento de un testamento con cautela *socini*, en el que se establece como alternativa para el sobreviviente la elección entre el usufructo universal o la parte de libre disposición en pleno dominio y el usufructo del tercio destinado a mejora.”

¹¹²⁹ Ver, a este respecto, el epígrafe 4.1 del Capítulo segundo.

¹¹³⁰ Es, precisamente, la capacidad de opción del legitimario lo que da validez a estas cláusulas. Entre otras, ver STS de 10 de junio de 2014 (RJ 2014, 6242).

¹¹³¹ En el caso del viudo, si los herederos no aceptaran el gravamen del usufructo universal, el viudo recibirá la parte de libre disposición en plena propiedad, además del usufructo sobre el tercio de mejora que le corresponde por ley.

aceptar el gravamen que supone el usufructo o rechazarlo conforme a la intangibilidad de la legítima ex artículo 813 CC.

El legislador vasco ha optado por una solución más contundente, que respeta la voluntad del causante y refuerza la posición del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho de forma incondicionada ya que, de acuerdo con el artículo 56.2 LDCV, el usufructo voluntario universal, al igual que el usufructo legitimario, no afectarán a la intangibilidad de la legítima de los descendientes.

La extensión de la protección que el testador puede diseñar para su cónyuge o pareja está cerca de ser absoluta. Si lo dispone “de forma expresa”, el *de cuius* puede favorecer al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho con el legado de usufructo universal y, además, con la parte de libre disposición en plena propiedad. Es decir, el supérstite puede llegar a recibir dos tercios de la herencia en plena propiedad y un derecho de usufructo sobre el tercio de legítima de los descendientes, teniendo éstos que esperar hasta la muerte del supérstite para lograr el dominio pleno sobre su porción legitimaria. Esta posibilidad de reforzar la situación *post mortem* del viudo o pareja superviviente de un modo tan amplio responde a un cambio introducido –en mi opinión acertadamente– por la Ley 5/2015, ya que su predecesora promulgaba la incompatibilidad del legado de la parte de libre disposición y el usufructo universal, añadiendo que, si el testador otorgaba ambos de modo alternativo, la elección correspondería al cónyuge viudo (art. 61 LDCF)¹¹³². El artículo 57 LDCV mantiene el derecho de elección del cónyuge o pareja supérstite en caso de que el testador dispusiera ambos legados de modo alternativo¹¹³³, pero no prohíbe su acumulación siempre que el causante la

¹¹³² De acuerdo con la doctrina, la razón por la que el legislador establecía esta incompatibilidad era impedir un incremento excesivo de los poderes viduales, *vid.* CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código...*, op. cit., p. 262. En el mismo sentido afirma MARTÍNEZ de BEDOYA BUXENS, Covadonga, *La situación del cónyuge viudo...*, op. cit., p. 362, que “no se puede favorecer al cónyuge con el usufructo universal y además con la parte de libre disposición en propiedad, al considerarse por el legislador excesivo.”

¹¹³³ Entendemos que, en este supuesto, en caso de que el supérstite optara por el legado de libre disposición rechazando el legado de usufructo universal, habrá que imputar el pago del usufructo legitimario a la parte de libre disposición y, de no ser suficiente para satisfacer la legítima del supérstite, tendrá éste derecho a completar lo que le falte con bienes adjudicados al tercio de legítima de los descendientes.

establezca de forma expresa, lo que supone un impulso importante a la capacidad del causante de blindar la posición sucesoria de su cónyuge o pareja cuando esa sea su voluntad¹¹³⁴.

Otra característica que configura el usufructo universal como una importante medida protectora de la posición sucesoria del supérstite es que, a diferencia del usufructo legitimario, las personas gravadas por él no pueden exigir su conmutación, ni siquiera cuando recae sobre bienes troncales. Los descendientes tienen que soportar el gravamen sobre su legítima, a menos que el propio supérstite acceda a conmutarlo. Esto es importante, ya que como observábamos en relación a la legítima viudal en el contexto del Código civil (aplicable igualmente a la legítima vasca), lo cierto es que la facultad de conmutar está concebida como una medida protectora de los herederos, nudos propietarios, para que puedan liberarse de la carga del usufructo, y no como medida protectora de los derechos del cónyuge viudo o, en su caso, la pareja superviviente.

En relación a su duración, el cónyuge o pareja superviviente podrá disfrutar del usufructo universal de forma vitalicia, siempre que no se extinga por las causas previstas en la ley que, al igual que en el caso del usufructo legitimario, se darán si el cónyuge viudo hace “vida marital” o el miembro superviviente de la pareja de hecho comienza una relación afectivo-sexual con otra persona (arts. 57 y 55 LDCV).

Ciertamente, el legado de usufructo universal supone un importante reforzamiento de la posición del cónyuge o pareja superviviente dentro de la familia, ampliando los derechos que, en cualquier caso, le corresponden por ley: el usufructo legitimario y el derecho a continuar habitando en la vivienda familiar. Antes de que la Ley 5/2015 reconociera el derecho de habitación al cónyuge o pareja supérstite, una de las principales motivaciones de los cónyuges al disponer el legado de usufructo universal, generalmente de forma recíproca y a menudo acompañado también de la

¹¹³⁴ Tal y como señala GALICIA AIZPURUA, Gorka, “La nueva legítima vasca...”, op. cit., p. 113, “como la incompatibilidad se establece *salvo disposición expresa del causante* en sentido contrario, queda a su decisión el que el supérstite pueda acumular en sus manos la parte libre en propiedad y el resto del caudal en usufructo (gravitante, claro está, sobre la legítima de descendientes)”.

designación del cónyuge como comisario, era asegurar que, tras el fallecimiento de uno de ellos, el otro pudiera seguir habitando en la vivienda familiar. La preocupación habitacional queda ahora cubierta *ope legis* por el derecho previsto en el artículo 54 LDCV, lo que no resta utilidad ni relevancia al usufructo universal que, añadido a los derechos legitimarios del supérstite, puede suponer una mejora considerable de su estatus sucesorio. Más aún si, como veremos a continuación, va acompañado de un poder testatorio a su favor.

4.1.2. El cónyuge o pareja comisario¹¹³⁵

Dentro del entramado de instituciones sucesorias características del Derecho foral vizcaíno, ha existido siempre la posibilidad de que los cónyuges se designaran mutuamente comisario, autorizándose el uno al otro para que el supérstite pudiera ordenar la sucesión del premuerto¹¹³⁶. Tradicionalmente, este nombramiento

¹¹³⁵ Analizamos en esta sección la ordenación por comisario principalmente en lo que resulta relevante como instrumento para reforzar o afianzar la posición sucesoria del cónyuge viudo o pareja superviviente. Para un análisis más completo de la institución, ver ASUA GONZÁLEZ, Clara, *Designación de sucesor a través de tercero*, Tecnos, Madrid, 1992; “Dos temas de reflexión en torno al testamento por comisario de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco”, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 887-902; “Las formas de designar sucesor en bienes. El artículo 27 de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco”, *Revista jurídica de Navarra*, núm. 22, 1996, pp. 209-222; “La ordenación por comisario” en *Manual de Derecho civil vasco*, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 361-381; ASUA GONZÁLEZ, Clara Isabel y GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “Fiducia sucesoria en el País Vasco”, en M^a Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I, Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menro, 2016, pp. 939-1000; CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., pp. 161-202; URRUTIA BADIOLA, Andrés María, “De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)”, *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*, Andrés María Urrutia Badiola, Óscar Monje Balmaseda, Francisco Lledó Yagüe (Dir.), Zuzenbidearen Euskal Akademia = Academia Vasca de Derecho, Madrid, 2020, pp. 333-449.

¹¹³⁶ El Fuero Viejo de Bizkaia ya regulaba en el Capítulo 127 el “testamento fecho por poder”, afirmando que las disposiciones hechas por esta vía tenían tanto valor como si el testador mismo las hubiese hecho u ordenado en vida. Ya entonces se reconocía que el uso más común era entre cónyuges, pero se admitía el nombramiento a favor de otros parientes o amigos. El Fuero Nuevo recogió la institución en la Ley III del Título XXI, reiterando la posibilidad de delegar la ordenación sucesoria a un tercero que podía ser el cónyuge, pero también un extraño. La Compilación de 1959 la contempló en sus artículos 15 a 20, como más tarde también lo hizo la LDCF de 1992, en los artículos 32 a 48 para Bizkaia, Llodio y Aramaio (incluida la Bizkaia no aforada por virtud del artículo 13 LDCF), y, en los artículos 164 a 171 para Gipuzkoa. Otros ordenamientos también recogieron y recogen la posibilidad de ordenar la sucesión mediante un tercero, tal y como apunta GALICIA AIZPURUA, Gorka, “El testamento por comisario”, Auñamendi Eusko Enziklopedia, <https://aunamendi.eusko-ikaskuntza.eus/es/testamento-por-comisario/ar-150194/>: “el ordenamiento vizcaíno no es el único que conoce una institución de este tipo, pues, aunque con diferencias de regulación y alcance diverso, viene contemplada igualmente en el Derecho ayalés con la denominación de “usufructo poderoso” (arts. 140 a 145 LDCF); en el guipuzcoano, donde se

recíproco se hacía en capitulaciones matrimoniales o en testamento mancomunado que, a menudo, también incluía un derecho de usufructo universal a favor del supérstite. Su función era aplazar la designación de sucesor a un momento, posterior a la muerte del causante, más adecuado para determinar qué heredero sería el idóneo para regir la casa familiar. Se aseguraba así el objetivo principal de mantener el patrimonio familiar indiviso, al tiempo que se reforzaba de modo sustancial la posición del viudo dentro de la familia otorgándole facultades de administración, disposición y goce sobre los bienes hereditarios¹¹³⁷. Aunque en un contexto familiar y patrimonial muy distinto al que existía en los orígenes de la institución, la ordenación por comisario no sólo se ha mantenido en la Ley 5/2015, sino que su uso se ha extendido a todo causante que ostente la vecindad civil vasca (arts. 30 a 46 LDCV y arts. 91 a 95 LDCV en Ayala)¹¹³⁸.

disciplina bajo el rótulo "*De la ordenación por comisario*" (arts. 164 a 171 LDCF, que conforman el capítulo II, título III de su tercer libro); y en el navarro, en el que se regulan dos variantes de la figura: los fiduciarios-comisarios (leyes 151 y 281 a 288 del Fuero Nuevo -en adelante, FN-) y los herederos de confianza (leyes 151 y 289 a 295). Además, es conocida en otros Derechos civiles autonómicos, como el aragonés (arts. 124 a 148 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte), el catalán (arts. 424-1 a 424-15 del libro IV del Código civil de Cataluña -aprobado mediante Ley 10/2008, de 10 de julio-), el gallego (arts. 196 a 202 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, del Derecho civil de Galicia) y el balear (arts. 18 a 23 y 71 de la Compilación del Derecho civil de las Illes Balears)."

¹¹³⁷ CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 163, nos recordaba las palabras de ROCA SASTRE sobre la función de la ordenación por comisario: "cuando el padre o la madre, titulares del patrimonio, fallecen dejando hijos de corta edad, se evita que el título de heredero único recaiga ciegamente en un hijo que no se sabe si tendrá la idoneidad suficiente para regir la casa. Por ello, se faculta al cónyuge para que en su día elija y, en defecto de cónyuge, dicha facultad se concede a los parientes más próximos". CELAYA afirma que ese fue, también, el razonamiento del Fuero de Bizkaia, afirmando que la institución mantiene su relevancia hoy en día "aunque no exista la necesidad de conservar la casa familiar, pues nunca puede el testador acomodar sus disposiciones a una situación futura que se producirá en el momento de su fallecimiento y en circunstancias que no puede adivinar. El poder testatorio es un recurso al que muchas personas acuden, sobre todo cuando se da entre cónyuges." En el mismo sentido subraya URRUTIA BADIOLA, Andrés, "De la institución por comisario...", op. cit., p. 339, los cambios en la composición de los patrimonios sucesorios y el necesario tránsito del *alkarpoderoso* foral clásico a una *sucesión por comisario*, "que hoy acoge y recoge el Derecho civil vasco como uno de los elementos capitales de su regulación (...). Este tránsito es el que hoy encarrila la LDCV y tiene su reflejo fundamental en la introducción de nuevos rasgos que configuran un Derecho civil vasco adaptado a las necesidades del país, con una mutación de esta institución que pasa de tener por objeto la transmisión del caserío a ser una institución apta y útil para la transmisión de la pequeña y mediana empresa o de los patrimonios familiares, junto con instituciones como la libertad de testar o los pactos sucesorios, muy adecuados a la estructura económica del País Vasco."

¹¹³⁸ Hasta la entrada en vigor de la LDCV, el causante podía ordenar su sucesión por comisario en Bizkaia (tanto los aforados como los no aforados) y en Gipuzkoa si se trataba de la transmisión del caserío; en Araba, el causante ayalés podía constituir un usufructo poderoso que otorgaba al usufructuario facultades dispositivas. Tal y como explican ASUA GONZÁLEZ, Clara Isabel y GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Fiducia sucesoria en el País Vasco", en M^a Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith

La sucesión por comisario está basada en el principio de la delegabilidad de la voluntad *mortis causa* del testador y se presenta, por tanto, radicalmente opuesta al principio personalista proclamado en el Código civil, según el cual el contenido de la sucesión debe venir determinado únicamente por la voluntad del causante (personalismo material) que, además, es el único que puede manifestarla (personalismo formal)¹¹³⁹. A esto se refiere el artículo 670 del Código civil cuando dice que el testamento es un acto personalísimo, cuya formación no puede dejarse, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Es cierto, no obstante, que el propio Código contempla una importante excepción a esta prohibición en su artículo 831, en el que regula la posibilidad de delegar la facultad de mejorar en el cónyuge viudo o persona con quien el causante tenga descendencia común, independientemente de si existe o no relación de pareja. La sustancial reforma que la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, introdujo en este precepto es indicativa de una clara tendencia favorable en el Derecho civil común a impulsar esta fiducia sucesoria, con una ampliación significativa de las facultades del fiduciario que ahora incluye no sólo al cónyuge, sino también al coprogenitor¹¹⁴⁰.

Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I, Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menro, 2016, p. 941, a diferencia de lo que sucedió en Bizkaia, Llodio y Aramaio, en Gipuzkoa la posibilidad de ordenación por comisario se introdujo por la Ley 3/1999, de 16 de noviembre, de modificación de la Ley 3/1992 del Derecho civil foral del País Vasco, y su aplicación se limitó a la transmisión del caserío, pudiéndose designar comisario solamente al cónyuge o pareja de hecho, y solo cuando hubiera sucesores forzosos o el causante hubiera señalado el grupo de personas entre las que debía designarse sucesor. En cuando a Araba, mientras el Código civil prohibía la institución, en el valle de Ayala siempre fue posible que el causante, en ejercicio de la libertad de disposición irrestricta característica de este territorio, pudiera delegar en un tercero la ordenación de su sucesión mediante la atribución del “usufructo poderoso” que otorgaba (y otorga) todas las facultades propias del usufructo, así como la facultad de disponer de los bienes hereditarios en favor de los hijos o descendientes del causante y otras personas señaladas expresamente por el mismo.

¹¹³⁹ En relación al principio del personalismo en la ordenación de la sucesión y sus vertientes material y formal, ver ASUA GONZÁLEZ, Clara, “Dos temas de reflexión...”, op. cit., pp. 888-889.

¹¹⁴⁰ Esta ampliación de la fiducia vidual del artículo 831 CC del cónyuge viudo al coprogenitor, confirma la apreciación que años antes hacía ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso...*, sobre la identidad entre la naturaleza jurídica de esta institución y las fiducias viduales de los ordenamientos forales (el testamento por comisario vizcaíno-alavés, el fiduciario-comisario navarro, la fiducia sucesoria aragonesa, la institución de heredero por fiduciario del Derecho catalán, la fiducia sucesoria de Ibiza y Formentera, y el heredero distribuidor de Mallorca y Menorca). Señalaba el autor que todas responden a una finalidad económico-familiar de conservación del patrimonio familiar, por lo que “no resulta extraño que, las aún escasas pero significativas matizaciones al personalismo consagrado en el artículo 670 CC (...) aparezcan directamente vinculadas al entorno familiar y, más concretamente, al cónyuge supérstite” (hoy extendidas al coprogenitor).

La sucesión por comisario contemplada en la ley vasca, aun compartiendo naturaleza jurídica con la fiducia del artículo 831 CC, ofrece al causante un grado de libertad considerablemente superior a la hora de delegar el trazado de su sucesión en un tercero, particularmente si dicho tercero es su cónyuge o pareja¹¹⁴¹. En contraposición al principio personalista de la sucesión, la institución proclama la conveniencia de posponer la designación de sucesor a un momento más apropiado, delegando la ordenación de la sucesión en una persona de confianza, en lugar de dejarla en manos del legislador por vía de la sucesión intestada. La sucesión se estructura de forma compleja a través de dos voluntades: por un lado, la voluntad del causante que, en un primer acto de ordenación sucesoria, nombra a uno o varios comisarios para que designe sucesor en su nombre, distribuya los bienes y ejerza las facultades, más o menos amplias, que le otorgue el testador o le correspondan por ley; y, por otro lado, la voluntad del comisario cuando ejecuta el encargo después de la muerte del comitente. No hay duda de que la sucesión que se ordena mediante ambas voluntades es la del causante, pero la doctrina discrepa sobre la naturaleza del encargo del comisario, que puede caracterizarse como un acto de representación *post mortem* o como un acto de disposición del propio comisario en ejercicio del poder que se le otorga. La propia LDCV parece avalar la primera interpretación cuando, por ejemplo, establece la irrevocabilidad de los actos del comisario otorgándoles efectos inmediatos (art. 43.2 LDCV). No opina así ASUA GONZÁLEZ que entiende que, cuando el comisario ordena una sucesión ajena, actúa en nombre propio, aunque la sucesión sea la del causante que le designó; es decir, dispone el comisario y no el causante, ya que el hecho de que lo que haga el comisario valga

¹¹⁴¹ Así lo afirma la resolución DGRN de 18 de diciembre 2019 (R/2020/801), que, refiriéndose a la fiducia contemplada en el artículo 831 del Código civil y a la ordenación por comisario de la ley de Derecho civil vasco, dispone que “aunque participan estas instituciones de delegación o encargo de la misma naturaleza, no se conceden las mismas facultades fiduciarias al delegado del artículo 831 que al comisario testamentario de derecho vasco, de manera que este último se aproxima más al heredero de confianza navarro a al catalán, que tienen esas prerrogativas de designar heredero y no se ven limitados por el rigor de una legítima *pars bonorum*.” En el mismo sentido se manifiesta la RDGSJFP de 2 de julio de 2020 (BOE de 5 de agosto) que añade que “las facultades del comisario vasco, así como las del poder testatorio, superan notablemente las facultades del fiduciario del artículo 831 del Código civil”.

como si lo hubiera hecho el causante, no significa que el comisario esté realizando un negocio ordenador del fallecido¹¹⁴².

El causante puede nombrar comisario a cualquier persona, aunque, como decíamos, lo habitual es que nombre a su cónyuge o pareja, otorgándole facultades, más o menos amplias, para que ordene a su arbitrio la sucesión del causante después de su muerte. Se garantiza así el reforzamiento de la autoridad del supérstite dentro de la familia, particularmente cuando el nombramiento de comisario va acompañado de un derecho de usufructo sobre el caudal hereditario¹¹⁴³. El legislador vasco reconoce en su regulación importantes diferencias entre el cónyuge o pareja comisario y el comisario “extraño”. Ya en la Exposición de Motivos de la Ley 3/1992 destacó la importancia de la facultad de los cónyuges de nombrarse recíprocamente comisario (*alkar poderoso*), refiriéndose a ella como una de las piezas más importantes del Derecho foral, “que permite crear un fuerte derecho de viudedad y atender a una adecuada organización de la familia”¹¹⁴⁴. Continuando en

¹¹⁴² ASUA GONZÁLEZ, Clara, “Fiducia sucesoria...”, op. cit., pp. 943-944. Un análisis más detallado de la complejidad de la naturaleza del acto sucesorio realizado por medio de tercero puede encontrarse en ASUA GONZÁLEZ, Clara, “Dos temas de reflexión...”, op. cit., pp. 889-899; “Las formas de designar sucesor...”, op. cit., pp. 217-221; “Fiducia sucesoria...”, op. cit., pp. 942-944. La autora se refiere a los diferentes modos de entender la configuración negocial de la sucesión por comisario: puede interpretarse como un acto por el que al comisario se le otorga un poder de disposición de un patrimonio ajeno, siendo él quien efectivamente dispone y da fin al proceso de ordenación iniciado por el causante, generándose la quiebra del principio personalista de la sucesión en su aspecto material. Otra interpretación es la que considera que se produce una suerte de representación *post mortem*, de modo que la ordenación sería la del causante, dándose una quiebra del principio personalista en su aspecto tanto material como formal. Esta última interpretación, apunta la autora, es la que se ha venido utilizando por la doctrina en las habituales definiciones del testamento por comisario vizcaíno y es, también, la que parece mantener la LDCV al disponer, por ejemplo, que cuando el comisario ordena la sucesión en testamento, éste habrá de ser otorgado a ese solo efecto y resultará irrevocable. Esto sólo se entiende si el testamento debe producir efectos desde ya, lo que abona la idea de representación del finado (sólo cuando el comisario es el cónyuge o miembro superviviente de la pareja de hecho puede darse carácter revocable al testamento realizado por el comisario para disponer a favor de sus hijos y descendientes). La autora opina que, en la actual evolución de las ideas jurídicas, debería ya resultar insostenible, porque es innecesario para el logro de las finalidades perseguidas con la institución, la consideración de que el comisario, cuando ordena una sucesión ajena, representa a una persona ya fallecida. En opinión de la autora, hubiera sido más acertado mantener el precedente guipuzcoano en el que, al igual que ocurre con el resto de fiducias sucesorias peninsulares, la ordenación en testamento sólo producía efecto a la muerte del comisario, lo que ahuyentaba definitivamente la sombra de la representación *post mortem*. La opinión contraria puede encontrarse en CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., pp. 163-165.

¹¹⁴³ ASUA GONZÁLEZ, Clara, “La ordenación por comisario”, op. cit., p. 362.

¹¹⁴⁴ La Exposición de Motivos de la LDCF también destacó, entre otros, los siguientes aspectos: “a) se sigue la tradición constante del pueblo vizcaíno de consignar, en la casi totalidad de sus capitulaciones matrimoniales, esta institución jurídica de “alkar-poderoso” o poder testatorio; b) se

la misma línea, la Ley 5/2015 prevé facultades más amplias y términos más favorables cuando el comisario es el cónyuge viudo o el miembro superviviente de la pareja de hecho.

Los cónyuges pueden nombrarse recíprocamente comisario, antes o después del matrimonio, en capitulaciones matrimoniales o pacto sucesorio (art. 31.2 LDCV)¹¹⁴⁵, y los miembros de la pareja de hecho podrán hacerlo en el pacto regulador de su régimen económico patrimonial o en pacto sucesorio, siempre que estén otorgados en documento público ante notario. Además, y en cualquier caso, el causante puede designar comisario a su cónyuge o pareja mediante testamento notarial (art. 31.1 LDCV)¹¹⁴⁶.

En tanto el comisario no ejecute el encargo que se le ha otorgado, la herencia estará en yacencia y el apoderado gozará de todas las facultades que hubieran correspondido al testador, a menos que éste haya establecido limitaciones en el poder testatorio, en cuyo caso se estará a lo dispuesto por el testador (art. 33.1

le da a esta institución un contenido actualizado y en consonancia con las situaciones ambientales de la sociedad de hoy; c) se refuerza la posición jurídica del cónyuge comisario, enlazando con la costumbre anterior a la Compilación; se mantiene la posibilidad de que la sucesión hereditaria se realice de modo razonable y reflexivo mediante el testamento adecuado al momento oportuno, evitando sucesiones intestadas motivadas muchas veces por falta de previsión....”

¹¹⁴⁵ En relación al nombramiento de comisario en pacto sucesorio o capitulaciones matrimoniales, señala IMAZ ZUBIAUR, Leire, *La sucesión paccionada...*, op. cit., pp. 322-323, que ambos marcos devienen adecuados, y matiza que, aunque las capitulaciones matrimoniales no puedan, por sí mismas, ordenar la sucesión del causante, sí que pueden canalizar el mutuo apoderamiento culminado entre los consortes o futuros esposos. Añade la autora el importante dato de que el poder testatorio no pierde su carácter revocable por el mero hecho de haberse otorgado en un negocio de estructura bilateral, como el pacto sucesorio o las capitulaciones matrimoniales, y es que, “el poder testatorio, o, en otras palabras, el permiso que se le concede al comisario para ordenar la sucesión de su consorte premuerto, es, lógicamente, de naturaleza revocable, ya que en ningún caso puede obligársele al poderdante a perpetuar la confianza que deposita en el comisario.” Analizando los efectos que puede tener la revocación unilateral de una designación hecha en capitulaciones matrimoniales, instrumento utilizado en el Derecho vasco para diseñar “estatutos familiares” que contienen las reglas que regirán la convivencia de las familias que concurren a su otorgamiento, la autora sugiere que sería conveniente que el legislador exigiera que el causante notifique al comisario y al resto de los otorgantes de las capitulaciones, la revocación del encargo hecho al comisario. Por su parte, ASUA GONZALEZ, Clara, “Fiducia sucesoria...”, op. cit., pp. 949-950, apunta que aquellas capitulaciones matrimoniales que se configuraban como un estatuto familiar hace ya tiempo que son historia y, en la actualidad, no son, ni mucho menos, un medio habitual para el nombramiento de comisario.

¹¹⁴⁶ El testamento notarial es el único medio que se admite para designar a un comisario distinto del cónyuge o pareja.

LDCV)¹¹⁴⁷. Cuando el comisario es el cónyuge o la pareja, la fase de pendencia puede ser indefinida, ya que la ley permite que el plazo que se le confiere para que ejercite el poder sea “por tiempo indefinido o por los años que viviere” (art. 41.1 LDCV) afianzando así la posición prevalente del supérstite¹¹⁴⁸. Y es que, durante este tiempo, el cónyuge o pareja comisario, salvo disposición contraria del causante, tendrá la representación, administración y usufructo del patrimonio hereditario (arts. 41.3 LDCV). Es más, incluso cuando el comisario es otra persona, el viudo o pareja superviviente representará y administrará la herencia, a menos que el causante hubiera dispuesto otra cosa (art. 37.2 LDCV)¹¹⁴⁹. Volviendo al supuesto del supérstite comisario, la ley prevé, como decíamos, la posibilidad de que el testador diseñe una situación *post mortem* en la que su consorte tenga la representación,

¹¹⁴⁷ Manteniendo la misma línea de respeto de la voluntad del testador, el artículo 33.2 LDCV establece que si el comitente ha indicado las personas entre las que el comisario debe elegir, habrá que estar a lo dispuesto por él. Pero a falta de dicha indicación, el comisario deberá elegir entre el cónyuge viudo, la pareja superviviente y los herederos forzosos. Si se trata de bienes troncales, solamente podrá elegir entre los tronqueros. A falta de herederos forzosos, el artículo 33.3 LDCV permite al comisario designar sucesores libremente. Esta solución legal es criticada por ASUA GONZÁLEZ, Clara, “Dos temas de reflexión...” op. cit., pp. 901-902, que la considera una clara dejación de la responsabilidad del causante en la ordenación de su sucesión; responsabilidad que, en opinión de la autora, exige un mínimo de participación en la dirección de su sucesión, y ese mínimo debería de ser, además de nombrar el comisario, delimitar el ámbito de posibles sucesores.

¹¹⁴⁸ Con respecto al plazo indefinido reconocido al cónyuge viudo (y ahora también a la pareja superviviente), ARZANEGUI SARRICOLEA, Julián María, “Cinco cuestiones prácticas relativas al poder testatorio”, *Boletín de la Academia Vasca de Derecho= Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, núm. extraordinario 1, 2004, p. 126, nos recuerda que su origen está en la costumbre que existió en el Derecho histórico de prorrogar indefinidamente el plazo legal otorgado al cónyuge para que ejercitara el poder testatorio, como forma de reforzar su autoridad en la familia. Añade el autor que eso mismo justifica actualmente la regla de que el poder le pueda ser otorgado por los años que viviere, “porque en la concesión de ese plazo no juega solamente el interés de los presuntos sucesores para que se haga una disposición acorde con sus necesidades y con las aptitudes de cada uno para el gobierno de los bienes familiares, sino que se contempla al propio tiempo el interés del viudo comisario y el mantenimiento de su autoridad familiar.”

¹¹⁴⁹ A este respecto observa CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 184, que hubiera sido preferible que el legislador hubiera vinculado esta norma con el régimen de bienes del matrimonio y hubiera diferenciado los casos en los que el matrimonio se disuelve con o sin hijos. En el caso de que existieran hijos, opina el autor que el legislador debería haber dispuesto que “el representante será el cónyuge, salvo que el testador disponga otra cosa”, en lugar de expresarlo como se hizo en la LDCF (también en la actual LDCV), esto es, “a falta de designación, representará y administrará la herencia el cónyuge viudo”. En opinión del autor, la posibilidad de designar a un extraño como comisario cuando existen hijos comunes constituye una gran anomalía y no debería contemplarse en la ley como algo habitual, elevando una singularidad a regla general. En este sentido, considera que la LDCF debió de seguir el precedente de la Compilación de 1959, que no admitía la posibilidad de un administrador extraño, en lugar de redactar un precepto “que parece tomar como normal la existencia de dicho representante y administrador extraño, pues posterga al viudo sobreviviente a un segundo lugar, y sólo a falta de una decisión del testador llevará la administración.”

administración y usufructo del patrimonio hereditario durante el resto de su vida, manteniendo este carácter, por virtud del artículo 41.3 LDCV, incluso después de haber hecho uso del poder¹¹⁵⁰. Por lo que respecta al matrimonio, conviene recordar que en aquellos casos en los que el régimen económico hubiera sido el de gananciales o comunicación foral (ambos regímenes legales supletorios ex artículo 127 LDCV), una vez disuelto el régimen correspondiente por fallecimiento de uno de los cónyuges, el viudo administrará, por supuesto, su cuota en la comunicación postganancial o postcomunicación (en caso de consolidación de la comunidad por existir descendientes comunes, arts. 132 y 140 LDCV), pero también, como ya se ha señalado, la correspondiente al caudal relicto¹¹⁵¹. En estos supuestos, por tanto, la situación del supérstite tras la muerte de su consorte queda firmemente asegurada, al menos en el sentido de que su situación patrimonial no se verá adversamente afectada por el fallecimiento de su cónyuge.

El comisario puede ejercitar el poder por actos *inter vivos* o *mortis causa* en testamento ante notario o por pacto sucesorio (art. 43.1 LDCV)¹¹⁵². A diferencia de

¹¹⁵⁰ Para el caso de que el régimen económico del matrimonio hubiera sido el de comunicación foral vizcaína, el artículo 141.3 LDCV, establece que, salvo disposición en contrario del testador, el cónyuge viudo designado comisario tendrá, además de la representación y administración de la herencia, el usufructo del caudal, pero limitado a la parte pendiente de disposición. Entendemos que siendo el artículo 41.3 LDCV de aplicación general al cónyuge comisario, independientemente del régimen económico matrimonial, prevalece su previsión más favorable al viudo.

¹¹⁵¹ ASUA GONZÁLEZ, Clara, "La ordenación por comisario", op. cit., p. 371. Señala también en este sentido CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 183, que "en el caso más común, que es el del cónyuge designado comisario, es precisamente cuando el viudo disfruta de su condición de heredero "poderoso", que administra y disfruta, sin ninguna limitación, todos los bienes, tanto los suyos propios, como la mitad de su consorte, y hace uso del poder, normalmente prorrogado, cuando lo juzga conveniente. (...) Por un procedimiento indirecto, de honda raíz consuetudinaria, el Derecho vizcaíno ha constituido un auténtico derecho de viudedad, que bien puede equipararse a la viudedad aragonesa, cuyo origen es también paccional y consuetudinario, al igual que en Navarra".

¹¹⁵² Ya se ha dicho que, al ejercitar el poder, el comisario ordena la sucesión del causante, por lo que los designados serán sucesores de aquél. En este contexto, la referencia a actos *inter vivos* debe entenderse como referencia a todo acto que no sea *mortis causa*, es decir, que no sea un testamento o pacto sucesorio. Apunta ASUA GONZÁLEZ, Clara, "Las formas de designar...", op. cit., p. 218, que, en la tradición vizcaína, cuando el comisario no disponía en testamento (habida cuenta de que hasta la entrada en vigor de la ley 3/1992 no podía hacerlo en pacto sucesorio), recurría a la figura de la donación, pero esto no es razón, observa la autora, para exigir un acto bilateral (como lo es la donación) para la validez de la designación hecha por actos *inter vivos*. La razón de la bilateralidad radica en que se vincula la voluntad del ordenante, pero si la designación realizada por el comisario produce efectos desde el momento en que se hace (conclusión necesaria si entendemos que el comisario actúa en representación del causante), el sentido de la bilateralidad desaparece. Siendo esto así, la autora concluye que por actos *inter vivos* debe entenderse actos unilaterales en los que no

lo que ocurre en el caso del comisario extraño, cuyos actos en uso del poder testatorio tienen carácter irrevocable y producen, por tanto, efectos inmediatos en vida del comisario (art. 44 LDCV), el cónyuge o pareja comisario puede hacer uso del poder testatorio en su propio testamento, disponiendo de los bienes hereditarios junto con los suyos propios, siempre y cuando sea para disponer a favor de hijos y descendientes comunes y el testamento se otorgue ante notario. Es más, en este caso, el supérstite puede dar carácter revocable a las disposiciones realizadas en nombre del causante (art. 43.2 LDCV)¹¹⁵³.

Subordinadas siempre a la voluntad del testador, las funciones de administración y representación del cónyuge o pareja designado comisario se contemplan en el artículo 43 LDCV e incluyen las facultades necesarias para la gestión, distribución y transmisión sucesoria de los bienes (entre otras, la conservación del caudal relicto, su explotación cuando fuera necesario, el pago de deudas y cargas, así como la representación judicial y extrajudicial¹¹⁵⁴). Como importante novedad, el artículo

es necesaria la aceptación del designado para que el acto sea válido (lo que no obsta, por supuesto, a la necesidad de aceptación si el sucesor es llamado en calidad de heredero). En el mismo sentido se expresa IMAZ ZUBIAUR, Leire, *La sucesión paccionada...*, op. cit., pp. 327-330, que observa que “serán actos *inter vivos* los que produzcan efectos inmediatos en vida del comisario, esto es, todos aquellos actos que no difieran su eficacia al momento de su muerte; idea que, por otra parte, el mismo legislador expresa mediante el artículo 47 LDCF [art. 44 LDCV], cuando establece que *las disposiciones otorgadas por el comisario en uso del poder testatorio serán irrevocables*. Por eso (...) lo más razonable será articular la disposición mediante un acto unilateral, en el que no sea, por tanto, necesaria la aceptación del designado como requisito de validez.” Las mismas reservas relativas a la donación deben articularse con respecto al pacto sucesorio como instrumento apto para el ejercicio del encargo del comisario. Tal y como apunta ASUA GONZÁLEZ, Clara, “La ordenación por comisario”, op. cit., p. 377, “¿para qué vincular la voluntad del comisario si la designación es eficaz desde ya?”.

¹¹⁵³ Para el supuesto en el que el cónyuge o pareja designado comisario revista de carácter revocable sus disposiciones, tal y como permite el artículo 43.2 LDCV, propone ASUA GONZÁLEZ, Clara, “La ordenación por comisario”, op. cit., p. 377, la posibilidad de utilizar, además del testamento notarial, el pacto sucesorio, argumentando que, en este contexto en el que el comisario puede posponer los efectos de la ordenación al momento de su muerte, sí tendría sentido vincular su voluntad mediante pacto. En el mismo sentido, IMAZ ZUBIAUR, Leire, *La sucesión paccionada...*, op. cit., p. 330.

¹¹⁵⁴ El artículo 43.3 LDCV establece que el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho designado comisario, representante y administrador del patrimonio hereditario satisfará las obligaciones, cargas y deudas de la herencia, gestionará los negocios que formen parte del caudal, podrá cobrar créditos vencidos y consentir la cancelación de las fianzas y derechos que los garanticen, y realizar cualesquiera de los actos propios de todo administrador, así como ejercer las facultades de gestión que el comitente le haya atribuido. Igualmente estará legitimado activa y pasivamente respecto de cualesquiera acciones referidas al patrimonio hereditario. También se prevén los derechos de los acreedores hereditarios. El artículo 43.4 LDCV atribuye al cónyuge o pareja comisario designado representante y administrador, la posibilidad de disponer de los bienes o derechos hereditarios cuando haya sido autorizado para ello o para atender a las obligaciones, cargas y deudas de la herencia.

43.4 LDCV otorga al cónyuge o pareja comisario la facultad de disposición de bienes y derechos hereditarios, siempre y cuando el causante comitente lo autorice, y con la limitación de que la enajenación debe hacerse para atender a las obligaciones, cargas o deudas de la herencia, o cuando el comisario lo juzgue oportuno para sustituir los bienes por otros, en cuyo caso se subrogará la contraprestación obtenida en el lugar de los bienes enajenados¹¹⁵⁵. El supérstite comisario también queda sometido a las obligaciones y responsabilidades de un administrador diligente, por lo que se le exige que forme inventario (art. 34 LDCV), que atienda al derecho de alimentos de hijos y descendientes del causante en situación de pedirlos (art. 38 LDCV) y que pida la constitución de la tutela o curatela de descendientes, según fueren menores o discapacitados (art. 39 LDCV)¹¹⁵⁶.

Por lo que se refiere a los requisitos subjetivos del cónyuge comisario, si después de otorgado el poder testatorio se presentara demanda de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, el nombramiento quedará extinguido sin que sea necesario que se dicte sentencia antes de la muerte del causante (art. 45.3 LDCV). La correlativa aplicación del precepto a la pareja de hecho la encontramos en el artículo 45.9 LDCV, según el cual, el poder testatorio se extingue si se extingue la pareja de hecho, a menos, lógicamente, que sea para contraer matrimonio¹¹⁵⁷. En ambos casos, por lo tanto, el nombramiento no llega a surtir efecto y lo que se extingue es la designación y no el cargo de comisario. En efecto, en el caso del matrimonio, basta con la mera presentación de la demanda para que la designación se extinga automáticamente¹¹⁵⁸, por considerarse que el nombramiento está basado en la

¹¹⁵⁵ Tal y como matiza URRUTIA BADIOLA, Andrés, “De la sucesión por comisario...”, op. cit., p. 424, el precepto solo se refiere a los actos de disposición a título oneroso, ya que los de disposición a título gratuito están incluidos dentro del ejercicio de poder testatorio con los límites que éste pueda tener. Es de tener en cuenta que, si existieran herederos forzosos, la enajenación de bienes inmuebles, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos, requerirá la autorización de cualquiera de ellos (art. 43.5 LDCV).

¹¹⁵⁶ Tras la reforma de la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, deberá ceñirse la tutela a los menores de edad y limitar la curatela para las personas mayores con discapacidad.

¹¹⁵⁷ Las causas que darán lugar a la extinción de la pareja de hecho son las citadas en el artículo 18 LRPH, sin ser necesario que se haya solicitado la cancelación de la inscripción de pareja (art. 19 LRPH).

¹¹⁵⁸ Apunta OÑATE CUADROS, F. Javier, “De la sucesión por comisario (Artículos 45-46)”, *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*, Andrés María Urrutia Badiola,

relación familiar y de confianza que, se entiende, ha desaparecido si uno de los cónyuges decide iniciar el proceso de separación, divorcio o nulidad¹¹⁵⁹. Sin embargo, llama la atención que no se establezcan efectos similares en caso de separación de hecho, como sí se hace, sin embargo, en relación a la pérdida de derechos legitimarios cuando la separación fuera por mutuo acuerdo y constara fehacientemente (art. 55 LDCV).

Las causas de extinción del cargo de comisario se prevén en el artículo 45 LDCV y son, por supuesto, de aplicación tanto al cónyuge o pareja comisario como al comisario extraño. En el caso del cónyuge comisario, además, el poder testatorio se extingue cuando éste contraiga nuevas nupcias, lleve vida matrimonial de hecho o tenga un hijo no matrimonial, salvo que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario (art. 45.4 LDCV). Sugiere la doctrina que la razón de esta causa de extinción estriba en la ruptura de un deber de fidelidad o en el riesgo de que una nueva relación pueda introducir intereses opuestos a aquellos que motivaron el otorgamiento del poder. La designación de comisario entre cónyuges se fundamenta habitualmente en el reforzamiento de la autoridad del cónyuge superviviente sobre el patrimonio y la familia, de modo que un nuevo emparejamiento, por lo demás bien valorado socialmente, puede suponer una alteración de las circunstancias familiares y conlleva el riesgo de que el poder testatorio se utilice para una finalidad distinta a aquella para la que se concedió¹¹⁶⁰. Más difícil de entender es la referencia a la tenencia de un hijo no matrimonial, circunstancia que

Óscar Monje Balmaseda, Francisco Lledó Yagüe (Dir.), *Zuzenbidearen Euskal Akademia = Academia Vasca de Derecho*, Madrid, 2020, p. 436, que a la presentación de la demanda habrá que equiparar la solicitud de separación o divorcio notarial, en el caso de que el fallecimiento se produjera antes del otorgamiento de la escritura, si pudiera acreditarse de algún modo, ya que la Ley de Jurisdicción Voluntaria ha equiparado sus efectos.

¹¹⁵⁹ ASUA GONZÁLEZ, Clara, “La ordenación por comisario”, op. cit., p. 379; CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 201. Por supuesto, está en manos del testador disponer la continuidad del poder, u otorgar uno nuevo, tras la presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio, o tras la extinción de la pareja de hecho. En opinión de OÑATE CUADROS, F. Javier, “De la sucesión por comisario (Artículos 45-46)”, op. cit., p. 437, la continuidad del poder testatorio puede establecerse en el mismo instrumento público notarial en que se conceda el poder o en otro diferente, así como en la demanda de separación, nulidad o divorcio, si bien en este último caso para ser eficaz deberá ratificarse en escritura pública (art. 31 LDCV). Añade el notario que, en todo caso, quedará a salvo la facultad del Juez para ordenar su revocación, si se considerase lesivo para alguno de los hijos menores o con discapacidad o del propio instituyente.”

¹¹⁶⁰ ASUA GONZÁLEZ, Clara, “La ordenación por comisario”, op. cit., p. 379; OÑATE CUADROS, F. Javier, “De la sucesión por comisario (Artículos 45-46)”, op. cit., p. 441.

debería considerarse irrelevante ya que, por sí misma, en nada afecta a la pervivencia del poder¹¹⁶¹.

5. DERECHOS DEL CÓNYUGE VIUDO Y MIEMBRO SUPERVIVIENTE DE LA PAREJA DE HECHO EN LA SUCESIÓN LEGAL

El artículo 110 LDCV establece que la sucesión legal tiene lugar cuando no se haya dispuesto válidamente de toda la herencia o parte de ella, por testamento o pacto sucesorio. Hasta la entrada en vigor de la Ley 5/2015, sólo el Derecho vizcaíno regulaba un régimen especial para el caso de la sucesión legal (arts. 67 a 73 LDCF)¹¹⁶², mientras que los causantes intestados de vecindad civil guipuzcoana o

¹¹⁶¹ Tal y como apunta ASUA GONZÁLEZ, Clara, “La ordenación por comisario”, op. cit., p. 379, la tenencia de un hijo no matrimonial “debería de considerarse irrelevante, como lo es también, por ejemplo, en el Derecho aragonés (art. 462 CDFa) o en el gallego (art. 202 LDCG). De hecho, no se acierta a entender qué interés o valoración inspira el criterio legal, descartada, por indefendible, la tenencia de un hijo como muestra del mantenimiento de relaciones sexuales; y es que, por sí misma, esta circunstancia en nada afecta, y no podía ser de otra manera, a la pervivencia del poder. Sentado lo anterior, resulta ya anecdótico añadir que, además, el hijo podría ser adoptado o el resultado del uso de técnicas de reproducción asistida.”

¹¹⁶² En relación a los antecedentes de esta normativa, la escasa regulación relativa a la sucesión legal contemplada en el Fuero de Albedrío de las Encartaciones de 1503, en el Fuero Viejo de Bizkaia de 1452 y en el Fuero Nuevo de Bizkaia de 1526, pueden consultarse en CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., pp. 274-275. Tras la entrada en vigor del Código civil en 1889, surgieron dudas sobre si las normas forales vizcaínas resultaban aplicables a la sucesión intestada o si debía aplicarse el Código civil, por haber sido derogadas aquellas por la denominada Ley de Mostrencos de 16 de mayo de 1835. Tal y como relata GONZÁLEZ SAN SEBASTIÁN, Tatiana, “De la sucesión legal o intestada (Artículos 110-117), en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco*, Andrés Urrutia Badiola, Francisco Lledó Yagüe, Oscar Monje Balmaseda (dirs.), Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademia, Madrid, 2020, pp. 877-879, hasta la STS de 1 de enero de 1950, se aplicaba de forma incontestada la normativa foral vizcaína en materia de sucesión legal, aunque el Tribunal Supremo ya había dado muestras de un cambio de criterio en sentencias dictadas en otros territorios. Las dificultades surgían sobre todo en relación a la aplicabilidad de las normas forales a la sucesión intestada de los vecinos de las villas, en las que se aplicaba el Código civil. El Fuero Nuevo, en su Ley XV, Título XX, imponía a los vecinos de villa que poseyeran bienes raíces en Tierra Llana, la obligación de respetar las normas sobre troncalidad recogidas en el Fuero en el momento de disponer de los mismos. El Código civil contempló en su antiguo artículo 10.3 (en vigor hasta la reforma de 1974), una excepción al régimen de la ley personal del causante, estableciendo que “los vizcaínos, aunque residan en las villas, seguirán sometidos, en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana, a la ley XV, título XX del Fuero de Vizcaya”. A pesar de las múltiples sentencias del Tribunal Supremo que acogieron la aplicación de la troncalidad sin restricciones, entre los años 1950 y 1965, el Tribunal Supremo adoptó una interpretación muy restrictiva de esta disposición, tomando un rumbo que ponía en grave riesgo la virtualidad de la normativa foral en relación a la troncalidad. El Alto Tribunal exigía una triple conexión para la aplicación de la normativa foral relativa a la troncalidad: que el causante fuera vizcaíno aforado, que lo fuera también el pariente tronquero y que el bien radicase en el infanzonado. Afortunadamente, dicha interpretación no resultó acogida por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en su interpretación de la Compilación de 1959, como tampoco, más adelante, al interpretar la LDCF. Asimismo, la LDCV contempla un régimen general de la sucesión intestada para quienes tengan

ayalesa quedaban sometidos a la regulación contenida a este respecto en el Código civil (arts. 912 CC y ss.)¹¹⁶³. Al igual que ha sucedido con otros aspectos de la ley vasca, la nueva LDCV ha homogeneizado la normativa referente a la sucesión legal estableciendo normas aplicables a todo causante que ostente la vecindad civil vasca, pero ha mantenido un régimen especial para el *de cuius* con vecindad local vizcaína. El régimen general se fundamenta, al igual que el del Código civil, en la relación de parentesco entre el causante y ciertos familiares, que serán llamados como sucesores legales por el mero hecho de existir dicho lazo familiar (art. 112 LDCV); sin embargo, el régimen aplicable al causante vizcaíno se configura alrededor de la institución de la troncalidad y, atiende, por lo tanto, no sólo a la relación de parentesco, sino también a la proveniencia de los bienes que, al ser troncales, deben de quedar siempre vinculados a la familia de la que proceden (art. 111 LDCV)¹¹⁶⁴. Como veremos, la posición del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, en el orden de llamamientos legítimos, varía en función del régimen que resulte aplicable.

Por lo que a los antecedentes históricos se refiere, los Fueros vizcaínos no reconocieron al cónyuge supérstite derechos en la sucesión de su consorte, configurando los derechos viduales dentro del régimen conyugal de comunicación de bienes que contemplaba (y contempla) derechos económicos distintos dependiendo de si en el momento del fallecimiento del causante existían, o no, hijos comunes. Hubo que esperar hasta la entrada en vigor de la Compilación de 1959, para que el Fuero de Bizkaia reconociera derechos al viudo en la sucesión intestada

vecindad civil vasca, así como un régimen específico que atiende a la troncalidad, para quienes tengan la vecindad civil local vizcaína, aforada o no (así como la de los municipios de Llodio y Aramaio).

¹¹⁶³ Explica esta ausencia de regulación GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Delación hereditaria y sucesión legal...”, op. cit., p. 296, aludiendo al objetivo primordial que de estos sistemas jurídicos: el ordenamiento ayalés se preocupaba ante todo de regular su absoluta e irrestricta libertad de testar, mientras el segundo perseguía principalmente posibilitar la transmisión indivisa del caserío. Es por esto, razona el autor, que no se encontraba en estos ordenamientos normas especiales que regularan el destino de la herencia en defecto de manifestación de voluntad por el causante.

¹¹⁶⁴ En efecto, como señala GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Delación hereditaria y sucesión legal...”, op. cit., p. 307, la incidencia del principio de la troncalidad en la organización de la sucesión intestada del causante vizcaíno, hace que sea necesario distinguir dentro del patrimonio hereditario, diversas masas de bienes: “una compuesta por los muebles e inmuebles a los que no sea posible imputar ningún origen familiar, que se deferirá conforme al régimen general; y otra u otras integradas por los raíces troncales, en las que necesariamente habrán de suceder los parientes tronqueros.”

de su consorte, llamándole a la sucesión después de los descendientes, ascendientes, hermanos e hijos de hermanos en los bienes no troncales, y en los troncales, sólo a falta de parientes tronqueros. En una reforma que mejoró mucho la posición del cónyuge viudo, la LDCF de 1992 dispuso que, a falta de descendientes y ascendientes, sucedería el supérstite en los bienes no troncales, con preferencia a todos los colaterales¹¹⁶⁵. Sin embargo, si la herencia contenía bienes troncales, el viudo no tenía ningún derecho sobre ellos y no sería llamado a la sucesión de esos bienes si existían colaterales tronqueros (pero conservaba su legítima)¹¹⁶⁶. A partir de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, los derechos del cónyuge en la sucesión intestada de su consorte se extendieron al miembro superviviente de la pareja de hecho.

a) *Régimen general*

Como decíamos, la LDCV establece un régimen de sucesión legal aplicable a todos los causantes con vecindad civil vasca, que sólo se modifica para el caso del causante vizcaíno en cuyo patrimonio relicto existan bienes troncales. Pues bien, por lo que respecta al cónyuge o pareja superviviente, la norma general prevista en la ley supone una mejora importantísima de su posición en la sucesión intestada de su consorte, ya que ahora es llamado a suceder en segundo lugar, inmediatamente después de los descendientes del causante y, por lo tanto, antes que los ascendientes (art. 112 LDCV¹¹⁶⁷). En caso de concurrir con descendientes, el supérstite conserva, por supuesto, su derecho legitimario al usufructo de la mitad de la herencia, así

¹¹⁶⁵ En relación a la sucesión intestada en la LDCF, ver CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., pp. 272-300.

¹¹⁶⁶ Tal y como apunta CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 295, “el derecho del viudo solamente cede frente a la troncalidad, y aun en este caso, el viudo mantiene su derecho de legítima en usufructo, que, en concurrencia con colaterales, se eleva a los dos tercios de la herencia.

¹¹⁶⁷ De acuerdo con el artículo 112 LDCV, el orden de llamamiento a la sucesión legal de los bienes no troncales es el siguiente: en primer lugar, los hijos o descendientes; a falta de éstos, el cónyuge viudo no separado legalmente o por mutuo acuerdo que conste de modo fehaciente o el miembro superviviente de la pareja de hecho extinta por fallecimiento de uno de sus miembros; a falta de éste, los ascendientes; a falta de estos, los colaterales dentro del cuarto grado, por consanguinidad o adopción. Aunque el precepto no lo dice, a falta de estos últimos, será llamada la Administración general de la CAV.

como el derecho de habitación en la vivienda familiar (art. 114.2 LDCV¹¹⁶⁸). En caso de no existir descendientes, el cónyuge o pareja superviviente es llamado a la totalidad de la herencia, en calidad de heredero universal (art. 114.1 LDCV).

Este llamamiento preferente del supérstite por delante, no sólo de los colaterales, sino también de los ascendientes, ha sido bien recibido por la mayoría, ya que hace años que venía siendo propuesto por la doctrina¹¹⁶⁹. Como acertadamente señala GALICIA AIZPURUA, el cambio se justifica no sólo por la reducción del grupo convivencial de una familia extensa a otra estrictamente nuclear, sino porque representa una solución ajustada a los deseos de un causante tipo, en un contexto en el que la fuente principal de riqueza del patrimonio familiar viene constituida por el trabajo personal de ambos cónyuges o miembros de la pareja, y rara vez por la fortuna heredada de los ascendientes¹¹⁷⁰. En cualquier caso, aunque no cuestiono las ventajas de este reposicionamiento del cónyuge o pareja, me mantengo en mi opinión sobre la conveniencia de posicionar al supérstite en el primer orden de la sucesión legal junto con los descendientes y me remito, en este sentido, a las apreciaciones que se hicieron en relación al sistema del Código civil, así como a las sugerencias de la modificación de la legítima de los descendientes que serían necesarias en caso de una reforma en el sentido apuntado¹¹⁷¹.

¹¹⁶⁸ El artículo 114.2 LDCV sólo hace referencia al mantenimiento de los “derechos legitimarios de usufructo”, pero entendemos que se incluye también el derecho de habitación en la vivienda familiar cuando se den los requisitos para ello *ex* artículo 54.

¹¹⁶⁹ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil...*, op. cit., p. 208: “cabe, además, pensar que la evolución que sigue la familia hacia un tipo de familia exclusivamente conyugal o nuclear impone también alguna modificación en el orden de preferencia de los llamamientos (p. ej., preferencia del cónyuge respecto de los ascendientes, salvo quizá en los bienes troncales de la familia)”. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura, “La libertad de testar...”, op. cit., pp. 509 y ss.; GONZÁLEZ SAN SEBASTIÁN, Tatiana, “De la sucesión legal...”, op. cit., p.901; PÉREZ ESCOLAR, Marta “Sucesión intestada...”, p. 1644 y ss.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada...*, op. cit., pp. 311 y ss.; CORRAL GARCÍA, Eduardo, *Los derechos del cónyuge viudo...*, op. cit., pp. 25-26; JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo, “La mejora de la posición del cónyuge...” op. cit., pp. 709-725. También se posiciona a favor de este cambio la propuesta de modificación del Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil en su artículo 466. Sin embargo, a diferencia de la Ley 5/2015, la APDC proponía mantener la legítima de los ascendientes, a la que tendrían derecho también en la sucesión intestada en caso de concurrir con el cónyuge viudo.

¹¹⁷⁰ GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Una propuesta doctrinal...”, op. cit., p. 328.

¹¹⁷¹ Ver epígrafe 5 del Capítulo segundo y epígrafe 3 de este Capítulo.

Una consecuencia indirecta del reposicionamiento del cónyuge o pareja por delante de los ascendientes ha sido el incremento de la contradicción con la reserva contemplada en el artículo 118 LDCV. De acuerdo con este precepto, que reproduce la reserva lineal del artículo 811 del Código civil, el viudo o pareja superviviente que hereda bienes familiares del causante a través de un descendiente que, habiendo heredado los bienes de aquel, se los transmite *mortis causa* al supérstite, tiene la obligación de reservar esos bienes a los parientes de la línea de donde los bienes procedan. Sin embargo, si el cónyuge o pareja superviviente hereda los mismos bienes directamente del causante, no tiene ninguna obligación de reservar. Este supuesto pasa a ser más común a partir de la Ley 5/2015, ya que ahora el supérstite es llamado antes que los ascendientes. Al igual que se observó en relación a la reserva del artículo 811 del Código civil, teniendo en cuenta que el objetivo de la reserva radica en evitar que los bienes familiares se desvíen a una familia distinta de la de procedencia cuando el supérstite los hereda de forma indirecta, no tiene sentido mantenerla cuando dicha reserva no se contempla para el supuesto de que el supérstite herede dichos bienes directamente del causante¹¹⁷².

Finalmente, por lo que respecta a los requisitos subjetivos, de acuerdo con el artículo 112.2 LDCV, no será llamado a la sucesión legal o legítima el cónyuge separado legalmente o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. Como ya apuntamos en sede de sucesión forzosa, los requisitos de existencia de “mutuo acuerdo” y “constancia fehaciente”, deben de ser interpretados de modo flexible, ya que cualquier otra interpretación tendría difícil encaje con el carácter meramente consensual del matrimonio y con el sistema de separación y divorcio voluntarios vigentes a nivel estatal desde la promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio¹¹⁷³. Por lo que respecta al miembro superviviente de la pareja de hecho, éste perderá su

¹¹⁷² GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Limitaciones a la libertad de disposición...”, op. cit., p. 430.

¹¹⁷³ GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Delación hereditaria y sucesión legal...”, op. cit., p. 309. Aboga el autor por la interpretación flexible de estos dos requisitos. En cuanto al mutuo acuerdo, señala que “poco importa quién fuera el causante originario de la separación si después (acaso por el mero transcurso del tiempo) llegó un momento en el que ninguno estaba dispuesto a reanudar la vida en común: a partir de entonces se habrá dado el requisito del “mutuo acuerdo”. Respecto de la segunda exigencia, procede realizar una interpretación finalista de la norma y acorde con la realidad social actual (art. 3.1 CC), de suerte que el requisito de que la separación de hecho conste de manera fehaciente no se identifique única y exclusivamente con la existencia de un convenio expreso adornado de constancia documental.”

derecho al llamamiento legal si en el momento de fallecer el causante la pareja debía reputarse extinta por cualquiera de las causas previstas en el artículo 18 LRPD (excepto, lógicamente, si la pareja se extinguió por contraer sus miembros matrimonio entre sí).

b) Régimen vizcaíno

Por lo que respecta al *de cuius* con vecindad local vizcaína (aforada o no), se distinguen dos masas de bienes dentro del patrimonio relicto: una integrada por bienes no troncales, en cuya sucesión legal se aplican las normas del régimen general que hemos analizado; y otra, integrada por bienes troncales, a la que se le aplica un régimen especial diseñado para asegurar la permanencia de dichos bienes en la familia de procedencia.

En efecto, cuando el caudal hereditario contiene bienes troncales y la herencia se defiere por ministerio de la ley, el artículo 111 LDCV establece que el orden de la sucesión será el previsto en el artículo 66 LDCV para la sucesión de bienes troncales¹¹⁷⁴. En este orden de llamamientos no está incluido el cónyuge o pareja superviviente, por ser ajeno a la familia de procedencia del bien (salvo que ostente la cualidad de pariente tronquero respecto del bien en cuestión¹¹⁷⁵), por lo que quedará excluido de su sucesión. Sin embargo, el cónyuge no queda totalmente desprotegido en este supuesto, ya que el propio artículo 111.1 LDCV expresamente le reconoce sus derechos legitimarios (tanto el usufructo legitimario como el derecho de habitación), matizando que primero recaerán sobre los bienes no troncales, pero que, si estos no existieran o no fueran suficientes, serán satisfechos con bienes troncales¹¹⁷⁶. Conviene recordar, como lo hace el artículo 111.2 LDCV

¹¹⁷⁴ El artículo 66 LDCV establece quiénes son parientes tronqueros y cuál es su orden de prelación en la sucesión troncal: los hijos y descendientes, los padres y ascendientes, entre los que se incluyen los cónyuges respecto de los bienes raíces adquiridos constante matrimonio, y los colaterales hasta el cuarto grado de la línea de donde proceden los bienes raíces.

¹¹⁷⁵ La LDCV aclara en el artículo 66.2 LDCV, respecto de la ascendencia troncal, que el cónyuge o pareja son parientes tronqueros en relación a los bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio o la pareja de hecho, aunque los bienes se transmitan a los hijos o descendientes.

¹¹⁷⁶ GALICIA AIZPURUA, Gorka, "Delación hereditaria y sucesión legal...", op. cit., p. 309; GONZÁLEZ SAN SEBASTIÁN, Tatiana, "De la sucesión legal...", op. cit., pp. 887-890.

(ratificando lo ya establecido en el artículo 68.3 LDCV en sede de troncalidad), que cuando no hubiere sucesores tronqueros, todos los bienes se considerarán no troncales.

Obviamente, una propuesta de reposicionamiento del supérstite junto con los descendientes en el primer orden de llamamientos legales no tiene cabida en un sistema troncal, habida cuenta de la consideración de extraño que se le asigna a aquel. Sería conveniente que, en una posible futura reforma de la institución troncal, se atendiese al desfase que existe entre el lugar central que ocupa el supérstite en la familia moderna, y el trato que recibe como pariente no tronquero.

6. LA SITUACIÓN DEL VIUDO O SUPÉRSTITE AYALÉS¹¹⁷⁷

6.1. El supérstite ante la libertad dispositiva de su consorte

Como venimos diciendo, la aportación más importante de la Ley 5/2015 fue la eliminación, casi por completo, del caos legislativo que históricamente había reinado en el territorio vasco, introduciendo un Derecho civil común para todos los vascos, salvo, como apunta la propia Exposición de Motivos, en los casos de “leyes y costumbres muy diferenciadas”, entre las que se incluye la libertad de testar ayalesa¹¹⁷⁸. En efecto, la LDCV dedica sus artículos 88 a 95 a regular el singular

¹¹⁷⁷ Para un estudio en profundidad del Fuero de Ayala, ver URIARTE LEBARIO, Luis María, *El Fuero de Ayala*, Editorial: M.G. Hernández, Madrid, 1912; y Diputación Foral de Araba, Vitoria-Gasteiz, 1974, Introducción Antonio María de Oriol y Urquijo; URIARTE ZULUETA, Manuel María, “El Fuero de Ayala”, en *Derecho civil foral vasco*, Consejo General del Poder Judicial y Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social, Vitoria-Gasteiz, 1995, pp. 219-241; ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso del Fuero de Ayala*, Diputación Foral de Álava, Vitoria-Gasteiz, 1999; TAPIA PARREÑO, José Jaime, “El fenómeno sucesorio en Araba”, en *El Derecho civil vasco del siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Colección informes y documentos, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 344-364; “Libertad y fiducia en el valle de Ayala”, en *Manual de Derecho civil vasco*, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 403-428.

¹¹⁷⁸ Señala TAPIA PARREÑO, José Jaime, “El fenómeno sucesorio en Araba”, en *El Derecho civil vasco del siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Colección informes y documentos, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 349-350, que, teniendo en cuenta que la población de Ayala es de unos 15.000 habitantes es cuestionable si en el contexto de un Derecho civil vasco, con un principio de igualdad consagrado, entre otros, en el artículo 14 CE, está justificado mantener un sistema sucesorio especial para este territorio. Sin embargo, en opinión de GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Notas a la Ley...”, op. cit., p. 317, el mantenimiento de este microordenamiento era la única solución abierta al legislador: “habría constituido un absurdo lógico que el actual legislador vasco hubiese sustituido

estatuto sucesorio del causante ayalés, fundado en la libertad dispositiva irrestricta que le ha caracterizado desde tiempos inmemoriales¹¹⁷⁹. Por lo que a nosotros nos interesa, esta libertad de la que goza el causante ayalés coloca a su viudo o pareja superviviente en una posición mucho menos favorable que la de sus vecinos, en tanto que depende por completo de la voluntad del causante que, lo mismo que puede favorecerle de forma ilimitada, puede también apartarle de la sucesión “con poco o mucho”, o con nada.

Efectivamente, el artículo 89.1 LDCV confirma la libertad del vecino ayalés para disponer libremente de sus bienes, como quisiere y por bien tuviere, por testamento, donación o pacto sucesorio, a título universal o singular¹¹⁸⁰. La única limitación que se impone al *de cuius* la recoge el mismo precepto *in fine*, al requerir que los legitimarios sean apartados “con poco o con mucho”¹¹⁸¹. Esta referencia al apartamiento de los legitimarios se completa en el artículo 89.2 LDCV con una remisión al artículo 47 LDCV que, como es sabido, establece que son legitimarios los hijos y descendientes en cualquier grado y el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, “por su cuota usufructuaria”. Ciertamente, si el causante no apartase al cónyuge o pareja, éste tendrá derecho a su cuota usufructuaria, “en concurrencia con cualquier clase de herederos” (art. 89.2 *in fine*),

este principio por un sistema de legítimas (siquiera uno tan flexible como el de la LDCV), ya que de esta guisa habría pasado a erigirse en una suerte de “curador” de los pobladores de la Tierra de Ayala.”

¹¹⁷⁹ La amplísima libertad de testar del ayalés ya se recogía en el Fuero de 1373 y se conservó cuando los ayaleses aceptaron las leyes de Castilla renunciando al Fuero antiguo en 1487. La Escritura de Iguala y Avenencia de 1487 contempló que, “excepto en cuanto a las herencias o sucesiones de los bienes de cualesquier vecinos de la dicha tierra que puedan testar é mandar por testamento o manda o donación de todos sus bienes o parte de ellos a quien quisieren, apartando sus hijos o parientes con poco o mucho, como quisieren o por bien tuvieren”. El texto de 1487 introdujo la exigencia del apartamiento, que no existía en el texto foral original y que se mantuvo a partir de entonces, tanto en la Compilación de Bizkaia y Araba de 1958, como en la Ley de Derecho civil foral vasco de 1992.

¹¹⁸⁰ Apunta CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 570, que “la libertad de testar ayalesa es también libertad de formas, no exige necesariamente el testamento, ni está sometida a las prohibiciones del Código civil respecto de la exigencia de que el testamento sea unipersonal o no se otorgue por comisario, ni la prohibición de los pactos sucesorios.”

¹¹⁸¹ Tal y como observa TAPIA PARREÑO, José Jaime, “El fenómeno sucesorio...”, op. cit., p. 354, la referencia al apartamiento “con poco o mucho” es un anacronismo sin contenido real, ya que siempre se ha entendido que basta con mencionar al excluido, sin necesidad de dejarle mucho, poco o nada, y añade que la reticencia del legislador a modificar la referencia es, en su opinión, “un signo o indicio más de las dificultades que, a pesar de estar ya avanzado el siglo XXI, tiene este legislador vasco para abandonar la tradición foral y encaminarse hacia un Derecho ajeno a la misma”.

pero, si es su voluntad, el causante puede apartar al cónyuge o pareja, privándole de dicha legítima usufructuaria. Por tanto, como es lógico y necesario en un sistema de libertad de disposición absoluta, la legítima del supérstite ayalés no actúa como límite legal al poder dispositivo del *de cuius* en la forma en la que sí lo hace, por ejemplo, la legítima del Código civil (art. 763 CC)¹¹⁸². Como acertadamente afirma GIL RODRÍGUEZ, el Fuero de Ayala entiende que sólo la existencia de apartamiento garantiza la libertad real del disponente que, al apartar al legitimario, reconoce, mediante su exclusión, su derecho a la herencia¹¹⁸³.

Por su parte, el artículo 90 LDCV establece que el requerido apartamiento puede hacerse de forma expresa o tácita, matizando que su omisión producirá los efectos que se establecen en el artículo 48.3 LDCV, esto es, la omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito¹¹⁸⁴. El apartamiento, por tanto, constituye la manifestación de la voluntad del causante de excluir, en nuestro caso, al cónyuge o pareja, aunque dicha voluntad se exprese de forma tácita o, lo que parece ser lo mismo en la Ley 5/2015, no se exprese. Ciertamente, el apartamiento como requisito de que el causante haga constar su voluntad de excluir, se ha ido degradando en las diferentes versiones legislativas, hasta el punto de que ya en la Ley 3/1992 servía como apartamiento, aparte del expreso, tanto la desheredación justa o injusta, como la preterición intencional, es decir, el apartamiento implícitamente hecho y no exteriorizado (art. 135.2 LDCF). Pues bien, la Ley 5/2015 va más allá al equiparar la falta de apartamiento con el apartamiento tácito, lo que parece convertir el “no apartamiento” o el “apartamiento inexistente”, en una

¹¹⁸² A pesar de esta naturaleza formal, contrapuesta a la naturaleza intangible del Código civil, señalan GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y GALICIA AIZPURUA, Gorka, “La sucesión forzosa en el País Vasco”, en M^a Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo II, Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menro, 2016, pp. 733-734, la indudable compatibilidad constitucional de la libertad dispositiva del Fuero de Ayala, a pesar de su extremada amplitud, reseñando, además, que los estudiosos autóctonos refieren el prudente uso de la libertad legalmente reconocida y el pacífico acatamiento del mejor criterio del *de cuius*. En efecto, la práctica atestigua el juicioso uso que los ayaleses hacen de su libertad ya que, normalmente, la herencia no sale de la familia y, cuando lo ha hecho (apuntan los autores a dos casos a lo largo del siglo XIX) ha sido sin menoscabo de la justicia o con tan enérgica condena de la sociedad, que la injusticia fue inmediatamente reparada.

¹¹⁸³ GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y GALICIA AIZPURUA, Gorka, “La sucesión forzosa...”, op. cit., pp. 736 y 740.

¹¹⁸⁴ Véase detenidamente ATXUTEGI GUTIERREZ, Jon, *Apartamiento y desheredación en el Derecho civil vasco*, Barcelona, Atelier, 2022.

modalidad de apartamiento¹¹⁸⁵. En opinión de GIL RODRÍGUEZ, esta norma que convierte el silencio en apartamiento, no puede extenderse al apartamiento por error del cónyuge o pareja superviviente, cuando dicho error pueda acreditarse¹¹⁸⁶, concluyendo que “el viudo del ayalés únicamente obtiene reconocimiento sucesorio a través de la voluntad positiva (ciertamente, ilimitada) del *de cuius* o por el conducto oblicuo de la preterición errónea que le “devuelve” el usufructo vidual alojado en la regulación general vasca (arts. 52, 53 y 55 LDCV)”¹¹⁸⁷. Y es que, como acertadamente señala el autor, si se optara por proteger al supérstite frente al apartamiento expreso, implícito o presunto del causante, se quebrantaría la centenaria libertad dispositiva del ayalés.

A salvo del albedrío del causante queda, en cualquier caso, el derecho de habitación del viudo o pareja superviviente que le garantiza el artículo 54 LDCV, en perjuicio, eso sí, de la libertad dispositiva ayalesa. A diferencia de lo que ocurría bajo la anterior LDCF, por lo tanto, el supérstite ayalés cuenta ahora con un derecho sucesorio imperativo que el causante ayalés no puede excluir, aunque “sólo” sea un

¹¹⁸⁵ Lo explican claramente GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y GALICIA AIZPURUA, Gorka, “La sucesión forzosa...”, op. cit., p. 744: “virtud del susodicho enlace [con el artículo 48.3 LDCV], cabría concluir que se ha desvanecido por completo la exigencia cardinal que sigue luciendo en el artículo 89.1, hasta el punto de que la cuestionada conexión, no solo se habría llevado por delante –como algunos demandaban– las sospechosas e indeseables sutilezas técnicas de difícil comprensión (URIARTE ZULUETA, 1996, p. 20) y los presuntos conceptos de técnica refinada, un poco esotéricos (CELAYA, 1997, p. 236), sino que habría venido a forzar, para decirlo en llano, su inteligencia reversible o alternativa: los ayaleses, a partir de ahora, “*pueden disponer libremente... apartando a sus legitimarios (u omitiendo el apartamiento)*”.

¹¹⁸⁶ GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y GALICIA AIZPURUA, Gorka, “La sucesión forzosa...”, op. cit., pp. 750-752. Razona el autor que, “amen de la evidencia de que resulta extralimitada en sí misma la remisión del artículo 90.2 al 48.3 LDCV, por cuanto equipara una indefinida situación negativa –“no apartamiento”– a su homónima positiva –apartamiento “tácito”–, debería advertirse que el propio tenor del artículo 48.4 fuerza a dejar el supuesto de preterición al margen de esa previa y milagrosa metamorfosis de la omisión en acción positiva.” El artículo 48.4 LDCV se refiere únicamente a la preterición no intencional de descendientes, sin referencia al supérstite. La opinión contraria la sostiene GOIKOLEA MARTÍN, Luis Ángel, “Sección cuarta: De la libertad de testar...”, op. cit., p. 737, que afirma que, aunque el artículo 48.4 LDCV no se refiere al supérstite y la actual normativa del Fuero de Ayala nada dice expresamente al respecto, en una interpretación integradora lo lógico es aplicar el mismo criterio. El autor concluye que, “al incluir ahora el apartamiento tácito la preterición, intencional o no, la desheredación, y también la omisión de apartamiento, equiparando sus efectos, el sistema supone una total libertad de testar, sin necesidad de apartamiento en sentido formal, equiparando la mera omisión de legitimario al apartamiento. Con lo cual se está en un sistema de libertad de testar absoluta sin necesidad de apartamiento expreso, con un sistema de legítima puramente formal.

¹¹⁸⁷ GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “La posición del viudo...”, op. cit., p. 285.

derecho de ocupación de la vivienda familiar, con las limitaciones a las que ya se ha hecho referencia¹¹⁸⁸.

6.2. El usufructo poderoso

Ciertamente, el causante ayalés puede utilizar su libertad dispositiva para apartar a su cónyuge o pareja de hecho, pero también para favorecerle incondicionadamente sin que la legítima de los descendientes (recordemos que los ascendientes ya no son legitimarios) imponga ninguna traba. Pues bien, la figura del usufructo poderoso es uno de los principales exponentes de esta libertad testatoria que el Fuero de Ayala garantiza a sus vecinos.

El usufructo poderoso pervivió como una institución de Derecho consuetudinario, hasta que se recogió por escrito en la Ley 3/1992 (arts. 140 a 145 LDCF), y actualmente en la Ley 5/2015 (arts. 91 a 95 LDCV). La institución combina las facultades de la fiducia y el usufructo, permitiendo que el causante delegue en un tercero, habitualmente el cónyuge o pareja, la facultad de designar sucesor en los bienes relictos, al tiempo que le otorga todas las facultades propias del derecho de usufructo (art. 91.2 LDCV)¹¹⁸⁹.

En efecto, el usufructo poderoso no sólo comporta la facultad de disponer de los bienes del constituyente en favor de sus hijos o descendientes, o de aquellas personas señaladas por el mismo, sino que a ello se añade el contenido propio del derecho de usufructo sobre tales bienes. No es, por tanto, la atribución a un tercero de facultades designatorias lo que exclusiva o esencialmente caracteriza el usufructo poderoso, sino la conjunción de dicha atribución con la facultad de disfrute de los bienes sobre los que se autoriza a disponer¹¹⁹⁰. Esta doble naturaleza de usufructo

¹¹⁸⁸ Ver, a este respecto, las apreciaciones realizadas con respeto al derecho de habitación de la LDCV en el epígrafe 3.2.1.

¹¹⁸⁹ Señala TAPIA PARREÑO, José Jaime, "El fenómeno sucesorio...", op. cit., p. 357, que el artículo 91.2 LDCV obvia que el usufructo poderoso es, en primer lugar, un usufructo, porque solamente se alude a la peculiaridad o especialidad del mismo que es la facultad de disposición, pero es diáfano que en primer lugar tiene esa naturaleza de derecho real sobre cosa ajena de uso y disfrute".

¹¹⁹⁰ ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso...*, op. cit., p. 104.

y fiducia queda sellada en el artículo 91.4 LDCV que dispone que siempre que un vecino ayalés concede un poder testatorio, se entiende que ha constituido un usufructo poderoso a favor del apoderado, salvo que expresamente disponga lo contrario.

Las características del usufructo poderoso lo enmarcan en el conjunto de usufructos viduales típicos de los ordenamientos forales del norte peninsular, emparentándolo con el usufructo de regencia catalán, la fidelidad navarra, la viudedad aragonesa y el *alkar poderoso* o cónyuge comisario vizcaíno¹¹⁹¹. Este último, hoy disponible en las tres provincias vascas y ampliado a las parejas de hecho, establece una conexión necesaria entre el vínculo conyugal o de pareja y el usufructo con facultades designatorias, reconociendo un derecho de usufructo vitalicio, además de otras amplias facultades, al cónyuge o pareja comisario, pero no al comisario extraño (art. 41.3 LDCV). En contraste, el fiduciario ayalés gozará de todas las facultades y poderes que el usufructo poderoso conlleva, incluido lógicamente el usufructo universal, independientemente de su vínculo, o falta de él, con el causante.

Como no puede ser de otra manera dentro de la lógica de la libertad dispositiva del causante ayalés, la ley no establece ningún límite en relación a la identidad del usufructuario poderoso. Sin embargo, atendiendo a los antecedentes históricos de la institución, en la costumbre foral su fundamento se hallaba en el vínculo familiar y, sobre todo, en el vínculo conyugal entre marido y mujer, a los que se les supone una especial relación de confianza¹¹⁹². Es este vínculo y esta relación de confianza,

¹¹⁹¹ GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y GALICIA AIZPURUA, Gorka, “La sucesión forzosa...”, op. cit., p. 971.

¹¹⁹² Tal y como señala ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso...*, op. cit., pp. 100-105, es el vínculo familiar y, más precisamente, el conyugal, el título que fundamenta la cualificada atribución de facultades y poderes que el usufructo poderoso concede al usufructuario, y el que compensa la quiebra del personalismo que conlleva la atribución a otro de la facultad de disponer de los bienes propios con efectos sucesorios. Observa el autor que “la exclusión del cónyuge de la condición de usufructuario poderoso sólo aparecería justificada, en la perspectiva histórica, desde la imposibilidad física o psíquica para llevar a cabo las facultades atribuidas” (p. 101), por lo que “parecía sobreentenderse que la condición de usufructuario poderoso había de recaer exclusivamente en el cónyuge supérstite o, en los supuestos en que éste faltara por su previa defunción, en un familiar próximo sobre el que pudieran recaer por igual las facultades asignadas a la consecución de idénticos fines. Sin embargo, ninguna previsión contenida en los artículos 140 a 145 LDCF [91 a 95 LDCV] da a pie a entender que, a partir de su entrada en vigor, la titularidad de usufructuario poderoso haya de verse constreñida al ámbito conyugal o familiar. Ello es, ciertamente, acorde a la libertad de disposición ayalesa, por lo que al otorgamiento del derecho de usufructo se

lo que justifica ciertas características de esta fiducia poderosa, como son la exención de la exigencia de prestar fianza (art. 95 LDCV) y, posiblemente, de formar inventario; pero, muy especialmente, el hecho de que no se establezca plazo alguno para la disposición de los bienes, con la consiguiente facultad de prolongar el usufructo poderoso vitaliciamente¹¹⁹³. En cualquier caso, el legislador vasco, en el momento de recoger esta figura por escrito en la Ley 3/1992, optó por priorizar la libertad dispositiva del ayalés evitando cualquier limitación subjetiva, con lo que se pasó de un usufructo poderoso de naturaleza económico familiar, a uno de naturaleza sucesoria en el que el causante puede instituir usufructuario poderoso a cualquier persona, independientemente del vínculo familiar *more uxorio* o la falta de éste, entre constituyente y usufructuario¹¹⁹⁴.

En cualquier caso, el usufructo poderoso ofrece al causante ayalés la posibilidad de reforzar y afianzar la posición de su cónyuge o pareja de hecho (inscrita o no) dentro de la familia, posibilitando también el mantenimiento del nivel de vida que tenía antes de su fallecimiento¹¹⁹⁵. Sujeto siempre a la voluntad del *de cuius*, que puede ampliar, restringir o concretar el contenido del usufructo poderoso (art. 91.3 LDCV), el supérstite usufructuario puede, siempre a título gratuito, disponer de los bienes relictos, en actos *inter vivos*¹¹⁹⁶ o *mortis causa*. En cuanto a los posibles beneficiarios de las disposiciones del usufructuario poderoso, el artículo 91.2 LDCV establece

refiere, pero es dudosamente acorde a su sentido histórico, respecto al doble contenido o dualidad de facultades que el usufructo poderoso alberga. De ello deriva, en definitiva, que cualquier persona, con independencia de la naturaleza de los vínculos que le ligen al causante, puede ostentar válidamente la condición de usufructuario poderoso.” (p. 105)

¹¹⁹³ ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso...*, op. cit., pp. 104-105. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y GALICIA AIZPURUA, Gorka, “La sucesión forzosa...”, op. cit., p. 971.

¹¹⁹⁴ ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso...*, op. cit., p. 107.

¹¹⁹⁵ Tal y como observa GIL RODRIGUEZ, Jacinto, “La posición del viudo...”, op. cit., p. 287, “debe traerse a primer plano el refuerzo de la posición de autoridad que, dentro del núcleo familiar, conlleva la asignación de la facultad de disponer, sobre todo, cuando se ofrece imbricada con la atribución de amplios poderes de gestión y de disfrute de todos los bienes del patrimonio familiar acumulado. Así, por virtud de la fiducia viudal se obtiene la armoniosa confluencia entre la cohesión de los recursos económicos allegados durante la convivencia, la prolongación de la sintonía del grupo parental y, en fin, la preeminencia personal y económica del supérstite (STSJPV núm. 3/2013, de 18 de marzo, RJ 2013/5758).”

¹¹⁹⁶ TAPIA PARREÑO, José Jaime, “El fenómeno sucesorio...”, op. cit., p. 357, donde apunta la contradicción de que el usufructuario poderoso puede ejercer sus facultades dispositivas mediante actos que tengan eficacia y validez, no sólo mientras esté vivo el usufructuario, sino también el constituyente.

claramente que no se limitan a los hijos o descendientes del constituyente, sino que pueden incluir otras personas, siempre que el causante las haya señalado expresamente¹¹⁹⁷.

7. PROTECCIÓN DEL SUPÉRSTITE DESDE EL DERECHO DE FAMILIA: LA COMUNICACIÓN FORAL DE BIENES

A diferencia de los derechos sucesorios previstos en la nueva ley vasca, aplicables en todo el territorio de la Comunidad Autónoma, la protección ofrecida al cónyuge viudo desde el Derecho de familia en virtud del régimen económico matrimonial aplicable a falta de pacto capitular, varía dependiendo de la vecindad civil local ostentada por los cónyuges.

La Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco se ocupa en su Título III del régimen de bienes aplicable a los matrimonios “vascos”¹¹⁹⁸. El punto de partida es, al igual que en el Código civil, la libertad de los cónyuges para elegir el régimen que gobernará la economía de su matrimonio (art. 125 LDCV), pudiendo modificarlo antes o después de la celebración del matrimonio mediante otorgamiento de nuevas capitulaciones

¹¹⁹⁷ No quedaba claro este extremo en la anterior Ley 3/1992, que establecía en su artículo 140 LDCF que el usufructuario poderoso podía ejercer la facultad de disposición a favor de “todos o alguno de los hijos o descendientes del constituyente del usufructo”, para añadir después en el artículo 141 LDCF, que, “no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ejercicio de la libertad de testar, el constituyente del usufructo estará facultado para señalar las personas entre las cuales el usufructuario poderoso pueda designar al o a los destinatarios de los bienes, así como para ampliar, restringir o concretar su contenido”. Aplicando una interpretación sistemática (y restrictiva) de estos preceptos, se argumentó que el señalamiento de personas referido en el artículo 141 era, en realidad, una referencia a los hijos y descendientes mencionados en el artículo 140 (ver, por ejemplo, CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., pp. 582-583). La situación queda ahora aclarada en la disposición del artículo 91.3 LDCV que identifica de forma expresa como posibles beneficiarios a “otras personas señaladas expresamente por el mismo”, confirmando la interpretación que hacía ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso...*, op. cit., pp. 117-125, que siempre mantuvo que, al ser consustancial al Fuero de Ayala la libertad para testar como se quiere o por bien se tuviere, el causante debe de ser libre para testar en favor de cualquier persona sin ninguna constricción. Así, el autor mantenía que el usufructo poderoso ayalés recogido por el legislador vasco es una institución que, “dentro de los límites del espíritu histórico del Fuero de Ayala, sobrepasa los márgenes que la práctica consuetudinaria había ido estableciendo. Por ello, al igual que la condición de usufructuario poderoso se desvincula de la del cónyuge supérstite, pudiendo acceder a la misma cualquier persona en función exclusiva de la voluntad del causante, también los destinatarios de los bienes se hacen depender de esa misma voluntad.” (p. 124)

¹¹⁹⁸ El régimen legal aplicable al matrimonio viene determinado por lo establecido en el artículo 9.2 CC con respecto a la aplicabilidad de los distingos regímenes económicos vigentes en el Estado.

matrimoniales (art. 126 LDCV)¹¹⁹⁹. A falta de pacto, o cuando éste sea insuficiente o nulo, la Ley vasca establece, al igual que el Código civil, que el régimen matrimonial legal supletorio es el de la sociedad de gananciales (art. 127.1 LDCV)¹²⁰⁰.

Sin embargo, la ganancialidad no es la norma supletoria en toda la geografía autonómica. La LDCV preserva como régimen legal para la Tierra Llana de Bizkaia y para los municipios alaveses de Llodio y Aramaio, su tradicional régimen económico matrimonial: la comunicación foral de bienes. En efecto, el artículo 127.2 LDCV dispone que *cuando ambos contrayentes sean vecinos de la tierra llana de Bizkaia, de Aramaio o Llodio, el matrimonio se regirá, a falta de pacto, por el régimen [de comunicación foral de bienes]*. Para el caso de matrimonios “mixtos” en los que sólo uno de los cónyuges ostente la vecindad civil aforada, se aplicará la comunicación foral cuando la primera residencia habitual común de los cónyuges hubiera sido fijada en la Tierra Llana de Bizkaia, Aramaio o Llodio y, a falta de

¹¹⁹⁹ No es este el lugar más apropiado para profundizar en el recorrido histórico de la posibilidad de modificación postmatrimonial de las reglas forales rectoras de la economía del matrimonio vasco, pero debemos al menos mencionar los avatares que condujeron a dicha variabilidad de régimen y, en particular, a la posibilidad de cancelar mediante acuerdo, tras las nupcias, la comunicación foral que hasta entonces regía el matrimonio vizcaíno aforado. Debe anotarse siquiera que vino a ser obra de la Ley 6/1988, de 18 de marzo, *de modificación parcial del Derecho Civil Foral (BOPV n.º 70, de 12 de abril de 1988)*, una ley incomprometida o equívoca, que se hace eco de la incompatibilidad de la prohibición de capitular (que todavía y sólo formalmente constreñía a los vizcaínos infanzones) con los principios de libertad civil e igualdad; todo ello, según remarca la motivación, “en evitación de que la misma [reforma] se materialice por la vía indirecta de las resoluciones judiciales”. Vid. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, “Prólogo”, en *Compilaciones y leyes de los derechos civiles forales o especiales*, Madrid, Tecnos 1993, pp. 833-848, en particular pp. 837 y 838; y en *Ley del Derecho civil foral del País Vasco*, Madrid, Tecnos 1994, pp. 17-45.

¹²⁰⁰ Señala IMAZ ZUBIAUR, Leire, “La comunicación foral de bienes” en *Manual de Derecho civil vasco*, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016, p. 258, que la instauración del régimen de gananciales como régimen legal y supletorio para la Comunidad Autónoma del País Vasco es una novedad que incorpora la Ley 5/2015, ya que la derogada LDCF no contemplaba un régimen económico único para todos los matrimonios “vascos”, sino sólo el aplicable a los matrimonios “conectados” a la Tierra Llana vizcaína, Llodio o Aramaio que tenían el suyo propio (el régimen de comunicación foral). Sin embargo, aunque la norma es ciertamente novedosa, su efecto no lo es, ya que, bajo la LDCF, a los cónyuges que no tuvieran vecindad civil vizcaína aforada se les aplicaba el régimen del Código civil que también contempla la sociedad de gananciales como régimen supletorio.

En el caso de las parejas de hecho, la Disposición Adicional Segunda de la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco establece que, a falta de pacto, el régimen económico subsidiario aplicable a las parejas de hecho registradas, será el de separación de bienes.

residencia común, cuando el matrimonio se hubiera celebrado en ese ámbito territorial (art. 127.3 LDCV)¹²⁰¹.

Se mantiene, por lo tanto, una de las instituciones forales que, como señalábamos en los antecedentes históricos, ha constituido una pieza clave en la protección del supérstite dentro del entramado de instituciones familiares y sucesorias del Derecho vizcaíno¹²⁰². Por supuesto, el modo de entender y aplicar el régimen de comunicación foral de bienes debe ajustarse a la realidad de la sociedad vigente y a una forma diferente de organización de la familia, la propiedad y la herencia¹²⁰³. En su origen, la comunicación foral como modo de organizar la economía familiar fue parte de un sistema mixto, matrimonial-sucesorio, íntimamente ligado a la figura de la troncalidad, cuyo objetivo era mantener el patrimonio familiar indiviso, al tiempo que se aseguraba el sustento del cónyuge viudo. En aquella concepción de familia troncal las capitulaciones matrimoniales constituían una especie de “estatuto de familia”¹²⁰⁴ que fijaba el régimen de la familia que se iba a fundar, incorporando pactos relativos a la dote y donaciones *propter nuptias*, la designación sucesoria a favor de uno de los contrayentes, el otorgamiento recíproco entre los cónyuges de un poder para ordenar la sucesión, así como reglas de convivencia entre el matrimonio viejo y el joven. Esta concepción de familia ya no existe en la sociedad

¹²⁰¹ MANZANO MALAXECHEVARRIA, Juan Ramón, “Los puntos de conexión en régimen de comunicación foral en la legislación vigente”, *Zuzenbidearen Euskal Akademia = Academia Vasca de Derecho*, núm. 18, 2009, pp. 219-229.

¹²⁰² Resume la evolución histórica de la institución GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “La posición del viudo y del conviviente supérstite, en *Manual de Derecho civil vasco*, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016, p. 277, “desde aquella comunicación universal, primero, *indefectible* por casamiento (Fuero Viejo), luego, ya *condicionada* a la existencia de prole, sin otras atribuciones –si la descendencia falta– que el consabido año de luto, la devolución de la dote y la retención de mejoras (Fuero Nuevo)...”.

¹²⁰³ Como señalaba MARTÍN OSANTE hace más de veinticinco años, la comunicación foral de bienes ha evolucionado y ya no es la misma institución diseñada en los textos forales. Entre otras cosas, el autor apuntaba que “de una organización basada en la idea de familia patrimonial o troncal, se ha pasado a otro tipo de organización basado en el *ménage* o familia nuclear: se pasa de una familia extensa a una familia compuesta por la pareja y los hijos que conviven en el hogar.”, MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial...*, op. cit., p. 35. Esta evolución redundante en una pérdida de valor de los lazos de sangre, que continúa hoy en día, por lo que como observa el mismo civilista “en la familia nuclear el cónyuge no es un completo *extraño* a la familia, lo que facilita la comunicación de bienes y el aumento de los derechos sucesorios.” (p. 36)

¹²⁰⁴ La expresión es de MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial...*, op. cit., p. 30.

actual¹²⁰⁵. Tal y como ha señalado la más autorizada doctrina, el sistema jurídico no se ha modificado sustancialmente, pero la realidad social y la aplicación de la institución jurídica sí lo ha hecho¹²⁰⁶. Hoy tenemos que entender la comunicación foral en un contexto económico distinto, en el que la importancia del patrimonio familiar “de origen” ha disminuido y lo más habitual es que los cónyuges inicien su vida en común con una aportación patrimonial mínima que se incrementa durante el matrimonio por medio de los bienes ganados con su propio trabajo¹²⁰⁷. A pesar de estos cambios, profundos, el régimen de comunicación persiste en nuestros días, lo cual, en palabras de MARTÍN OSANTE, es un síntoma de la bondad del régimen, capaz de amoldarse a épocas históricas muy diferentes¹²⁰⁸.

Conviene matizar que la comunicación foral de bienes es una institución de Derecho de familia, pero su estrecha relación con el Derecho sucesorio queda patente en el papel central que ocupa el principio de troncalidad en su funcionamiento, así como en la función que ha cumplido históricamente como una de las instituciones forales fundamentales para asegurar la posición y el sustento del cónyuge superviviente tras la muerte de su consorte¹²⁰⁹. Esta última función destaca particularmente cuando los cónyuges optan por el régimen de comunidad a una edad avanzada, ya que, en este caso, la motivación no suele ser aquilatar las adquisiciones y ganancias

¹²⁰⁵ Esta evolución histórica de la familia troncal a la nuclear la describe PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., p. 114, con carácter general, como “el tránsito de la familia parental, troncal o extensa, a la nuclear, reducida o conyugal, más o menos acentuada, que sería fruto de la importancia adquirida en el tiempo de forma paulatina por la relación matrimonial frente a la parentela de sangre.” La autora explora este y otros cambios históricos en las concepciones familiares y su plasmación en la normativa sucesoria (op. cit., pp. 114-126).

¹²⁰⁶ MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial...*, op. cit., p. 41.

¹²⁰⁷ En relación al debilitamiento del llamado “patrimonio familiar” y su sustitución por bienes generados por el trabajo personal de los cónyuges, ver PÉREZ ESCOLAR, Marta, *El cónyuge supérstite...*, op. cit., pp. 127-128.

¹²⁰⁸ MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial...*, op. cit., p. 781.

¹²⁰⁹ Refiriéndose a su carácter familiar y no sucesorio, MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial...*, op. cit., p. 72, hace hincapié en que la comunicación foral organiza la economía conyugal desde el momento en que se contrae el matrimonio y no sólo afecta a la fase posterior a la muerte de los cónyuges. Sin embargo, el autor señala precisamente la muerte de uno de los cónyuges como causa de disolución de la comunidad, lo que inevitablemente liga la figura con el Derecho sucesorio.

de los cónyuges, sino conceder ventajas matrimoniales y fiscales al superviviente con vistas a asegurar su situación material¹²¹⁰.

7.1. Concepto y características generales

No procede tratar aquí todas las peculiaridades del régimen de comunicación de bienes constante matrimonio, ya que nuestro interés radica en la protección que ofrece al cónyuge superviviente cuando el matrimonio se disuelve por causa de muerte¹²¹¹. Sin embargo, para entender su funcionamiento es necesario mencionar ciertos elementos y características.

Atendiendo a la complejidad de la institución¹²¹², conviene comenzar subrayando que la comunicación de bienes es un régimen económico cuya función básica es la de organizar la economía de la pareja constante matrimonio (o durante la vigencia del régimen). En efecto, el artículo 129 LDCV describe un régimen de comunidad universal en virtud del cual “se harán comunes, por mitad entre los cónyuges, todos los bienes, derechos y acciones, de la procedencia que sean, pertenecientes a uno u otro, por cualquier título, tanto los aportados como los adquiridos en constante matrimonio y sea cual fuere el lugar en que radiquen”. Este patrimonio común integrado en una masa única por todos los bienes de los cónyuges es el que se distribuye cuando se extingue el régimen. No obstante, el modo en el que se distribuye, y por lo tanto, la posición sucesoria del supérstite, difiere cuando el

¹²¹⁰ MARTÍNEZ de BEDOYA BUXENS, Covadonga, *La situación del cónyuge viudo...*, op. cit., p. 272. También apunta a esa función MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial...*, op. cit., p. 42 cuando destaca la función de la comunidad de “asegurar una protección al cónyuge viudo y a los hijos, mediante la solidaridad conyugal, manifestada en el caso de la comunicación foral en una verdadera comunidad universal”.

¹²¹¹ Para un estudio en profundidad de la comunicación foral, ver MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial...*, op. cit., *in totum*. Ver también MONJE BALMASEDA, Oscar, “El régimen económico matrimonial en la Ley 5/2015, de Derecho civil vasco. La comunicación foral de bienes”, en *El Derecho civil vasco del siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Colección informes y documentos, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 457-484.

¹²¹² Sobre la compleja naturaleza jurídica del régimen de comunicación de bienes ver MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial...*, op. cit., pp. 63-153. Apunta este autor que “examinar la naturaleza jurídica de la comunicación foral de bienes supone analizar la esencia misma de esta institución”. En el mismo sentido apuntaba CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., p. 406, que “la comunicación es muy difícil de encuadrar en instituciones paralelas en el Derecho vigente; es una institución con rasgos propios y hemos de resignarnos a entenderlo así”.

matrimonio se disuelve por causa de muerte (escenario que aquí nos interesa), dependiendo de si en ese momento hay o no hijos o descendientes comunes¹²¹³. Como veremos, en el primer caso la comunicación foral se consolida como comunidad universal de bienes, mientras que en el segundo se depura y liquida como sociedad de gananciales. En previsión de estas dos formas de disolución, a pesar de que constante matrimonio el régimen que regula la economía de la pareja es una comunidad universal de bienes, la ley foral distingue entre bienes ganados y bienes procedentes de cada uno de los cónyuges (art. 133 LDCV), para facilitar la eventual liquidación de la comunicación foral de bienes, ya sea como comunidad universal o como comunidad de gananciales¹²¹⁴.

La peculiaridad del régimen, por lo tanto, radica en su “alternatividad”: la ley contempla dos supuestos de hecho distintos a los que otorga efectos jurídicos diferentes dependiendo de las circunstancias que se den en el momento de la disolución de la comunidad: a) disolución de la comunicación foral por causa de muerte de uno de los cónyuges dejando hijos comunes, y b) disolución de la

¹²¹³ Tal y como apunta CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 412, “el régimen de bienes se configura por razón de un matrimonio y no tiene sentido cuando el matrimonio se extingue, por cualquier causa que sea. Por tanto, debe terminar con la muerte, único supuesto previsto en las leyes forales e incluso en la Compilación, pero también se extingue en otros casos que las leyes actuales regulan, como la separación, nulidad y divorcio o el nuevo pacto matrimonial”. La Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho civil foral vasco incluyó por primera vez los supuestos de disolución del matrimonio por causas diferentes a la muerte, como pueden ser la nulidad, la separación o el divorcio, otorgándoles el mismo tratamiento que al supuesto de disolución del matrimonio por causa de muerte sin descendientes comunes, supuestos que hoy se contemplan en los artículos 130, 131 y 145 de la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco. En relación a las razones que justifican tratar los supuestos de disolución por causa distinta a la muerte del mismo modo que los supuestos de disolución por causa de muerte sin descendientes, ver MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial...*, op. cit., pp. 50-55.

¹²¹⁴ En efecto, la distinción entre bienes ganados y bienes procedentes de cada uno de los cónyuges se aplica, primero durante la vigencia del matrimonio, en relación al régimen de administración y disposición de los bienes y a la responsabilidad por deudas y, más tarde, en la fase de liquidación de la comunidad conyugal, en aquellos casos en los que la comunicación foral se disuelve por causa distinta a la muerte de uno de los cónyuges existiendo hijos comunes. En este sentido afirma MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial...*, op. cit., p. 780, que “el régimen de comunicación no es “monolítico”. Constituye un ejemplo de adaptabilidad a las circunstancias del matrimonio. La composición final de la comunidad y los efectos postrégimen giran alrededor de dos elementos: la causa de disolución del régimen y la existencia o no de hijos. Esto supone una posibilidad de acomodar la organización económica conyugal a la situación real de los cónyuges. Así se adapta de hecho a las vicisitudes propias de un matrimonio, distinguiendo la disolución por muerte de uno de los cónyuges dejando hijos (o descendientes) comunes, del resto de los casos.”

comunicación foral por cualquier otra causa, incluida la disolución por causa de muerte sin dejar hijos comunes¹²¹⁵.

7.2. Disolución de la comunidad por muerte de uno de los cónyuges existiendo hijos o descendientes comunes

El artículo 140 LDCV establece que “cuando el matrimonio se disuelva por la muerte de uno de los cónyuges, dejando hijos o descendientes comunes, se consolida la comunicación foral y se transforma en comunidad de bienes entre el cónyuge viudo de una parte, y los hijos o descendientes que sean sucesores del premuerto, de otra, hasta la división y adjudicación de los bienes.”

En este supuesto, el único en el que la comunicación foral se consolida, el cónyuge superviviente y los sucesores del fallecido son titulares de una cuota abstracta sobre la totalidad del patrimonio común que subsiste mientras se mantenga la comunidad de postcomunicación foral, es decir, hasta que se liquide la comunidad y se adjudiquen bienes concretos a cada comunero¹²¹⁶. La comunidad de bienes consolidada forma una masa única que perdurará hasta la división y adjudicación

¹²¹⁵ En palabras de GARCÍA CANTERO, Gabriel, “La comunicación foral como régimen supletorio en la Ley del Parlamento Vasco de 1 de julio de 1992”, *Revista jurídica de Navarra*, núm. 16, 1993, p. 50, “la singularidad del régimen vizcaíno de comunicación de bienes radica en el hecho de que, a lo largo de su existencia, pueden distinguirse hasta tres momentos bien diferenciados legalmente: 1º) Una fase previa durante la cual hay incertidumbre acerca de si el régimen culminará en comunidad plena o restringida, y en la que rigen normas en parte similares a las de un régimen matrimonial primario y en parte de comunidad limitada de bienes, todo ello en perspectiva de la realización del evento futuro a que la ley vincula la producción de efectos. 2º) Una fase de culminación, cuando el matrimonio se disuelve por muerte de uno de los cónyuges y sobrevive descendencia común, en la que se producen los plenos efectos de la comunicación foral. 3º) Una fase de comunicación limitada o restringida que tiene lugar cuando no hay descendencia a la disolución por muerte, o si se produce sentencia de separación, nulidad o divorcio.”

¹²¹⁶ MONJE BALMASEDA, Oscar, “De la disolución del régimen de comunicación de bienes (Artículos 140-146)”, en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco*, Andrés Urrutia Badiola, Francisco Lledó Yagüe y Oscar Monje Balmaseda (Dirs.), Zuzenbidearen Euskal Akademia = Academia Vasca de Derecho, Madrid, 2020, p. 1056. Tal y como explica el autor, la comunidad de postcomunicación foral tiene caracteres similares a los de la comunidad hereditaria y, por lo tanto, “los partícipes ostentan una titularidad abstracta sobre el conjunto, no pudiendo ningún miembro de la comunidad hacer disposición de bienes concretos que a ella pertenezcan en tanto no se realice la correspondiente división. Lo que exige atender, si no existe designado comisario, al régimen de gestión propio de una comunidad, que para los actos de disposición sobre sus bienes exige unanimidad, sin lo que no cabe enajenar a título oneroso ni gratuito”. Cita el autor en apoyo de estas afirmaciones la RDGRN de 15 de junio de 1950 y la STS de 10 de octubre de 1977.

de los bienes, momento que puede posponerse hasta la muerte del cónyuge superviviente. De acuerdo con CELAYA IBARRA, originariamente la ley foral entendía que el objetivo del matrimonio era perdurar hasta la muerte y tener hijos, por lo que sólo cuando se dan estas dos circunstancias la comunicación cumple plenamente sus efectos¹²¹⁷. Ahondando en esta idea, MARTÍN OSANTE subraya la relevancia de la troncalidad en el Derecho tradicional vizcaíno, cuyo funcionamiento comporta que sólo cuando haya hijos comunes puede admitirse la comunicación universal de los bienes conyugales ya que su presencia asegura que tras el fallecimiento del cónyuge superviviente, la titularidad de los bienes troncales permanecerá en la familia de procedencia¹²¹⁸.

No obstante, la consolidación de la comunicación foral no significa que la comunidad de bienes continúa existiendo de igual forma que hasta entonces, con los hijos ocupando el lugar del progenitor fallecido. La muerte del cónyuge provoca la disolución del régimen matrimonial y, por lo tanto, el cese de la aplicación de sus normas¹²¹⁹. A partir de la disolución, los bienes que adquiera el cónyuge superviviente

¹²¹⁷ CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 412.

¹²¹⁸ MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial...*, op. cit., p. 48. El autor explica que en caso de que existan hijos, "la efectividad de la troncalidad y la amplitud de la legítima impiden que salgan bienes de la familia y que se produzca su trasvase a otra por vía del matrimonio. En virtud de la troncalidad, todos los bienes raíces troncales deben ir a parar definitivamente a los hijos de ese matrimonio, que son los parientes de línea preferente. En virtud de la legítima de los cuatro quintos (...), esa parte de los bienes del viudo deberá ir a parar a los hijos. En definitiva, la comunicación universal de bienes no se opone al Derecho de Vizcaya si hay hijos, pero sí lo haría en el resto de los casos, de donde deriva la diferenciación jurídica de tales supuestos." Es cierto que la reducción de la legítima de los descendientes a un tercio introducida por la Ley 5/2015 reduce la efectividad del sistema, que ya no cuenta con la amplísima legítima de cuatro quintos para asegurar que la mayoría de los bienes pasarán por imperativo legal a los descendientes tras el fallecimiento del viudo comunero. La prohibición del trasvase de bienes a una familia distinta de la familia de procedencia se combatirá ahora principalmente mediante la normativa de la troncalidad y, en particular, mediante las reglas de escalonamiento en la adjudicación de bienes comunicados (art. 144 LDCV). En cualquier caso, es cierto que los imperativos de la troncalidad han remitido sensiblemente bajo la nueva Ley, restringiendo el concepto de bien troncal, que hoy precisa de transmisión a descendiente para adquirir dicha cualidad (art. 63.3 LDCV) y, singularmente, suavizando las sanciones por vulneración de los derechos de los parientes tronqueros (art. 62.3 LDCV y 69 LDCV).

¹²¹⁹ Tal y como apunta MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial...*, op. cit., p. 627, el hecho de que la comunicación concluye y no continúa tras la disolución se deduce de la propia norma que en el artículo 140 LDCV (previamente en el artículo 104 LDCF) establece que "se consolida la comunicación foral y se transforma en comunidad de bienes (...) hasta la división y adjudicación de los bienes". Señala el autor que la principal diferencia entre la comunidad continuada y la simple "indivisión postcomunitaria" es que en el segundo caso no aumentan los ingresos de la comunidad y en que no hay poderes especiales del cónyuge viudo. En el mismo sentido GARCÍA CANTERO, Gabriel, "La comunicación foral...", op. cit., p. 56, observa que "la comunicación de bienes, por una parte, se

serán de su exclusiva propiedad y pasarán a formar parte de su patrimonio personal. Es cierto que la comunidad de bienes continúa existiendo hasta su liquidación y partición, ahora entre el supérstite y los herederos del causante, pero como un patrimonio estático sobre el que no se realizan nuevas aportaciones¹²²⁰. Con frecuencia, esta nueva comunidad de bienes se mantiene indivisa hasta el fallecimiento del cónyuge viudo, lo que le permite disfrutar de todos los bienes, asegurando su estabilidad económica tras la muerte de su consorte.

7.2.1. Gestión de la comunidad de bienes consolidada

La posición privilegiada que ostenta el cónyuge supérstite en la comunidad de bienes consolidada queda patente en las normas que rigen su gestión.

El régimen de gestión de la comunidad de bienes postcomunicación foral varía según exista o no comisario, y dependiendo de si el comisario es el cónyuge o un tercero. En el caso de no existir comisario, la LDCV no establece reglas específicas, aplicándose, por lo tanto, las reglas generales previstas en el Código civil para la comunidad de bienes.

Cuando existe comisario, ya sea el cónyuge (caso ordinario) o un extraño (caso infrecuente), el poder testatorio que se le concede para que designe sucesor genera una situación de indeterminación sobre la titularidad de la mitad de la comunidad de postcomunicación foral. Ciertamente, la mitad del patrimonio común forma parte del caudal relicto del causante y, como tal, debe atribuirse a sus herederos, pero cuando existe poder para testar, la designación de sucesor queda pendiente de hacerse¹²²¹. De acuerdo con el artículo 41.1 LDCV, cuando el comisario es el

consolida, esto es, alcanza la plenitud de efectos, y, de otra, se transforma, perdiendo algunos de sus caracteres específicos pues no habiendo matrimonio ya no puede funcionar como régimen económico matrimonial”.

¹²²⁰ Explica MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial...*, op. cit., p. 632, que constante matrimonio, el régimen económico tiene carácter “dinámico”, mientras que tras su disolución pasa a una posición “estática”, ya que la comunidad deja de verse incrementada por las adquisiciones de los cónyuges y se mantiene en la misma posición; “en esta situación, los bienes no son, en puridad, privativos o gananciales, dado que no opera el régimen conyugal, sino personales o comunes”.

¹²²¹ MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial...*, op. cit., p. 645.

cónyuge, la situación de indeterminación puede prolongarse hasta la muerte del propio comisario, ya que el plazo de ejercicio del poder testatorio puede serle concedido “por tiempo indefinido o por los años que viviere”. Ante esta situación, la LDCV establece un sistema de gestión de los bienes integrados en la comunidad para evitar los problemas que puede plantear esta situación de indeterminación.

El artículo 141.1 LDCV establece que, si el causante hubiera designado comisario, los bienes permanecerán en comunidad hasta que éste haga la designación de sucesor, añadiendo el artículo 141.2 LDCV que, mientras los bienes continúen en comunidad, el cónyuge viudo será el único representante de la herencia y administrador de todos los bienes¹²²². En el caso de que el comisario sea el propio cónyuge viudo, el artículo 141.3 LDCV dispone que, salvo disposición en contrario del testador, el cónyuge tendrá, además de las facultades de representación y administración de la herencia, el usufructo del caudal del que no haya dispuesto, sin obligación de prestar fianza, “mientras no haga uso del poder testatorio”. Surge aquí un desajuste con la disposición introducida por el artículo 41.3 LDCV que, en sede de sucesión por comisario, establece que el cónyuge comisario, salvo disposición en contrario del testador, tendrá la cualidad de representante, administrador y usufructuario del patrimonio hereditario sujeto al ejercicio del poder testatorio, “incluso después de haber hecho uso del poder”. Ante la disparidad de soluciones, la doctrina afirma que debe prevalecer la más beneficiosa para el cónyuge viudo¹²²³. Prevalece, por lo tanto, el artículo 41.3 LDCV que coloca al cónyuge comisario en una posición privilegiada en la que no sólo ostenta la representación y administración del patrimonio hereditario, sino también su uso y disfrute incluso después de haber ejercitado el poder testatorio. Apunta la doctrina que el usufructo del cónyuge designado comisario tiene carácter universal y se le atribuye *ex lege*, suponiendo el artículo 41.3 LDCV la constatación del estatus especial que ha otorgado al cónyuge

¹²²² Como afirma MONJE BALMASEDA, Oscar, *El régimen económico...*, op. cit., p. 482, como excepción a esta norma general, y en base al respeto a la libertad de testar, se prevé el supuesto de que el premuerto pueda haber dispuesto otra cosa y haya nombrado albaceas o representantes y administradores de la herencia, en cuyo caso hay que respetar la voluntad del causante.

¹²²³ MONJE BALMASEDA, Oscar, “De la disolución del régimen ...” op. cit., p. 1062.

viudo (y ahora también al miembro superviviente de la pareja de hecho) el Derecho civil vasco a lo largo de su historia¹²²⁴.

La gran ventaja de este sistema es que se concentran todos los poderes de gestión de la comunidad de bienes consolidada postcomunicación en una sola persona, el viudo, que, además, ya es titular de la mitad de los bienes de la comunidad por derecho propio, facilitando y simplificando la toma de decisiones. Afirma MARTÍN OSANTE que ésta es la posición más tradicional articulada en el régimen jurídico sucesorio-familiar vizcaíno para la situación del cónyuge viudo: atribución de la facultad de designar sucesor mediante poder testatorio, unida a la facultad de gestión de todos los bienes del patrimonio conyugal o familiar¹²²⁵.

7.2.2. Partición y adjudicación de la comunidad de bienes consolidada

A la hora de liquidar la comunidad de postcomunicación foral, el cónyuge supérstite también goza de un trato favorable. Antes incluso de llegar a la fase de partición, como excepción a la indivisión prevista en el artículo 140 LDCV, el artículo 142.1 LDCV le otorga, en caso de haber sido designado comisario, la posibilidad de

¹²²⁴ URRUTIA BADIOLA, Andrés María, "De la sucesión por comisario (Artículos 30-46)", *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*, Andrés María Urrutia Badiola, Óscar Monje Balmaseda, Francisco Lledó Yagüe (Dir.), Zuzenbidearen Euskal Akademia = Academia Vasca de Derecho, Madrid, 2020, p. 413. Añade el autor que el usufructo del artículo 41.3 LDCV se constituye en un auténtico derecho de viudedad a favor del supérstite que enlaza directamente con la tradición civil vasca y su orientación cara al mantenimiento del patrimonio familiar.

¹²²⁵ MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial...*, op. cit., pp. 647-648. Según el autor mediante esta institución se consiguen varias finalidades: 1. Mantener la unidad del grupo familiar, atribuyendo al cónyuge viudo las facultades de gestión del patrimonio familiar 2. Conservar la unidad del patrimonio familiar tras la disolución de la comunicación foral, e incluso tras la muerte del viudo, que normalmente designará heredero único, 3. Atender a la situación económica del cónyuge viudo. Sin embargo, y a pesar de los obvios beneficios de la figura para el cónyuge viudo y su utilidad para mantener el patrimonio familiar indiviso, MARTÍN OSANTE advierte de los inconvenientes que puede presentar para los hijos del matrimonio, que quedan a merced de su progenitor, no sólo porque éste tiene libertad para elegir el sucesor del fallecido, sino que además se le atribuyen los poderes de gestión. El ejercicio de estas facultades se puede orientar en beneficio de la comunidad, pero también en el propio, quedando pocas opciones a los "herederos presuntos" para defender sus intereses en la comunidad. Apunta el autor que la LDCF (lo mismo es cierto de la LDCV) no contempla mecanismos de defensa de estos intereses, más allá de la obligación del comisario de realizar inventario. Los herederos presuntos deberán acudir a los remedios generales previstos en la ley para evitar la mala gestión de los administradores.

autoadjudicarse “la mitad de todos y cada uno de los bienes, dejando la otra mitad para la sucesión del premuerto, sin perjuicio de las reservas sucesorias”.

A primera vista, la facultad que se le otorga al cónyuge comisario para dividir por la mitad los bienes cuando la comunidad aún se encuentra en estado de interinidad, podría parecer contraria al espíritu de la foralidad vizcaína¹²²⁶. Por virtud de la norma, el cónyuge designado comisario puede adjudicarse la propiedad de la mitad de cada uno de los bienes de la comunidad, de manera unilateral y sin necesidad de acuerdo o intervención por parte de ninguno de los otros interesados. Tras esta autoadjudicación, la otra mitad de los bienes quedará reservada a la herencia del premuerto, sin que puedan determinarse los sucesores concretos hasta que el viudo los designe en ejercicio de su poder testatorio. Esta facultad es, en efecto, una excepción importante a la norma general contenida en el artículo 140 LDCV que consolida la comunicación foral de todos los bienes y ordena que se mantenga la comunidad hasta la división y adjudicación de los bienes. En opinión de CELAYA IBARRA, es improbable que la voluntad del legislador fuera facilitar al viudo la autoajudicación de la totalidad de los bienes por la mitad, constituyendo así una comunidad pro-indiviso sobre cada uno de ellos, pero es indudable que la norma ofrece esa posibilidad¹²²⁷.

¹²²⁶ En palabras de CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código...*, op. cit., pp. 480-481, “no debiera utilizarse la singularidad de nuestras instituciones para restaurar anacronismos como la división de los bienes troncales por mitad, que además de trastornar todo el sistema y producir conflictos con el principio mismo de troncalidad, no están justificados por la exigencia interna del sistema. Y añade que el “artículo 106 está inspirado en algunas prácticas que llevadas a su extremo pueden considerarse como corruptelas de la foralidad y en las que es preciso meditar frente a una futura reforma.”

¹²²⁷ Observa a este respecto CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código...*, op. cit., p. 482, que “encuentro acorde con el uso foral la adjudicación concreta de la mitad de un bien determinado en el momento en que se dispone del mismo en favor de un heredero, a quien se le asigna la otra mitad, pero una declaración general del viudo por la que se apropia de la mitad de todo y rompe la pretendida indivisión del patrimonio familiar, la estimo antiforal por más que pueda convenir a alguna situación personal concreta”. Comparte esta opinión MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial...*, op. cit., p. 665, quien observa que “el ejercicio de esta facultad (...) solo se explica si la finalidad última que persigue el viudo es la de ir disponiendo paulatinamente de bienes singulares de la comunidad, incluso si quiere imponer alguna reserva de derechos a su favor (usufructo, uso, habitación, etc.)”. Es aclaratoria la explicación de MONJE BALMASEDA, Oscar, “De la disolución del régimen...”, op. cit., p. 1067, que, citando a HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Jesús Francisco, apunta que la introducción de esta disposición a favor del cónyuge comisario en el caso de la comunidad consolidada, sancionó una antigua práctica notarial por la que se inscribía la mitad del patrimonio proindiviso a favor del cónyuge comisario (sin perjuicio de que, en la práctica, en gran parte de los casos, junto al ejercicio de la facultad por parte del comisario, que puede limitarse a

En cuanto a su encaje dentro el sistema troncal, lo cierto es que el artículo 142.1 LDCV no constituye una excepción a la troncalidad, siendo de aplicación tanto la norma de adjudicación de los bienes comunicados del artículo 144 LDCV, como la obligación de reservar¹²²⁸. Tal y como apunta MARTÍN OSANTE, la impronta que confiere la troncalidad a la propiedad de los bienes inmuebles persiste durante el matrimonio y tras su disolución y, por lo tanto, las normas que preservan la troncalidad vinculando los bienes raíces a la familia de procedencia, se conjugan con las normas propias del régimen económico matrimonial¹²²⁹. A este fin, las reglas de adjudicación de los bienes comunicados establecidas en el artículo 144.1 LDCV intentan compatibilizar la división del activo líquido de la comunidad conyugal con la preservación de la troncalidad. Así, en primer lugar, se adjudican al cónyuge viudo los bienes raíces troncales de su procedencia, hasta completar la cuota que le corresponde en la partición¹²³⁰. Si éstos no bastaren, se le adjudicarán bienes muebles y raíces no troncales; y, por último, sólo si los bienes anteriores no son suficientes para completar la mitad del activo líquido que le corresponde al supérstite, se le podrán adjudicar bienes raíces troncales del cónyuge premuerto. El

algunos bienes, se proceda simultáneamente al reparto definitivo del patrimonio hereditario). En todo caso, el autor subraya que la comunidad solo queda dividida en el aspecto activo y nunca en el pasivo.

¹²²⁸ En cuanto a la obligación de reservar, desaparece en el artículo 142 LDCV la referencia a la reserva de bienes troncales que incluía el derogado artículo 106 LDCF (desaparece también la reserva sobre bienes comunicados del antiguo art. 86 LDCF), siendo sustituida por una mención genérica a las reservas sucesorias. Sin embargo, tal y como apunta MONJE BALMASEDA, Oscar, “De la disolución del régimen...”, op. cit., p. 1066, lo que ha desaparecido es solamente la referencia a los bienes troncales, pero no la obligación de reservar en el sentido de salvaguardar el carácter familiar de los bienes, que se conserva en el nuevo texto a través de los preceptos que protegen la troncalidad. En relación a las reservas y derechos de reversión en la LDCV, ver GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Limitaciones a la libertad de disposición por causa de muerte. Reservas y reversiones” en *Manual de Derecho civil vasco*, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 429-438.

¹²²⁹ MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial...*, op. cit., p. 734. En el mismo sentido IMAZ ZUBIAUR, Leire, “La comunicación foral...”, op. cit., p. 270-271.

¹²³⁰ En cuanto a la determinación del haber que le corresponde al cónyuge viudo, es interesante, por su peculiaridad, la norma recogida en el artículo 138 LDCV que establece que, cualquiera que sea la forma de disolución de la comunicación foral, las deudas individuales no se comunican, sino que quedan a cargo del cónyuge deudor. Esta norma, lógica en el caso de que la comunidad no se consolide y se liquide como una sociedad de gananciales, tiene un encaje más difícil en un régimen de comunidad universal y significa que, de hecho, la comunicación foral no es una comunidad universal en el aspecto pasivo. Tal y como apunta IMAZ ZUBIAUR, Leire, “La comunicación foral...”, op. cit., p. 271, “el legislador ha pensado que, si son deudas contraídas en interés puramente personal del cónyuge respectivo, sin un beneficio para la comunidad, ésta no tiene por qué soportarlas”.

objetivo es respetar la institución troncal en la partición de la comunidad conyugal en tanto sea posible, reduciendo al máximo la posibilidad de adjudicación de bienes troncales al cónyuge no tronquero. Sin embargo, lo cierto es que, una vez realizada la adjudicación de bienes troncales del cónyuge premuerto a favor del supérstite (ex art. 144.1 (c)), la protección de la troncalidad queda a cargo de las normas relativas a esta institución, que ya no cuenta con el refuerzo que suponía la anterior legítima de cuatro quintos reconocida a los descendientes, reducida ahora a una cuota más modesta de un tercio.

En cualquier caso, como acertadamente nos recuerda MARTÍN OSANTE, las reglas contenidas en el artículo 144 LDCV son aplicables únicamente en el supuesto de que dentro de los bienes comunicados existan bienes troncales procedentes de la familia del cónyuge premuerto. No es aplicable en aquellos casos, los más comunes en la realidad social actual, en los que el patrimonio conyugal se haya ido formando con los ingresos y esfuerzos de los propios cónyuges, sin incorporar bienes de procedencia familiar o, si los incorpora, su relevancia es limitada si los bienes troncales constituyen una parte reducida del patrimonio matrimonial¹²³¹.

7.3. Disolución de la comunicación por muerte de uno de los cónyuges sin existir hijos o descendientes comunes

Veámos en el epígrafe anterior que sólo la extinción de la comunicación foral por causa de muerte de uno de los cónyuges dejando descendientes comunes produce la consolidación de la comunidad. Por lo tanto, el resto de las causas de extinción, ya sea por muerte de un cónyuge sin dejar descendencia común, ya sea por sentencia de separación, nulidad o divorcio, dan lugar a una comunidad postmatrimonial restringida a los bienes ganados¹²³².

¹²³¹ MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial...*, op. cit., p. 736.

¹²³² MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial...*, op. cit., p. 657, habla de una "comunidad postganancial". Nos recuerda CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 488, que las leyes forales (y, más tarde, la Compilación) no preveían otra forma de disolución del matrimonio que la muerte, siendo la única alternativa la de que existieran o no hijos. La LDCF incorporó la posibilidad de que el matrimonio se disuelva por nulidad, separación o divorcio, equiparando estos casos con el tradicional de disolución del matrimonio por muerte de un cónyuge sin existir descendencia.

7.3.1. Gestión de la comunidad de bienes no consolidada

En el caso que aquí nos interesa de disolución por muerte de uno de los cónyuges, si éste designó comisario, serán aplicables las normas relativas a la gestión de la comunidad examinadas en la sección anterior, ya que los artículos 37.2, 41.3 y 141 LDCV no distinguen entre la existencia o no de descendientes comunes del matrimonio para atribuir al superviviente la representación, administración y usufructo de la herencia del cónyuge premuerto. En el supuesto de que no existan hijos comunes y la comunidad se disuelva como sociedad de gananciales, el viudo gestionará la herencia integrada tanto por la cuota que le corresponde en la sociedad postganancial, como por los bienes procedentes del fallecido, que quedan al margen de la comunidad. Por el contrario, si el cónyuge premuerto no hubiera designado comisario, se aplicará el régimen previsto en el Derecho común para la sociedad de gananciales como Derecho supletorio.

7.3.2. Partición y adjudicación de la comunidad de bienes no consolidada

La LDCV prevé que el régimen económico se liquidará como una sociedad de gananciales; sin embargo, en lugar de remitirse a la normativa prevista para dicho régimen matrimonial en el Código civil, la ley vasca dispone su regulación en tres breves reglas generales recogidas en el artículo 145 LDCV¹²³³. En cualquier caso, parece lógico asumir que, en virtud del artículo 3 LDCV, el sistema previsto en el Código civil para la liquidación de la sociedad de gananciales es aplicable como Derecho supletorio¹²³⁴. Ciertamente, las normas recogidas en el artículo 145 LDCV

¹²³³ De acuerdo con GARCÍA CANTERO, Gabriel, “La comunicación foral...”, op. cit., p. 58, “resulta evidente que el legislador foral se ha inspirado en la normativa ganancial (véase art. 109.2 [LDCF]), incluso con las previsiones de actualización de los créditos recíprocos (arts. 109.3 y 110.3 [LDCF]). Pero no se contiene remisión alguna a la legislación común, lo que parece revela el propósito de elaborar una normativa específica y diferenciada –sea cualquiera la valoración que ello merezca-. Ello puede explicarse por la singular posición del cónyuge viudo tal como se desprende del artículo 110 [LDCV], en modo alguno parangonable a la que ostenta en el Código o en otras regiones forales”.

¹²³⁴ GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “La posición del viudo...”, op. cit., p. 279, “el régimen económico se deberá liquidar según las reglas de la sociedad de gananciales, con preferencia de la normativa vasco-vizcaína dictada para esta hipótesis y sin descartar la supletoriedad de los principios del Código civil

con carácter de principios generales, no hacen más que anticipar, de forma breve, lo ya previsto en el Código civil¹²³⁵.

A diferencia de las normas generales recogidas en el artículo 145 LDCV, el régimen previsto para el supuesto concreto de muerte de uno de los cónyuges sin dejar hijos o descendientes, dista mucho de lo establecido en ordenamiento civil común¹²³⁶. La posición del cónyuge viudo en los casos en los que la comunicación foral no se consolida, aunque no tan favorable como en el supuesto de una comunidad consolidada¹²³⁷, es notablemente mejor que la que prevé el régimen civil común para el viudo que contrajo nupcias en régimen de gananciales. El artículo 146 LDCV reconoce dos importantes derechos al cónyuge superviviente dirigidos a asegurar su subsistencia y manutención tras la muerte de su consorte.

al respecto (art. 145 LDCV; STSJPV de 24 diciembre 2002, RJ 2003/3818 y SAP Bizkaia 4ª núm. 362/2004, de 4 mayo, JUR 2004/296176)”.

¹²³⁵ El artículo 145.1.a) LDCV establece que pertenecerán a cada cónyuge los bienes de su procedencia o los que se hubiesen adquirido con ellos o con el importe de su venta, y, en el supuesto de adquisiciones hechas en parte con bienes de otra procedencia, establece la titularidad proindiviso. La norma recoge, por lo tanto, los mismos principios de caracterización de los bienes como privativos o gananciales, junto con los principios de subrogación real y titularidad proindiviso recogidos en los artículos 1346, 1357 y 1354 del Código civil. El artículo 145.1.b) es el que contiene la regla fundamental que constituye la comunidad no consolidada en un régimen de comunidad de gananciales estableciendo que los bienes ganados se distribuirán por mitad entre ambos cónyuges y cuyo equivalente hallamos en el artículo 1404 CC. Finalmente, el artículo 145.1.c) sí introduce una especialidad frente al régimen común del artículo 1398.2 CC, ya que establece que los gastos realizados por un cónyuge en interés de la familia generan una deuda a favor de dicho cónyuge de la que responde no sólo la masa común, sino también el otro cónyuge, en proporción a la cuantía de su patrimonio, cuando los bienes ganados no sean suficiente.

¹²³⁶ Señala CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 490, que a pesar de que la LDCF equiparó otros supuestos de disolución de la comunicación foral, como la nulidad, la separación o el divorcio, a la tradicional disolución por muerte de un cónyuge sin dejar descendencia, lo cierto es que la institución foral continúa otorgando un tratamiento especial al cónyuge, cuando la comunicación termina por muerte sin que se consolide la comunidad. Por esta razón, la disposición que regulaba esta causa de disolución en la Compilación, el artículo 49, se dividió en dos disposiciones distintas en la LDCF, que distinguen entre reglas generales aplicables a todos los supuestos de no consolidación (art. 109 LDCF y, con idéntico texto el art. 145 LDCV) y reglas adicionales específicas para el caso de disolución por muerte de un cónyuge sin dejar descendencia (art. 110 LDCF y, con idéntico texto el art. 146 LDCV).

¹²³⁷ Lo cierto es que, desde el punto de vista sucesorio, el viudo puede hallarse en una posición más favorable cuando el fallecido no deja hijos (ni comunes, ni no comunes), ya que aunque la protección que se le ofrece desde el Derecho de familia tras la disolución del régimen matrimonial es menor, en sede de Derecho sucesorio le corresponderá *ex lege* el usufructo de dos tercios del caudal hereditario, así como un derecho de habitación vitalicio, además de los derechos en propiedad o usufructo que el causante le quiera dejar. Y es que, recordemos, que los ascendientes ya no son considerados legitimarios y, en el caso de la sucesión intestada, el cónyuge es ahora llamado antes que ellos, por lo que, de no haber descendientes, la posición sucesoria del superviviente mejora considerablemente.

a) Continuación en el caserío durante un año y un día

El artículo 146.a) LDCV establece que “el cónyuge viudo que hubiera venido al caserío del premuerto tendrá, mientras se conserve en tal estado, el derecho de continuar en él durante un año y día, sin perjuicio de los demás derechos que le correspondan por disposición legal o voluntaria”.

El objetivo de esta disposición es ofrecer al viudo el derecho a permanecer en el caserío durante un año y un día, para evitar que la pérdida de su consorte suponga también la pérdida de su vivienda, ofreciéndole así un (escueto) período de estabilidad¹²³⁸. Se concede este derecho al viudo “advenedizo” o venido al caserío del premuerto, ya que en el supuesto que se contempla, es decir, cuando la comunicación foral no se ha consolidado, el caserío, como bien procedente del fallecido, pasa a integrar la masa hereditaria que corresponde a los sucesores (y no al cónyuge supérstite). En caso de que el caserío fuera un bien privativo del supérstite no surge el supuesto ya que el sobreviviente tiene ya medios propios de subsistencia; y si fuera un bien ganado, no se aplicará esta norma, sino el régimen de liquidación de la sociedad de gananciales, que incluye el derecho de adjudicación preferente de la vivienda familiar para el caso de muerte de uno de los cónyuges (arts. 1406 y 1407 CC)¹²³⁹.

Este derecho vidual a permanecer en el caserío se le concede al cónyuge “sin perjuicio de los demás derechos que le correspondan por disposición legal o voluntaria”, por lo que se entiende que es un *plus* añadido a la legítima debida al viudo y cualesquiera otros beneficios sucesorios que voluntariamente se hubiesen dispuesto a su favor, aunque puede quedar subsumido en ellos, como sucederá en el caso del derecho de habitación previsto en el artículo 54 LDCV, o en caso de

¹²³⁸ Nos recuerda CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 495, que “el Fuero concedía este derecho a ambos cónyuges, pero en el caso de la mujer solamente cuando hubiese llevado dote o arreo; pero ya la Compilación equiparó los derechos de ambos cónyuges eliminando esta exigencia para la mujer.”

¹²³⁹ MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial...*, op. cit., p. 759.

concederse el usufructo universal al sobreviviente *ex* artículo 57 LDCV¹²⁴⁰. En cualquier caso, recordemos que el derecho previsto en el artículo 146 LDCV no es un derecho propiamente sucesorio, sino que proviene del régimen económico del matrimonio, que se concede únicamente a aquellos cónyuges sometidos al régimen de comunicación foral y que desaparece en caso de contraer el viudo posteriores nupcias¹²⁴¹.

En cuanto al plazo, el artículo 146.b) LDVC dispone que, “cuando el cónyuge viudo hubiere traído dote u otra aportación, el plazo establecido en la regla anterior se prorrogará por todo el tiempo que los herederos del finado tarden en devolvérsela”. Aunque la referencia a la dote pueda haber perdido su relevancia, la doctrina observa que hoy en día la aportación hecha por el cónyuge advenedizo hay que entenderla como cualquier bien procedente de dicho cónyuge, ya sea un bien propio aportado en el momento de contraer matrimonio, ya sea un bien adquirido posteriormente a título gratuito¹²⁴². La prórroga del derecho a continuar en el caserío estará justificada en todos estos supuestos.

¹²⁴⁰ GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Legítima y troncalidad*, op. cit., p. 369. De acuerdo con MARTÍNEZ de BEDOYA BUXENS, Covadonga, *La situación del cónyuge viudo...*, op. cit., p. 289, la referencia al ejercicio del derecho a continuar en el caserío “sin perjuicio de los demás derechos que le correspondan...”, establece la compatibilidad de este derecho en la medida que los demás derechos no garanticen al viudo el uso y habitación en el caserío, lo cual, apunta la autora, será ciertamente improbable, así como los alimentos necesarios para la vida.

¹²⁴¹ Apunta en este sentido GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Legítima y troncalidad*, op. cit., p. 369, que, al no ser un derecho propiamente sucesorio, no puede alcanzarle la facultad de conmutación prevista en cuanto a la legítima viudal recayente sobre bienes troncales. Y, en esta misma línea, añade GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “La posición del viudo...”, op. cit., p. 280, que la compatibilidad de los beneficios tradicionales previstos para el caso de liquidación de la comunidad no consolidada con el nuevo legado de habitación sobre la vivienda habitual del artículo 54 LDCV, pone de manifiesto “una mayor consideración al régimen de vida del beneficiario de estos otros derechos (sólo se le retira el beneficio residencial si abandona la viudedad, sin tomarle en cuenta las otras conductas “desleales” acumuladas a propósito del derecho de habitación).”

¹²⁴² MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial...*, op. cit., p. 762. Apunta este autor que en el Fuero Nuevo la dote o aportación al matrimonio se configuraba como un requisito para disfrutar del derecho de usufructo y continuar en el caserío. Sólo era posible el ejercicio de tales derechos si, a su vez, existía una aportación previa del cónyuge advenedizo. Este requisito desaparece en los Proyectos de Apéndice y en la Compilación, en donde se concede el usufructo y el derecho a continuar en el caserío en todo caso, y con independencia de que hubiera dote o aportación. En la LDCF se suprimió el derecho de usufructo, manteniéndose el derecho a continuar en el caserío sin exigirse dote o aportación.

b) Derecho de usufructo sobre los bienes troncales adquiridos onerosamente o mejorados constante matrimonio

El artículo 146.c) prevé un tratamiento específico para el supuesto de que, constante matrimonio, se hubieran efectuado adquisiciones onerosas de bienes raíces troncales¹²⁴³, o se hubieran realizado mejoras en dichos bienes¹²⁴⁴. En concreto, el precepto establece que, en esos casos, dichas adquisiciones o mejoras “serán para el cónyuge de cuya línea provengan o para sus herederos tronqueros, pero se tendrá presente en la liquidación de la sociedad conyugal el valor actualizado de las inversiones realizadas, con abono al otro cónyuge, o a sus herederos, del haber que le corresponda.” Una vez más, este precepto intenta compatibilizar las normas del régimen matrimonial con las de la troncalidad, procurando conservar el bien troncal en la familia de procedencia en aquellos casos en los que el matrimonio se disuelve sin descendencia y la comunidad se liquida como una sociedad de gananciales. Si el bien no es troncal, la liquidación se hará de acuerdo con las normas de la sociedad de gananciales, pero si el bien es troncal, deberá adjudicarse al cónyuge de cuya línea proceda, si es el que queda viudo, o a sus herederos, si es el que ha fallecido, surgiendo un derecho de reintegro a favor del cónyuge no tronquero.

Lo que interesa destacar aquí es el derecho que reconoce el art. 146.c) *in fine* al cónyuge no tronquero al disponer, refiriéndose a su derecho de reintegro, que “tal abono podrá no tener efecto hasta el fallecimiento del cónyuge viudo, pues se reconoce a éste el derecho de gozar y disfrutar libremente de su mitad durante sus días”. El precepto concede al supérstite el derecho a elegir entre liquidar definitivamente la sociedad conyugal con el abono o reintegro de lo que le sea

¹²⁴³ CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., pp. 496-497, observa que las adquisiciones onerosas incluyen los bienes raíces troncales adquiridos por el ejercicio del derecho de saca foral, así como todos los que se adquieran en forma voluntaria y sean de origen troncal.

¹²⁴⁴ De acuerdo con CELAYA IBARRA, Adrián, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., p. 497, por mejoras debe entenderse todo lo edificado, plantado o sembrado en suelo troncal. Cita el autor la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio 1925, en la que se declaró que era inseparable del suelo troncal y pertenecía al mismo por accesión, un chalet edificado en dicho suelo que, por tanto, debía pasar a los parientes tronqueros. Para un análisis de qué debe entenderse como adquisiciones onerosas y mejoras, ver MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial...*, op. cit., pp. 767-769.

debido o, si lo prefiere, puede optar por ejercer un derecho de usufructo, que puede ser vitalicio, sobre la mitad de los bienes comprados o mejorados¹²⁴⁵.

En cuanto al fundamento de este usufructo, la doctrina entiende que es una compensación de la mitad del precio que se le debe, con lo que, en realidad, no se le concede ningún beneficio desde el punto de vista económico¹²⁴⁶. Ciertamente, es posible que este usufructo en favor del cónyuge no tronquero concorra con un derecho de usufructo vidual nacido por otras causas, como puede ser el usufructo universal previsto en el artículo 57 LDCV, el usufructo legal del artículo 52 LDCV o el usufructo que le concede el cargo de comisario *ex* artículo 41.3 LDCV. Esta concurrencia no resta valor al usufructo sobre la mitad de los bienes troncales comprados o mejorados que, por ejemplo, no se extingue por razón de hacer vida marital con otra persona como el usufructo contemplado en los artículos 52 y 57 LDCV. Igualmente, no se ve afectado por el derecho de conmutación del usufructo vidual reconocido a los herederos en el artículo 53 LDCV ya que este derecho de usufructo sobre la mitad del bien troncal comprado o mejorado es, al fin y al cabo, la conversión de un crédito de la exclusiva titularidad del supérstite¹²⁴⁷.

Desde un punto de vista crítico, atendiendo al origen del precepto que pretendía paliar la precariedad en la que quedaba el supérstite del matrimonio que se disolvía sin hijos, su relevancia o necesidad hoy en día puede ser cuestionable, dada la posición sucesoria más favorable que se reconoce al cónyuge (usufructo legitimario vidual de la mitad o dos tercios, derecho legal de habitación, posibilidad de usufructo universal...)¹²⁴⁸.

¹²⁴⁵ Apunta MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial...*, op. cit., p. 776, que el alcance del usufructo no depende del montante al que ascienda la inversión efectuada por el cónyuge viudo para la adquisición o mejora del bien. Esto es, siempre le corresponde la mitad del usufructo, aunque la inversión efectuada sea menor o mayor que la mitad del valor del bien.

¹²⁴⁶ MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial...*, op. cit., p. 776. En el mismo sentido MARTÍNEZ de BEDOYA BUXENS, Covadonga, *La situación del cónyuge viudo...*, op. cit., p. 295.

¹²⁴⁷ GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Legítima y troncalidad*, op. cit., p. 372.

¹²⁴⁸ MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial...*, op. cit., p. 778; GALICIA AIZPURUA, Gorka, *Legítima y troncalidad*, op. cit., p. 372.

CONCLUSIONES

I. La viuda inglesa, hoy en día protagonista indiscutible en la sucesión *mortis causa* de su consorte premuerto, junto con el miembro superviviente de la pareja civil, fue también la gran olvidada hasta finales del siglo XIX. Ignorada por un sistema sucesorio dinástico, la viuda se vio a menudo condenada a la pobreza durante la Edad Media y, aunque su situación mejoró levemente en los siglos XVI y XVII con el reconocimiento de un derecho de usufructo sobre parte del patrimonio de su marido (*dower*), empeoró de nuevo en el siglo XIX al proclamarse la libertad irrestricta del causante para disponer *mortis causa*. En efecto, durante un período que duró entre cuarenta y cinco y cien años, el causante inglés pudo disponer de su patrimonio en la forma y dirección que se le antojara, incluso si lo hacía de modo “caprichoso” o “irracional”, dejando a su familia (por lo general, mujer e hijos menores) en situación de desamparo y penuria económica. Sin embargo, a partir del siglo XX, esta situación cambiará de modo radical en favor del cónyuge viudo.

II. Los profundos cambios socioeconómicos que transformaron la sociedad inglesa desde finales del siglo XIX propiciaron la aparición de un nuevo modelo de familia centrado en la pareja fundadora y sus hijos. El sistema sucesorio inglés se reinventó para adaptarse a este nuevo paradigma familiar en el que los cónyuges ocupaban la posición central, dando comienzo a una trayectoria legislativa que ha ido mejorando el estatuto sucesorio del cónyuge sobreviviente con cada reforma. La posición sucesoria privilegiada de la pareja casada se extendió a la unión civil de personas del mismo sexo en 2004 y a toda pareja civil legalmente configurada, independientemente de su sexo, en 2019.

III. El principio fundamental sobre el que se erige el sistema sucesorio inglés sigue siendo la absoluta libertad de testar del causante en la sucesión voluntaria. Sólo a falta de testamento se defiere la herencia con arreglo a las normas de la sucesión intestada, sede en la que dio comienzo el cambio de tendencia legislativa que ha favorecido al cónyuge viudo, y más tarde también a la pareja civil, de una forma progresiva. En caso de fallecer el causante sin haber otorgado un testamento válido, el supérstite es el primero en ser llamado a la herencia y sólo si concurre con hijos

o descendientes del causante deberá compartirla. En el resto de los casos, el supérstite recibe la totalidad del caudal relicto. En el supuesto de que concurra con descendientes, el cónyuge o pareja superviviente recibe todos los objetos personales del finado, además de una cantidad de dinero establecida por ley (*statutory legacy*) que debe ser abonada con prioridad a cualquier expectativa que puedan tener los hijos o descendientes. Consiguientemente, si el patrimonio relicto es inferior a la *statutory legacy*, el cónyuge recibe la totalidad del caudal y los hijos no son llamados a la herencia de su progenitor, lo cual, teniendo en cuenta la elevada cuantía fijada por la ley, ocurre en la inmensa mayoría de las sucesiones. En los pocos casos en los que el valor del patrimonio hereditario supera la *statutory legacy*, el remanente se divide en dos partes: una para el cónyuge o pareja superviviente y otra para los hijos o descendientes.

IV. La posición privilegiada del supérstite en la sucesión intestada no puede entenderse sin atender a la preocupación del legislador inglés por garantizar la permanencia del cónyuge o pareja superviviente en la vivienda familiar tras la muerte del *de cuius*. La *statutory legacy* se fija en una cantidad tan alta (hoy, 270 000 lbs) precisamente para posibilitar que el supérstite adquiera la propiedad de la residencia familiar. El costo de esta medida lo pagan, literalmente, los hijos, que ven correlativamente reducida la cantidad del caudal remanente a repartir con ellos. A pesar de esto, el legislador continúa incrementando la cantidad reservada al supérstite, sin atender al dato fundamental de la titularidad de la vivienda, a pesar de estar constatado que, en la mayoría de las sucesiones intestadas, el supérstite adquiere automáticamente la propiedad absoluta de la vivienda como *beneficial joint owner*. El legislador inglés no desconoce esta realidad, pero se resiste a modular la normativa para evitar la complejidad que inevitablemente introduciría en las normas sucesorias el prever diferentes asignaciones en base al título que ejercía el causante sobre la vivienda.

La política sucesoria inglesa es clara: proteger al cónyuge o pareja superviviente en todos los casos, a pesar de, o a costa de, la situación en la que puedan quedar los hijos, sin diferenciar en absoluto entre estos (adultos, menores, discapacitados, hijos sólo del causante...). Dicho de otro modo, ante intereses claramente en conflicto, el

legislador inglés considera que el interés más necesitado de protección tras la muerte del causante es el de su cónyuge o pareja sobreviviente que, además de ocupar un lugar prioritario en los afectos del causante, habitualmente es una persona de edad avanzada, con necesidades asistenciales y médicas que, por regla general, generan una necesidad económica superior a la que puedan tener los hijos, normalmente ya adultos y con su vida encauzada. En mi opinión, acomodar la norma para ajustar la cantidad de la *statutory provision* dependiendo de si el cónyuge o pareja superviviente es propietario de la vivienda familiar, no parece una medida excesivamente compleja y contribuiría a equilibrar la balanza a favor de los hijos del causante, sin perjudicar excesivamente el bienestar del supérstite. En cualquier caso, no es esta la opinión del legislador inglés, que opta por aplicar de forma homogénea una norma que prioriza al cónyuge o pareja en todos los casos, reconociendo que, en ocasiones, el resultado puede ser injusto o irracional. Para esos supuestos, el legislador remite a la jurisdicción discrecional de los tribunales bajo la normativa reguladora de la *family provision*.

V. En efecto, la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* de 1975 actúa como contrapunto, tanto a la omnímoda libertad de testar proclamada en sede de sucesión voluntaria, como a la aplicación indiscriminada de las normas de la sucesión intestada, ofreciendo a ciertos familiares y personas dependientes del causante la posibilidad de impugnar la distribución hereditaria, en el supuesto de que no haya sido razonable o equitativa. Así, el legislador autoriza a los tribunales para que, discrecionalmente, reordenen la sucesión del finado si la consideran irracional, introduciendo en el sistema sucesorio inglés un límite *post mortem* a la libertad de disposición del causante o al resultado de una aplicación mecánica de las reglas de la sucesión intestada. Cabe preguntarse si un sistema que corrige la voluntad del testador tras su muerte, no porque el testamento fuera inválido sino porque el resultado es, a juicio de los tribunales, irracional, es verdaderamente respetuoso del principio de libertad de testar. Por lo que respecta al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja civil, también en esta sede recibe un trato ostensiblemente mejor que el aplicable al resto de reclamantes bajo la normativa de la *family provision*. Y es que, en caso de que el juez considere que la distribución del causante fue irracional, puede asignarle una parte de la herencia que no está

limitada –como ocurre en el resto de las reclamaciones- a lo estrictamente necesario para subsistir.

VI. La equiparación de los derechos sucesorios del cónyuge y de la pareja civil legalmente constituida no se extiende al conviviente *more uxorio* que no goza de ningún reconocimiento en la sucesión *ab intestato* de su pareja y, pese a que sí se le reconoce legitimación activa para reclamar la prestación familiar discrecional, lo máximo que puede reclamar es una prestación alimenticia básica. Su desventaja en relación al cónyuge o pareja civil es palmaria: mientras éste recibe la práctica totalidad del caudal relicto en la sucesión intestada y puede reclamar la prestación familiar por el mero hecho de su condición de cónyuge o pareja civil, el conviviente *more uxorio* no tiene ningún derecho en la sucesión legal de su pareja y, para poder reclamar la prestación discrecional, deberá probar primero que convivió con el causante “como marido y mujer”, a pesar de que su prestación se determina en base al estándar de alimentación y no al más generoso estándar del cónyuge.

El legislador inglés ha considerado en más de una ocasión la posibilidad de reconocer al miembro de la pareja *more uxorio* los mismos derechos sucesorios que se le reconocen al cónyuge o a la pareja civil superviviente. El gran obstáculo es el mismo que le causa quebraderos de cabeza en la sucesión intestada: la posición sucesoria de los descendientes del causante. La decisión de favorecer al cónyuge o pareja por encima de toda la parentela, a menudo supone la desheredación de los hijos del finado, incluso si son menores o discapacitados. Reconocer al conviviente *more uxorio* los mismos derechos que al cónyuge o pareja civil, supondría reducir aún más la expectativa sucesoria de los descendientes, cuyo interés quedaría condicionado, no sólo a la existencia del cónyuge o pareja, sino también a la del conviviente.

VII. Parece, por tanto, que el conviviente inglés deberá de esperar a que el legislador solucione la cuestión, más apremiante, de cómo equilibrar los derechos sucesorios del cónyuge o pareja del causante intestado y los de sus hijos, al menos cuando son menores, discapacitados o hijos de relaciones anteriores en el caso de familias sucesivas o reconstituidas, especialmente si la herencia del causante incluye los

bienes relictos del otro progenitor. Lo cierto es que nada indica que el legislador inglés se esté planteando una mejora de la situación de los hijos del *de cuius*, si esto tiene la consecuencia, aparentemente inevitable, de empeorar la posición sucesoria del supérstite. La respuesta del legislador para aquellas sucesiones que produzcan resultados irracionales o injustos, es remitir al perjudicado a la jurisdicción discrecional de la *family provision*. Esta solución, sin embargo, queda lejos de ser ideal, no sólo para los hijos y demás reclamantes, sino también para el supérstite que, no nos olvidemos, puede quedar totalmente excluido de la herencia si esa es la voluntad del causante. Es cierto que la vía judicial tiene la gran ventaja de ajustar la distribución hereditaria a las circunstancias del caso concreto, en un proceso que reconoce al juez un alto grado de discrecionalidad para encontrar una solución “justa” o “racional”. Sin embargo, introduce una incertidumbre inherente a todo proceso judicial, pero más aún en una jurisdicción caracterizada por su alto componente subjetivo, en la que los jueces son llamados a ejercer un juicio de valor sobre cuestiones familiares con un alto contenido emocional. No podemos obviar tampoco el alto costo económico de acudir a los tribunales en Inglaterra, además del costo emocional de interponer una acción judicial en la que el perjudicado será, seguramente, un familiar. En el caso del viudo o pareja sobreviviente, a estas dificultades hay que añadir la barrera que, sin duda, supone la avanzada edad del supérstite medio que en muchos casos no tendrá los recursos o la energía necesaria para embarcarse en un proceso judicial.

VIII. En las antípodas de la viuda inglesa encontramos a la viuda del Código civil. En diferentes momentos históricos ambas gozaron, o sufrieron, situaciones de precariedad no muy dispares, pero sus fortunas seguirán caminos muy diferentes a partir del siglo XX. Mientras que para la viuda (y el viudo) inglés comenzó una pronunciada mejora en su estatuto sucesorio que ha continuado hasta nuestros días, la situación del cónyuge supérstite español, aunque sustancialmente mejorada en el Código civil de 1889, no ha evolucionado al mismo ritmo y dista mucho de alcanzar el régimen preferente del que goza su homónimo inglés.

IX. El Código civil no es particularmente generoso con el cónyuge supérstite. Si decíamos que la viuda es la protagonista indiscutible del sistema sucesorio inglés, en el español esa posición se reserva para los hijos del causante al amparo de un ordenamiento que no refleja el lugar que ocupa el cónyuge hoy en día en la familia y en los afectos del causante. En caso de que el *de cuius* muera sin haber ordenado su sucesión, sus hijos o descendientes heredan la totalidad de la herencia. Es más, a falta de hijos, no sólo los padres del causante, sino todos sus ascendientes son llamados a la herencia del finado antes que su cónyuge. Es cierto que el cónyuge no queda totalmente desprotegido, ya que su condición de sucesor forzoso o legitimario le garantiza, en todo caso, la legítima viudal consistente en un derecho de usufructo sobre una parte del caudal relicto. En este aspecto, el viudo español goza de una protección *ex lege* de la que no goza su homónimo inglés que, ante la decisión de su consorte de excluirle de su testamento deberá acudir a los tribunales para que determinen si le corresponde parte de la herencia. No obstante la indudable bondad de la legítima viudal, el derecho que la ley reserva para el cónyuge supérstite como garantía de su sustento y bienestar tras la muerte de su consorte, es un derecho limitado, otorgado, no en propiedad como el de los demás legitimarios, sino en usufructo; un derecho ubicado en un esquema sucesorio desfasado con la realidad social actual que prima los derechos de los hijos del causante por el mero hecho de serlo, asignándoles dos terceras partes del caudal relicto sin ponderar si son adultos, menores o discapacitados, sin atender a cuestiones de necesidad o mérito y sin constatar la calidad, o incluso la existencia, de una relación afectiva con el causante. Esto es así, a pesar de estar sobradamente constatado en sede notarial que la mayoría de causantes casados y con hijos expresan el deseo de ordenar su sucesión de forma recíproca, disponiendo que todo, o la mayoría, del patrimonio hereditario quede para el cónyuge que sobreviva, heredando los hijos el remanente tras la muerte del supérstite. Este deseo, como ya se sabe, queda frustrado por las reglas de la sucesión recogidas en el Código civil que prohíben los testamentos mancomunados e imponen una reserva de dos tercios de la herencia a favor de hijos y descendientes, con lo que el testador, por más que quiera favorecerle, sólo puede atribuir a su consorte, al igual que si fuera un extraño, el tercio de libre disposición.

X. Como posible reforma a la regulación actual, se propone reubicar al supérstite, junto con los descendientes, en el primer orden de la sucesión intestada, al tiempo que se suprime la legítima de los hijos adultos y los ascendientes, pero se mantiene la de los hijos menores o adultos discapacitados, aumentando así la libertad de disponer del causante. Por lo que respecta a los ascendientes -que mantendrían su carácter de herederos legales de segundo orden- y los hijos adultos, estos podrían reclamar un derecho de alimentos a cargo de la herencia, en caso de hallarse en situación de necesidad a consecuencia de la muerte del causante.

XI. Esta propuesta contribuiría a satisfacer la reivindicación del testador medio de una mayor libertad para favorecer a su cónyuge, sin tener que recurrir -como ocurre ahora- a la cláusula compensatoria de la legítima prevista en el artículo 820.3 CC. Este precepto ofrece al testador un mecanismo para disponer o, mejor dicho, para intentar disponer, el usufructo universal a favor de su cónyuge sin lesionar la legítima de los sucesores forzosos. Sin embargo, a pesar de su utilidad, no es la solución que demandan los testadores, ya que su efectividad queda en manos de los legitimarios a los que grava, que pueden rechazar el gravamen y frustrar así la voluntad del testador, con efectos devastadores para el supérstite cuando el único, o principal, bien hereditario es la vivienda familiar. Aunque actualmente infrutilizada, una herramienta que sí garantiza el refuerzo de la posición sucesoria del supérstite en caso de haber descendientes comunes, es la amplísima delegación de la facultad de mejorar contemplada en el artículo 831 CC. Esta fiducia sucesoria, notable excepción al principio personalista del testamento, permite al testador delegar en su cónyuge, con carácter vitalicio, amplias facultades para administrar y distribuir entre los descendientes comunes dos terceras partes del caudal relicto (mejora y libre disposición). La delegación del artículo 831 CC, combinada con el usufructo universal del artículo 820.3 CC, ofrecen, bajo la normativa actual, la mejor opción para paliar, en sede de sucesión voluntaria, las restricciones que, de otro modo, impone la institución legitimaria.

XII. La deficiencia de la protección sucesoria que el Derecho civil común ofrece al supérstite es evidente. Pero no podemos olvidar que, en el ordenamiento español, para obtener una visión completa de la situación sucesoria del viudo, debemos

atender a una circunstancia ajena a la disciplina sucesoria: los derechos que le corresponden a consecuencia del régimen económico que reguló el matrimonio. En efecto, a través de las normas de la sociedad de gananciales, régimen supletorio legal, el legislador introduce en el contrato matrimonial una serie de reglas dirigidas a proteger al supérstite, que completan o, al menos, mejoran la situación prevista para éste en sede sucesoria: la asignación de la mitad de los bienes gananciales, un derecho de alimentos mientras esté pendiente la liquidación de la sociedad y, singularmente, el derecho a incluir con preferencia en su haber la vivienda en la que reside o un derecho de habitación sobre la misma. Este trato de favor que reciben los cónyuges que, por elección o por descuido, operaron bajo un régimen de gananciales es, a mi parecer, discriminatorio hacia aquellos que optaron por un régimen económico diferente, razón por la que considero que los derechos sucesorios del supérstite no deben de estar ligados al régimen que rigió la economía de su matrimonio.

XIII. En cualquier caso, las disposiciones previstas en sede de régimen económico matrimonial, resultan insuficientes para garantizar que el supérstite pueda mantener el nivel de vida que tenía en vida del causante y, en particular, son inadecuadas para dar solución a uno de los grandes retos de los sistemas sucesorios modernos: asegurar la permanencia del cónyuge supérstite en su hogar tras la muerte de su consorte. Incluso cuando el supérstite puede beneficiarse del derecho de atribución preferente de la vivienda, si el valor de ésta o del derecho de habitación supera la parte que le corresponde en la liquidación de la sociedad, el supérstite deberá abonar la diferencia. En caso de no poder hacerlo, circunstancia común cuando la vivienda es el principal bien de la herencia, la parte del causante se integra al caudal relicto quedando sujeta a las normas de la sucesión y, por tanto, a la dinámica de la institución legitimaria.

XIV. Por lo que respecta al conviviente extramatrimonial, también en este aspecto difiere el Código civil del ordenamiento inglés. El Derecho civil común no reconoce al miembro superviviente de la pareja de hecho los mismos derechos sucesorios que al cónyuge viudo, independientemente de cómo se haya constituido la unión. Es más, el conviviente supérstite no tiene ningún derecho en la sucesión intestada de

su pareja, ni tampoco se le reconoce ningún derecho legitimario, aunque concurra a la herencia con hijos comunes a ambos. En la sucesión testada, el conviviente es considerado un extraño por lo que el causante sólo puede atribuirle la parte de libre disposición, aunque es cierto que la reforma del artículo 831 CC ofrece una herramienta poderosa para transformar la posición sucesoria del conviviente *more uxorio* que puede posicionarle en el centro de la sucesión de su pareja siempre que existan descendientes comunes. No obstante el peso de los argumentos opuestos a otorgar derechos sucesorios legales al conviviente a razón de su decisión de mantenerse al margen de la regulación del matrimonio, considero que deberían contemplarse si se establece que existió una comunidad de vida análoga a la que fundamenta los derechos sucesorios del cónyuge.

XV. Entre la prioridad que le otorga el Derecho inglés y la escasa atención que le dedica el Derecho civil común, el Derecho civil vasco ha forjado una vía intermedia para dotar al supérstite de un estatuto sucesorio que refleje su posición en la familia del causante, sin desatender a los hijos y descendientes. La propuesta del legislador vasco, como no puede ser de otra manera, refleja la evolución histórica de un Derecho que, en su empeño por preservar la unidad del patrimonio familiar, desarrolló un entramado de instituciones sucesorias en las que la figura del cónyuge fue, y continúa siendo, central, ya fuera mediante la institución de comisario, el usufructo universal o el régimen vizcaíno de comunicación foral.

XVI. Al igual que el Derecho estatal, y a diferencia del inglés, el Derecho civil vasco limita la libertad dispositiva del causante mediante la institución legitimaria, pero, desde la reforma de 2015, sólo contempla dos legitimarios: los hijos y el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho. La LDCV reserva para el cónyuge o pareja supérstite el usufructo de la mitad del caudal relicto si concurre con descendientes, y dos tercios en todos los demás casos. Por lo que respecta a los hijos, su legítima –de carácter colectivo como ya lo era bajo el Fuero vizcaíno- se reduce a un tercio de los bienes de la herencia, pudiendo el causante disponer libremente de los otros dos tercios para mejorar la posición sucesoria de su cónyuge o pareja si esa es su voluntad (supeditado siempre a las limitaciones impuestas por la troncalidad vizcaína, en los casos en los que sea aplicable). La desaparición de los

ascendientes como legitimarios también redundaría a favor del supérstite, que ahora sólo ve reducida su cuota al usufructo de la mitad del caudal cuando concurra con descendientes, extendiéndose a dos tercios en el resto de los casos.

XVII. A pesar de la indudable mejora que la Ley 5/2015 ha supuesto para el supérstite vasco, en particular para aquél que, hasta entonces, había estado sujeto al sistema sucesorio del Código civil, creo que la realidad social actual justifica un cambio más radical, en línea con la propuesta realizada en sede del Código civil, que reubicaría al cónyuge o pareja en el primer orden de llamamientos legales junto con los hijos, al tiempo que reduciría las categorías de legitimarios ampliando así la libertad de disponer del causante y ofrecería a los ascendientes y a los hijos adultos la posibilidad de reclamar un derecho de alimentos bajo el actual artículo 21.1-a LDCV.

XVIII. Es cierto que, como novedad y mejora importante, el legislador vasco ha introducido un nuevo derecho necesario a favor del cónyuge o pareja supérstite en forma de derecho de habitación sobre la vivienda conyugal o de la pareja. Sin llegar tan lejos como el legislador inglés, que prioriza la adquisición por parte del supérstite de la propiedad de la vivienda familiar, el legislador vasco propone un derecho real limitado. Aun siendo una respuesta de mínimos, ya que sólo concede al cónyuge o pareja sobreviviente un derecho a ocupar la vivienda familiar en la medida que le resulte necesario, sin que pueda excluir el uso del propietario, cumple el objetivo de garantizar la permanencia del supérstite en su vivienda, incluso en el supuesto especial de que ésta sea un bien troncal. Aunque, sin duda, la normativa inglesa ofrece una mayor seguridad para el supérstite al facilitarle el acceso a la propiedad de la vivienda, la consecuencia práctica de esta medida es, en la mayoría de los casos, la exclusión de los hijos. Ciertamente, la incorporación de una medida de estas características en el sistema sucesorio vasco, requeriría una reforma integral del mismo. La solución del legislador autonómico, aunque más modesta, tiene mejor cabida en la tradición del Derecho civil vasco, evocando y ampliando la antigua idea de la continuidad en el caserío del cónyuge no tronquero. Es más, el derecho de habitación ofrece una respuesta más ajustada a la voluntad de la sociedad vasca actual que, aunque reclama un sistema sucesorio que proteja al

cónyuge o pareja superviviente, no entendería un sistema que excluye a los hijos de la herencia de sus padres en la mayoría de los casos.

XIX. En sede de sucesión voluntaria, el Derecho civil vasco ofrece al causante un amplio abanico de posibilidades, ya sea mediante pacto sucesorio o testamento, sea unipersonal o mancomunado, para afianzar la posición sucesoria de su cónyuge o pareja. Instrumentos como la designación del cónyuge o pareja comisario o la atribución del usufructo universal, sumadas a la posibilidad de transmitir al supérstite la parte de libre disposición que, ahora, se extiende a dos tercios de la herencia, hacen posible que el causante configure para su consorte una posición preeminente y privilegiada en su sucesión. Sin llegar a la libertad irrestricta del causante inglés para disponer de todo su patrimonio a favor de su cónyuge o pareja, el causante vasco puede atribuirle dos tercios de la herencia en plena propiedad y un derecho de usufructo sobre el tercio de legítima de los descendientes. Recordemos también que, en cualquier caso, el supérstite vasco tiene garantizado parte del caudal relicto por ministerio de la ley (legítima usufructuaria y derecho de habitación), mientras que el *de cuius* inglés deberá acudir a la jurisdicción discrecional de los tribunales para reclamar su derecho. El supérstite vasco conserva estos derechos legitimarios en la sucesión intestada, en la que, por otro lado, su posición también se ha visto mejorada por la ley de 2015 que le llama a suceder como heredero legal en segundo lugar, inmediatamente después de los descendientes del causante y, por lo tanto, antes que los ascendientes.

XX. Con todo, de los tres ordenamientos jurídicos analizados, el Derecho español común es el que menos protección ofrece al cónyuge y, por supuesto, al conviviente de hecho al que no reconoce ningún derecho en la sucesión de su pareja. El Código civil continúa regulando la sucesión en base a un arquetipo de familia desfasado, que reserva para los hijos una parte desproporcionada de la herencia de sus padres y trata al cónyuge poco mejor que a un extraño, proclamándole legitimario, pero asignándole su derecho en usufructo y siempre a merced de la decisión de los hijos de instar su conmutación. En el otro extremo se ubica el Derecho inglés, que le otorga un trato singularmente favorable en caso de que decida impugnar la distribución hereditaria ordenada por el causante; y que, en la sucesión intestada -

aquí la mayor discriminación positiva- le atribuye la práctica totalidad de la herencia, con exclusión de los hijos del causante, para quienes, además, no prevé un trato tan favorable en caso de que decidan reclamar parte del patrimonio relicto. La sociedad inglesa, satisfecha con el trato predilecto del cónyuge o pareja sobreviviente, reclama sin embargo una mayor protección para los hijos del causante, principalmente cuando no son también hijos del supérstite, pero el legislador inglés no ha encontrado, todavía, una fórmula que atienda a ambos intereses sin perjudicar la posición sucesoria del cónyuge o pareja civil.

XXI. El Derecho civil vasco parece haberse desarrollado por un camino intermedio que consigue un mejor equilibrio de los principales intereses sucesorios: por lo que respecta al cónyuge o pareja sobreviviente, le ofrece un estatuto sucesorio sólido tanto en la sucesión testada como en la intestada y, aunque en sede de sucesión forzosa no le atribuye derechos en propiedad, lo compensa con un derecho de habitación que no admite conmutación a instancia de los herederos

Sin embargo, aunque aparentemente bien equilibrada, la solución que ofrece el Derecho vasco corre el riesgo de quedarse desfasada antes incluso de haber comenzado a dar frutos. A salvo de la posibilidad de que el causante disponga de la parte de libre disposición a favor del supérstite, las instituciones sucesorias que amparan al cónyuge o pareja vasco son de naturaleza usufructuaria y, por lo tanto, inadecuadas para responder a las necesidades del supérstite que, cada vez más, va a necesitar activos líquidos para financiar los servicios de asistencia médica y residencial que, posiblemente, requerirá en una sociedad que cada vez delega más el cuidado de sus mayores en instituciones externas a la familia. Tal vez la preocupación principal ya no sea asegurar que el sobreviviente siga disfrutando de la vivienda familiar, sino asegurar sus necesidades asistenciales y residenciales dentro o fuera de dicha vivienda. En este sentido, la determinación del legislador inglés de garantizar la propiedad de la vivienda al supérstite y, por lo tanto, la libertad de disponer de ella como mejor le convenga, ofrece una solución más ajustada a sus necesidades futuras, aunque sea a costa de las expectativas sucesorias de los hijos.

XXII. Tras todo lo dicho, no debemos olvidar el ordenamiento sucesorio regido por el Fuero de Ayala que, como el Derecho inglés, se funda en la idea de la libertad dispositiva irrestricta del causante. A salvo del derecho de habitación introducido por la ley de 2015 a favor del viudo o pareja superviviente, el testador ayalés, como el inglés, puede disponer libremente de su patrimonio. Resulta de marcado interés que la experiencia ratifica el hecho de que, a pesar de gozar de absoluta libertad, el ayalés raramente ordena su sucesión en perjuicio de su familia, lo que concuerda con la afirmación del legislador inglés al proclamar la supletoriedad de la jurisdicción discrecional de la *family provision* que sólo se ejerce en el inusual supuesto de que la normativa de la sucesión testada o intestada dé lugar a una distribución injusta o irracional del patrimonio del causante; dicho de otro modo, la libertad de testar no induce al testador a ser caprichoso o a actuar de modo irracional sino que, al contrario, lo habitual es que el testador utilice su libertad para ordenar su sucesión de un modo que se ajuste a las circunstancias de su familia lo que, en la mayoría de los casos, redundará en una mayor protección de la posición sucesoria del cónyuge o pareja sobreviviente.

XXIII. Cerramos este trabajo con una reflexión, no tanto sobre las diferencias que separan los ordenamientos analizados, sino sobre el desafío común que supone legislar en torno a un concepto en constante evolución como es la familia y, en concreto, la pareja. Los tres sistemas analizados basan su normativa sucesoria en un prototipo de familia integrada por una pareja matrimonial –o cuasi-matrimonial en el caso de la pareja civil inglesa y la pareja registrada vasca– con vocación duradera y estable, lo que perpetúa estructuras sucesorias que responden a un formato de pareja que, aunque continúa existiendo, ya no es el único, ni el principal. La persona que ocupa un lugar destacado en los afectos del causante en el momento de su muerte, ya no es necesariamente su consorte “de toda la vida”, aquel que contribuyó a generar la fortuna familiar y a cuidar a la familia, sino que cada vez más habitualmente, será el segundo o ulterior cónyuge o pareja extramatrimonial, en el contexto de una relación de duración variable. Ninguno de los ordenamientos analizados ofrece una respuesta satisfactoria a estas nuevas estructuras familiares, que plantean situaciones sucesorias muy diferentes dependiendo de si el causante tuvo más de un cónyuge o pareja a lo largo de su vida, si la duración y naturaleza de

la relación justifica el nacimiento de derechos sucesorios, si el causante tuvo hijos con una o más de una de sus parejas, etc. El sistema inglés, con su amplio abanico de personas legitimadas para impugnar la distribución de la herencia y su exhaustivo análisis de las circunstancias concretas de cada caso es, tal vez, el que más se acerca a lograr soluciones ajustadas a las nuevas realidades, pero sólo en sede judicial y, no nos olvidemos, a costa de modificar la voluntad expresada por el causante en testamento. En definitiva, aunque la hipótesis de base hace tiempo que ha cambiado, las estructuras sucesorias actuales siguen mirando al pasado y corren el riesgo de quedarse, o tal vez de estar ya, obsoletas.

BIBLIOGRAFÍA

AIZPURUA ONDARO, Gontzal,

- “Apuntes sobre la evolución positiva del Derecho sucesorio vizcaíno”, en *Jornadas internacionales sobre instituciones vascas = Euskal erakunde zibilei buruzko nazioarteko ihardunaldiak*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991, pp. 351-364.

- *Ley del Derecho civil foral del País Vasco (3/1992, de 1 de Julio)*, Colección de textos forales, volumen III, Diputación Foral de Bizkaia – Universidad de Deusto, 1995.

AIZPURUA ONDARO, Gontzal y ALONSO ARCE, Iñaki, “Ámbito territorial de aplicación del Derecho civil foral de Bizkaia en las villas: en busca del fuero”, *Boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, núm. extraordinario 5, 2007, pp. 81-99.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, “El tercio de herencia gravado por el usufructo del cónyuge viudo cuando los legitimarios son los hijos del causante”, *Actualidad Civil*, vol. XXXI, núm. 3, 1991, pp. 423-430.

ALONSO MARTÍNEZ, Manuel, *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Editorial Plus-Ultra, (Nueva edición de la obra publicada en dos tomos en 1884 y 1885), Copia digital. Zaragoza, 2002. Recuperado de <http://www.derechoaragones.es/i18n/consulta/registro.cmd?id=601266>

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, “Incidencia de las crisis matrimoniales en el Derecho de sucesiones”, *Actualidad Civil*, XIII, 2006, pp. 1525-1554.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Consecuencias del Brexit para la cooperación en materia civil: Derecho de la persona, de la familia y de sucesiones”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo XVII, 2017, pp. 181-210

ÁLVAREZ RUBIO, Juan José,

- “Una renovada dimensión de los conflictos internos: nuevos Estatutos de Autonomía y Desarrollo Normativo”, *Boletín Jado de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Jado aldizkaria*, núm. 18, 2009, pp. 21-51.
- “Vecindad civil vasca y conflictos de leyes”, en *Derecho Civil vasco desde la perspectiva de Gipuzkoa = Euskal zuzenbide zibileko jardunaldiak Gipuzkoaren ikuspegitik*, Diputación foral de Gipuzkoa, Astigarraga, 2016, pp. 41-53.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina,

- “Uniones de hecho y enriquecimiento injusto. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2005”, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 1, 2008, pp. 25-74. Recuperado de:
https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2005-1
- “La situación actual de las parejas no casadas”, *InDret*, núm. 3, 2015, pp. 1-46.
- “Enriquecimiento injustificado por haber convivido: ¿Tiene sentido hablar de este modo?”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 16 bis, 2022, pp. 1002-1045.

ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *El usufructo poderoso del Fuero de Ayala*, Diputación Foral de Álava, Vitoria-Gasteiz, 1999.

ARZANEGUI SARRICOLEA, Julián María,

- “La actualización del Fuero Civil de Bizkaia. Su adecuación a la presente realidad social”, *Los derechos históricos vascos. II Congreso Mundial Vasco*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1988, pp. 237-252.
- “Cinco cuestiones prácticas relativas al poder testatorio”, *Boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, núm. extraordinario 1, 2004, pp. 119-148.

ASUA GONZÁLEZ, Clara Isabel,

- *Designación de sucesor a través de tercero*, Tecnos, Madrid, 1992.

- “Dos temas de reflexión en torno al *testamento por comisario* de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco”, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 887-902.

- “Las formas de designar sucesor en bienes. El artículo 27 de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco”, *Revista jurídica de Navarra*, núm. 22, 1996, pp. 209-222.

- “Situación actual y perspectivas de futuro del Derecho sucesorio vasco”, *Revista Valenciana d’Estudis Autònoms*, núm. 54, volumen II, 2010.

- “Succession rights and unmarried couples in Spanish Law”, *Oñati socio legal series*, vol. 4, núm. 2, 2014, pp. 176-195.

- “La STC 93/2013, de 23 de abril, y la regulación del régimen interno de las convivencias no matrimoniales en la Comunidad Autónoma del País Vasco”, *R.V.A.P.*, núm. 103, 2015, pp. 17-54.

- “Familia, Derecho de familia e instituciones para la convivencia” en *Manual de Derecho civil vasco*, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 243-256.

- “La ordenación por comisario” en *Manual de Derecho civil vasco*, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 361-381.

- “Delegación de la facultad de ordenar la sucesión ex art. 831 CC y plazo para recibir la legítima estricta. Comentario a la STS de España núm. 293/2019, de 24 de mayo (RAJ 2019, 2113)”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm.29, enero 2020, pp. 502-511.

ASUA GONZÁLEZ, Clara Isabel y GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “Fiducia sucesoria en el País Vasco”, en M^a Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo I, Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menro, 2016, pp. 939-1000.

ASUA GONZÁLEZ, Clara Isabel, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, “El ejercicio de la competencia en materia civil por parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, 1994, pp. 9-34.

ASUA GONZÁLEZ, Clara Isabel; GALICIA AIZPURUA, Gorka; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto; HUALDE SÁNCHEZ, José Javier; IMAZ ZUBIAUR, Leire, *Estudio sobre Derecho Sucesorio Vasco. Bases para un nuevo régimen*, Universidad del País Vasco, Leioa (Bizkaia), 2011.

ATXUTEGI GUTIÉRREZ, Jon, *Apartamiento y desheredación en el Derecho civil vasco*, Barcelona, Atelier, 2022.

AYLLÓN GARCÍA, Jesús Manuel, “Presente y futuro del derecho sucesorio de las parejas de hecho”, en *Las legítimas y la libertad de testar, Perfiles críticos y comparados*, Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada y Francisco José Aranguren Urriza (dirs.) y Juan Pablo Murga Fernández y César Hornero Méndez (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 257-285.

AZNAR AZCÁRATE, Álvaro, “La sucesión en Inglaterra y Gales”, *Diario La Ley*, núm. 9577, Sección Tribuna, 2020. Recuperado de:
<https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/02/19/la-sucesion-en-inglaterra-y-gales>

BARBA, Vincenzo, “Familias recompuestas y Derecho de sucesiones: una posible propuesta de regulación”, *Revista de Derecho civil*, vol. IX, núm. 3, julio-septiembre 2022, pp. 157-206.

BARLOW, Anne y SMITHSON, Janet, “Legal assumptions, cohabitant’s talk and the rocky road to reform”, *Child and Family Law Quarterly*, núm. 22, 2010, pp. 328-350.

BARRIO GALLARDO, Aurelio,

- “Atemperar la rigidez de la legítima”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 21, 2007, pp. 1-33.

- *La evolución de la libertad de testar en el ‘Common Law’ inglés*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

- *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Dykinson, Madrid, 2012.

BARRUETABEÑA ZENEKORTA, Maite, *El testamento mancomunado o de hermandad en el Derecho civil del País Vasco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BARTOLINI, Francesca y PATTI, Francesco Paolo, “The freedom to disinherit children”, *Zeitschrift für europäisches privatrecht*, vol. 2, 2018, pp. 428-445.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Bercal (5ª edición), Madrid, 2018.

BERIAIN FLORES, Irantzu, “Las uniones no matrimoniales y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 2014, pp. 137-172.

BLACKSTONE, William, *Commentaries on the laws of England*, vol. I, pp. 442-445. Recuperado de <https://lonang.com/library/reference/blackstone-commentaries-law-england>.

BORKOWSKI, Andrew, *Deathbed gifts: the Law of donatio mortis causa*, Blackstone Press, Oxford, 1999.

BRAUN, Alexandra, "Pension death Benefits: Opportunities and Pitfalls", en *Current issues in Succession Law*, Brian Hacker y Charles Mitchell (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 231-256.

BREMMER, Rolf H., "Widows in anglo-saxon England", en *Between poverty and the pyre: moments in the history of widowhood*, Jan Bremmer y Lourens van den Bosch (eds.), Routledge, Londres, 1995, pp. 58-88.

BUSTO LAGO, José Manuel, "La ordenación sucesoria de los bienes gananciales: avances hacia la consideración unitaria del patrimonio ganancial", en *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Ángel Luis Rebolledo Varela (coord.), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 603-655.

BURNS, Fiona,

- "Surviving spouses, surviving children and the reform of total intestacy law in England and Scotland: past, present and future, *Legal Studies*, vol. 33, núm. 1, 2013, pp. 85-118.
- "The changing patterns of total intestacy distribution between spouses and children in Australia and England", *UNSW Law Journal*, vol. 36, núm. 2, 2013, pp. 470-513.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio,

- "Freedom of Testation, Legal Inheritance Rights and Public Order under Spanish Law", en *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, M. Anderson y E. Arroyo (eds.), Europa Law Publishing, 2011, pp. 269-305.
- "Intestate succession in Spain", en *Comparative Succession Law, Intestate Succession*, Kenneth Reid, Marius J de Waal y Reinhard Zimmermann (eds.), Oxford University Press, Oxford, Inglaterra, 2015, pp.96-117.

CAÑIZARES LASO, Ana, “Legítimas y libertad de testar”, en *Estudios de derecho de sucesiones. Liber Amicorum*. Teodora Felipa Torres García, Andrés Domínguez Luelmo y M^a Paz García Rubio (dir.), La Ley, Las Rozas, 2014, pp. 245-269.

CARCABA FERNÁNDEZ, María, *Los Derechos sucesorios del cónyuge viudo*, Servicio de publicaciones Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993.

CASADO CASADO, Belén, “La cautela *socini* y su posible consideración como sanción de derecho privado. La relevancia de esta consideración desde el punto de vista práctico”, en *Las legítimas y la libertad de testar, Perfiles críticos y comparados*, Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada y Francisco José Aranguren Urriza (dirs.) y Juan Pablo Murga Fernández y César Hornero Méndez (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 315-333.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*, tomo IV, Reus (6^a edición), Madrid, 1944.

CASTELLANOS CÁMARA, Sandra,

- “Tránsito hacia la nueva Ley de Derecho Civil Vasco: testamentos inadaptados y legítima”, en *La justicia en la era de la globalización: una aproximación desde diferentes ramas del Derecho*, Pilar Nicolás Rodríguez (dir.), Leyre Hernández Díaz (dir.), 2018, pp. 93-109.

- “Reflexiones sobre el régimen transitorio de la Ley 5/2015 de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco”, *Boletín Jado de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Jado aldizkaria*, núm. 28, 2018, pp.235-288.

CASTILLA BAREA, Margarita, “Una mirada a la fiducia sucesoria, a través de su nueva formulación en la propuesta de Código Civil de la APDC”, en *La libertad de testar y sus límites*, Antoni Vaquer Aloy, M^a Paz Sánchez González, y Esteve Bosch Capdevila (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 305-343.

CELAYA IBARRA, Adrián,

- *Derecho Foral y Autonómico Vasco: Derecho Foral*, tomo I, Universidad de Deusto, Bilbao, 1984.
- “El sistema familiar y sucesorio de Vizcaya en el marco del Derecho medieval”, *Congreso de Estudios Históricos. Vizcaya en la Edad Media (Bilbao, 17-20 diciembre 1984)*, Eusko Ikaskuntza, Donostia, 1986, pp.147-163.
- *Derecho Civil Vasco*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1993
- *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales, XXVI, Ley sobre el Derecho civil foral del País Vasco*, Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dirs.), Edersa, Madrid, 1997.
- “Fuero Antiguo de la Merindad de Durango”, *Estudios de Deusto*, volumen 46, núm. 2, 1998, pp. 91-108.
- “Conflictos de leyes civiles”, *Boletín Jado de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Jado aldizkaria*, núm. 18, 2009, pp.7-20.

CHALBAUD ERRAZQUIN, Luis, *La troncalidad en el fuero de Vizcaya (1898)*, Clásicos del Derecho Vasco, Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademia, Bilbao, 2005.

COMPORTI, Marco, “Sucesiones, comunidad familiar, patrimonio: principios generales europeos e instituciones vascas”, en *Jornadas internacionales sobre instituciones vascas = Euskal erakunde zibilei buruzko nazioarteko ihardunaldiak*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991, pp. 317-341.

CONWAY, Heather,

- “Family provision claims and adult children: the saga continues”, *Northern Ireland conveyancing and land law journal*, núm. 2, 2015, pp. 38-42.

- "Where there is a will...: law and emotion in sibling inheritance disputes", en *The emotional dynamics of law and legal discourse*, Heather Conway y John Stannard (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 35-57.

- "Adult children and family provision claims in the Supreme court: the saga concludes", *Northern Ireland conveyancing and land law journal*, núm. 2, 2017, pp. 45-50.

COOKE, Elisabeth, "The law of succession: doing the best we can", en *Fifty years in family law. Essays for Stephen Cretney*, Rebecca Probert y Charles Barton (eds.), Intersentia Publishing Ltd., Cambridge, 2012, pp. 133-146.

COWNIE, Fiona y BRADNEY, Anthony, "Divided justice, different voices: inheritance and family provision", *Legal Studies*, vol. 23, núm. 4, 2003, pp. 566-586.

CORRAL GARCÍA, Eduardo, *Los derechos del cónyuge viudo en el Derecho civil común y autonómico*, Bosch, Barcelona, 2007.

CRESPO MORA, M^a Carmen, "Algunos aspectos de la legítima del cónyuge viudo separado de hecho. Perspectiva de futuro", IV edición premio artículos jurídicos García Goyena, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 27, 2005, pp. 159-184.

CRETNEY, Stephen,

- "Succession: discretion or whim, freedom of choice or caprice", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 6, núm. 2, 1986, pp. 299-303.

- "Intestacy reforms: the way things were, 1952", *The Denning Law Journal*, núm. 9, 1994, pp. 35-51. Recuperado de <http://ubplj.org/index.php/dlj/article/viewFile/241/268>

- *Family law in the twentieth century: a history*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

CROUCHER, Rosalind F.,

- "Freedom of disposition versus forced heirship: property versus family", en Alon Kaplan (ed.), *Trusts in prime jurisdictions*, Globe Business Publishing Ltd., Londres, 2006, pp. 431-444.

- "How free is free? Testamentary freedom and the battle between "Family" and "Property", *Australian journal of legal Philosophy*, núm. 37, 2012, pp. 9-27.

DAINOW, Joseph, "Limitations on testamentary freedom in England", *Cornell Law Quarterly*, vol. 15, núm. 3, 1940, pp. 337-360.

DARBYSHIRE, Penny, *English legal system*, Sweet & Maxwell, Londres, 2016.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, "Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte", en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pp. 13-171.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio,

- *Sistema de Derecho Civil, Derecho de familia y Derecho de sucesiones*, volumen IV, Tecnos (5ª edición), Madrid, 1989.

- *Sistema de Derecho Civil, Derecho de sucesiones*, tomo 2, volumen IV, Tecnos (11ª edición), Madrid, 2012

D'ORS, Álvaro, *El Código de Eurico. Edición, Palingenesia, Índices*, Estudios Visigóticos II, Cuadernos del Instituto Jurídico español, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2014 (2ª ed.). Recuperado de:

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-LH-2014-1

DOUGLAS, Gillian, "Family provision and family practices: the discretionary regime of the Inheritance Act of England and Wales", *Oñati socio legal series*, vol. 4, núm. 2, 2014, pp. 222-242.

DOUGLAS, Gillian, WOODWARD, Hilary, HUMPHREY, Alun, MILLS, Lisa y MORRELL, Gareth, "Enduring love? Attitudes to family and inheritance in England and Wales", *Journal of Law and Society*, vol. 38, núm. 2, 2011, pp. 245-271.

DOWRICK, Brian y THOMAS, Meryl, "The origin of legitim in English law: a reappraisal", *Journal of European history of Law*, núm. 1, 2014, pp. 85-94.

DRAGHICI, Carmen, "Equal marriage, unequal civil partnership: a bizarre case of discrimination in Europe", *Child and Family Law Quarterly*, núm. 29, 2017, pp. 313-338.

DRAKE, Deirdre G. y LAWRENCE, Jeanette, "Equality and distributions of inheritance in families", *Social Justice Research*, núm. 13, 2000, pp. 271-290. Recuperado de: <https://doi-org.ehu.idm.oclc.org/10.1023/A:1026459406628>

ECKELAAR, John, *Family law and personal life*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles,

- *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Aranzadi Thomson Reuters, 2003.

- *Sucesión "mortis causa" de la familia recompuesta (De la reserva viudal a la fiducia sucesoria)*, Cuadernos de Aranzadi Civil-Mercantil, Aranzadi Thomson Reuters, 2015.

ELICEGUI MENDIZABAL, Luis, “El fenómeno sucesorio en Gipuzkoa: una perspectiva de futuro”, en *El Derecho civil vasco del siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Colección informes y documentos, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 366-383.

ESCARZAGA, Eduardo, *Avellaneda y la Junta General de las Encartaciones*, Bilbao, 1927.

ESPADA MALLORQUÍN, Susana,

- *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, Civitas Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

- “El reconocimiento de derechos sucesorios a las parejas de hecho en España”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 12, 2009, pp. 9-67.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *Tendencias reformistas en el Derecho español de sucesiones. Especial consideración al caso de las legítimas*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

ETXEARRIA MIRONES, Jesús y Txomin, *Tradiciones y costumbres de las Encartaciones*, Bilbao, 1997.

FERNANDEZ CABALEIRO, Eugenio, *El régimen económico matrimonial legal en Europa*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Centro de estudios hipotecarios, 1969.

FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio,

- “La inacabada reforma de la legítima del cónyuge viudo”, en *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Ángel Luis Rebolledo Varela (coord.), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 263-295.

- “Usufructo legitimario del cónyuge viudo”, en *Tratado de usufructo*, Ascensión Leciñena Ibarra (Coord.), La Ley, Madrid, 2016, pp.1065-1125. Recuperado de: <https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAE2QzU7EMAyEn4ZcKqHuPxxyoLtHhBAU7m7ibS3SZDdxui1Pj0s5EOITbM3IHvmaMU41jqzPGD14i9->

- “¿El usufructo como legítima del cónyuge viudo?”, en *Las legítimas y la libertad de testar, Perfiles críticos y comparados*, Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada y Francisco José Aranguren Urriza (dirs.) y Juan Pablo Murga Fernández y César Hornero Méndez (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 437-462.

FERNÁNDEZ DE BILBAO, Jesús, “El derecho de habitación del viudo en la ley de Derecho civil vasco”, *Boletín Jado de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Jado aldizkaria*, núm. 27, enero-diciembre 2015-2016, pp. 475-498.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura, “La libertad de testar del causante como protección sucesoria del cónyuge viudo en el siglo XXI”, en *Las legítimas y la libertad de testar, Perfiles críticos y comparados*, Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada y Francisco José Aranguren Urriza (dirs.) y Juan Pablo Murga Fernández y César Hornero Méndez (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 491-518.

FERRER PONS, Jaime, “La intangibilidad de la legítima. Aspectos prácticos en la aplicación de la “cautela *socini*”; la renuncia, transacción o pactos sobre la legítima futura, en *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, Oscar Monje, María Pilar Ferrer Vanrell y José Ángel Torres (dirs.), vol. I, 2014, pp. 881-912.

FINCH, Janet, *Family obligations and social change*, Polity Press, Cambridge, 1989.

FINCH, Janet y MASON, Jennifer, *Passing on: kinship and inheritance in England*, Routledge, London, 2000.

GAFFNEY-RHYS, Ruth, "Same sex marriage but not mixed sex partnership: should the Civil Partnership Act 2004 be extended to opposite sex couples?", *Child and Family Law Quarterly*, núm. 26, 2014, pp. 173-194.

GAGO SIMARRO, Clara, "Derechos *mortis causa* del conviviente supérstite", en *Las legítimas y la libertad de testar, Perfiles críticos y comparados*, Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada y Francisco José Aranguren Urriza (dirs.) y Juan Pablo Murga Fernández y César Hornero Méndez (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 519-550.

GALICIA AIZPURUA, Gorka,

- *Legítima y troncalidad: la sucesión forzosa en el derecho de Bizkaia*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

- "Legítimas y libertad de testar en el País Vasco", en *Tratado de Legítimas*, Teodora F. Torres García (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 417-469.

- "La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio de 2015) de Derecho civil vasco", *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.5, 2016, pp. 77-124.

- "Notas a la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 4, 2016, pp. 303-320.

- "La sucesión forzosa: planteamiento general", en *El Derecho civil vasco del siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Colección informes y documentos, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 388-421.

- "La vinculación de los bienes a la familia: la troncalidad", en *Manual de Derecho civil vasco*, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 207-223.

- “Delación hereditaria y sucesión legal en el País Vasco” en Manual de Derecho civil vasco, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 293-312.

- “Limitaciones a la libertad de disposición por causa de muerte. Régimen legitimario en general. Especialidades en Bizkaia” en Manual de Derecho civil vasco, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 383-402.

- “Delación hereditaria y sucesión legal en el País Vasco”, en Manual de Derecho civil vasco, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 293-312.

- “Limitaciones a la libertad de disposición por causa de muerte. Reservas y reversiones” en Manual de Derecho civil vasco, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 429-438.

- “La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio de 2015) de Derecho civil vasco”, Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 5, 2016, pp. 77-124.

- “En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal”, InDret, núm. 4, 2017, pp. 1-31.

- “Institución hereditaria a favor del cónyuge y ulterior divorcio. Comentario a la STS de España Núm. 593/2018, de 28 de septiembre (CENDOJ: ROJ STS 3263/2018)”, Revista Boliviana de Derecho, núm. 28, 2019, pp. 498-513.

- “Las legítimas en la propuesta de reforma de la asociación de profesores de Derecho Civil”, en Retos y oportunidades del Derecho de sucesiones, Cristina Villó Travé (dir.), Aranzadi Thomson Reuters, España, 2019, pp. 47-73.

- “Una propuesta doctrinal de reforma del régimen sucesorio del Código Civil español”, *Iura Vasconiae*, núm. 17, 2020, pp. 315-340.

- “El testamento por comisario”, *Auñamendi Eusko Enziklopedia*, <https://aunamendi.eusko-ikaskuntza.eus/es/testamento-por-comisario/ar-150194/>.

GALICIA AIZPURUA, Gorka y CASTELLANOS CÁMARA, Sandra, “Últimas reformas y propuestas de reforma en derecho de sucesiones”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 3, 2018, pp. 27-70.

GALICIA AIZPURUA, Gorka y GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, “La sucesión forzosa en el País Vasco”, en M^a Carmen Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, tomo II, Civitas-Thompson-Reuters, Cizur Menro, 2016, pp. 699-758.

GALÍNDEZ, Jesús, *La tierra de Ayala y su Fuero*, Ekin, Buenos Aires, 1957.

GARCÍA CANTERO, Gabriel, “La comunicación foral como régimen supletorio en la Ley del Parlamento Vasco de 1 de julio de 1992”, *Revista jurídica de Navarra*, núm. 16, 1993, pp. 45-60.

GARCÍA DE CORTAZAR Y RUIZ DE AGUIRRE, José Ángel, “La sociedad vizcaína altomedieval. De los sistemas de parentesco de base ganadera a la diversificación y jerarquización sociales de base territorial”, *Congreso de Estudios Históricos. Vizcaya en la Edad Media (Bilbao, 17-20 diciembre 1984)*, Eusko Ikaskuntza, Donostia, 1986, pp. 63-81.

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, “El régimen jurídico del patrimonio uxorio en el derecho vulgar romano-visigótico”, *Anuario de Historia de Derecho español, BOE*, 1959, pp. 389-446.

GARCÍA GOLDAR, Mónica, *Las legítimas en los derechos autonómicos y su reforma en el Código Civil*, Andavira, Santiago de Compostela, 2020.

GARCÍA GOYENA Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. tomo III, Madrid, 1852 Recuperado de:

<http://www.cervantesvirtual.com/obra/concordancias-motivos-y-comentarios-del-codigo-civil-espanol/>

GARCÍA RUBIO, María Paz, “Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2006, pp. 113-138.

GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen, YSÁS SOLANES, María, NAVAS NAVARRO, Susana y SOLÉ RESINA, Judith, “Sucesión por causa de muerte y relaciones de convivencia”, en *Derecho de Sucesiones, Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Universidad de Murcia, 2006, pp. 305-397.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto,

- “¿Qué son los Derechos civiles forales?”, en Ernesto García Fernández (coord.), *La Tierra de Ayala: Actas de las Jornadas de Estudios Históricos en conmemoración del 600 aniversario de la construcción de la Torre de Quejana*, Diputación Foral de Álava, Vitoria-Gasteiz, 2001, pp. 285-309.

- “¡Por fin, hacia un Derecho Civil Vasco!”, en *¿Hacia dónde van los Derechos Civiles Autonómicos?*, Laura Gázquez Serrano (coord.), Difusión Jurídica, Madrid, 2011, pp. 239-275.

- “Notas sobre la pareja de hecho no inscrita”, en *Derecho y familia en el siglo XXI*, Universidad de Almería, Almería, 2011.

- “La posición del viudo y del conviviente supérstite”, en *Manual de Derecho civil vasco*, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 273-292.

- “Del Derecho foral al Derecho civil vasco”, en *Manual de Derecho civil vasco*, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 23-43.
- “Libertad y fiducia en el valle de Ayala”, en *Manual de Derecho civil vasco*, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 403-428.
- “El derecho civil vasco como ‘precedente cronológico’”, *Iura Vasconiae*, núm. 17, 2020, pp. 99-226.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y GALICIA AIZPURUA, Gorka, “Sucesión testamentaria en el País Vasco” en *Manual de Derecho civil vasco*, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 313-341.

GIMÉNEZ COSTA, Ana y VILLÓ TRAVÉ, Cristina, “Libertad de testar y protección del cónyuge viudo o conviviente supérstite”, en *La libertad de testar y sus límites*, Antoni Vaquer Aloy, M^a Paz Sánchez González, y Esteve Bosch Capdevila (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 221-266.

GOIKOLEA MARTÍN, Luis Ángel, “Sección cuarta: De la libertad de testar en el valle de Ayala en Alava (Artículos 88-95)”, en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco*, Andrés Urrutia Badiola, Francisco Lledó Yagüe, Oscar Monje Balmaseda (dirs.), Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademia, Madrid, 2020, pp. 715-760.

GÓMEZ PERALS, Miguel, “La delegación de la facultad de mejorar del 831 CC. ¿Perspectivas?”, en *Las legítimas y la libertad de testar, Perfiles críticos y comparados*, Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada y Francisco José Aranguren Urriza (dirs.) y Juan Pablo Murga Fernández y César Hornero Méndez (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 597-619.

GONZÁLEZ SAN SEBASTIÁN, Tatiana, “De la sucesión legal o intestada (Artículos 110-117), en Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco, Andrés Urrutia Badiola, Francisco Lledó Yagüe, Oscar Monje Balmaseda (dirs.), Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademia, Madrid, 2020, pp. 877-916.

GOROSTIZA VICENTE, José Miguel, “De la troncalidad en Bizkaia, Aramaio y Llodio. Subsección primera. Disposiciones Generales (Artículos 61-71), en Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco, Andrés Urrutia Badiola, Francisco Lledó Yagüe, Oscar Monje Balmaseda (dirs.), Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademia, Madrid, 2020, pp. 531-576.

GREEN, Kate, “The Englishwoman’s castle: inheritance and private property today”, *The Modern Law Review*, núm. 51, 1988, pp. 187-209.

GROSS, Charles, “The medieval law of intestacy”, *The Harvard Law Review Association*, vol. 18, núm. 2, 1904, pp. 120-131. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/1323639>.

GUERRA REGUERA, Manuel, “La conmutación del usufructo del cónyuge por otros bienes y derechos. Artículo 57 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Análisis y comentario de la Doctrina de la Dirección general de Tributos”, *Aranzadi Revista Quincenal Fiscal*, núm. 22, 2016.

HACKER, Brian y MITCHEL, Charles, *Current issues in Succession Law*, Hart Publishing, Oxford, 2016.

HALL, Joan Kelly, “Reasonable provision for a dependant”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 30, núm. 1, 1972, pp. 50-53.

HAYLEY, Michael, *Equity and Trusts*, Sweet and Maxwell, Londres, 2013.

HEDLUND, Richard, "The end of testamentary freedom", *Legal Studies*, vol. 41, núm. 1, 2021, pp. 55-72.

HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, MARTÍNEZ RUANO, Pedro y PAÑOS PÉREZ, Alba, "Los derechos sucesorios en las parejas de hecho. Especial referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013 de 23 de abril", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 749, pp. 1173-1195.

IMAZ ZUBIAUR, Leire,

- *La sucesión paccionada en el Derecho Civil vasco*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

- "La comunicación foral de bienes" en *Manual de Derecho civil vasco*, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 257-272.

- "La sucesión paccionada" en *Manual de Derecho civil vasco*, Jacinto Gil Rodríguez (dir.), Gorka Galicia Aizpurua (coord.), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 343-360.

IRIARTE ÁNGEL, Francisco de Borja, "De la sucesión testada. Sección primera. Disposiciones Generales (Artículos 19-22), en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio*, de Derecho civil vasco, Andrés Urrutia Badiola, Francisco Lledó Yagüe, Oscar Monje Balmaseda (dirs.), Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademia, Madrid, 2020, pp. 235-268.

JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo, "La mejora de la posición del cónyuge viudo en la sucesión intestada del Código Civil", en *Estudios de derecho de sucesiones. Liber Amicorum*. Teodora Felipa Torres García, Andrés Domínguez Luelmo y M^a Paz García Rubio (dir.), La Ley, Las Rozas, 2014, pp. 709-725.

IZUHARA, Misa y COPPE Stephan, "Inheritance and family conflicts: exploring asset transfers shaping intergenerational relations", *Families, Relationships and Societies*, vol. 8, núm. 1, pp. 53-72.

JOHNSON, Irene D., "There is a will, but no way: whatever happened to the doctrine of testamentary freedom and what can (should) we do to restore it?", *Estate Planning and Community Property Law Journal*, núm. 4, 2011, pp. 105-126. Recuperado de <http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/824/>

KARRERA EGIALDE, Mikel Mari, "Los derechos sucesorios de la pareja supérstite en el País Vasco", en *Tratado de Derecho de Sucesiones II* (Código Civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco), Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2011, pp. 2388-2399.

KERRIDGE, Roger,

- "Freedom of Testation in England and Wales", en Miriam Anderson y Esther Arroyo i Amayuelas (eds.), *The Law of Succession: testamentary freedom*, Europa Law Publishing, Groningen, 2011, pp. 129-154.

- "Intestate succession in England and Wales", en *Comparative Succession Law, Intestate Succession*, Kenneth Reid, Marius J de Waal y Reinhard Zimmermann (eds.), Oxford University Press, Oxford, Inglaterra, 2015, pp. 321-348.

- *The Law of Succession*, Sweet and Maxwell, Londres, 2016.

- "Intestacy reform in 2014: unfinished business", en *Current issues in Succession Law*, Brian Hacker y Charles Mitchell (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 1-29.

- "Libertad de testar en Inglaterra y Gales", en *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada y Francisco José Aranguren Urriza (dirs.) y Juan Pablo Murga Fernández y César Hornero Méndez (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 239-254.

LACARRA Y DE MIGUEL, José María, "Notas para la formación de las familias de fueros navarros", *Anuario de historia del Derecho español*, núm. 10, 1933, pp. 203-272.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de sucesiones. Parte general*, en Lacruz, José Luis y Albaladejo, Manuel, *Tratado teórico-práctico de Derecho civil*, tomo V, volumen 1º, Librería Bosch. Barcelona, 1961.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco,
- *Derecho de sucesiones*, Tomo II, Librería Bosch. Barcelona, 1973.

- *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1988.

LAFOURCADE, Maite: "Prologo", *Azpilcueta. Cuadernos de Derecho, La pratique actuelle du Droit Coutumier en Pays Basque = La práctica actual del Derecho Consuetudinario en Euskal Herria*, núm. 13, Donostia, Eusko Ikaskuntza, 1998, pp. 7-12.

LALINDE ABADÍA, Jesús,

- "El sistema normativo vizcaíno", *Congreso de Estudios Históricos. Vizcaya en la Edad Media (Bilbao, 17-20 diciembre 1984)*, Eusko Ikaskuntza, Donostia, 1986, pp. 113-145.

- *Iniciación histórica al Derecho Español*, EUB (5ª ed.), Barcelona, 1998.

LAMARCA MARQUES, Albert, "We are not borne alone and we do not die alone: protecting intergenerational solidarity and refraining cainism through forced heirship", *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 4, núm. 2, 2014 pp. 264-282.

LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago,

- "El pactismo como elemento fundamental de la foralidad", *Estudios de Deusto: Revista de Derecho público*, vol. 51, núm. 1, 2003, pp. 241-258.

- "El régimen jurídico de Derecho público de la cuadrilla de Ayala: pasado, presente y futuro", *Boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, núm. 4, 2004, pp. 23-46.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, “Concurrencia de hijos de anterior matrimonio y cónyuge superviviente en la sucesión intestada”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 734, noviembre 2012, pp. 3275-3295.

LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES). Comisión Legislativa del Parlamento británico para Inglaterra y Gales (<https://www.lawcom.gov.uk>),

- *Family Property Law*, Working paper núm. 42 (LCCP 42), 1971.
- *Family Law: First Report on Family Property. A New Approach*, Informe Law Com No 52, 1974.
- *Second Report on Family Property*, Informe Law Com No 61, 1974.
- *Family Law: Distribution on Intestacy*, Documento de consulta Law Com CP 108, 1988.
- *Family Law: Distribution on Intestacy*, Informe Law Com No 187, 1989.
- *Cohabitation: The Financial Consequences of Relationship Breakdown*, Informe Law Com No 307, 2007.
- *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Documento de consulta Law Com CP 191, 2009.
- *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011.

LECKEY, Robert, “Cohabitants, choice and the public interest”, en *Philosophical foundations of children’s and Family Law*, Elisabeth Brake y Lucinda Ferguson (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 115-133.

LESLIE, Melanie, “The myth of testamentary freedom”, *Arizona Law Review*, vol. 38, núm. 1, 1996, pp. 235-290.

LLEDÓ YAGÚE, Francisco, “De las limitaciones a la libertad de testar. Sección primera. De la legítima (artículos 47-57)”, en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco*, Andrés Urrutia Badiola, Francisco Lledó Yagüe y Oscar Monje Balmaseda (dirs.), Zuzenbidearen Euskal Akademia = Academia Vasca de Derecho, Madrid, 2020, pp. 451-513.

LÓPEZ-IBOR ALIÑO, Marta, El «señorío apartado» de la Cofradía de Arriaga y la incorporación de la Tierra de Alava a la Corona de Castilla en 1332”, *La España medieval*, núm. 4, 1984, pp. 513-536.

LORENZO PÉREZ DE SAN ROMÁN, Roberto de, “Algunas consideraciones sobre los antecedentes de la Cofradía de Arriaga”, *Sancho el Sabio*, núm. 13, 2000, 153-184.

MAGRO SERVET, Vicente, “El maltrato psicológico de hijos a padres con causa de desheredación (Nuevo criterio del Tribunal Supremo interpretando la causa de desheredación del art. 853.2 CC”, *ELDERECHO.COM*, *Lefebre*, Recuperado de: <https://elderecho.com/el-maltrato-psicologico-de-hijos-a-padres-como-causa-de-desheredacion-nuevo-criterio-del-tribunal-supremo-interpretando-la-causa-de-desheredacion-del-art-853-2-cc>

MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil Español*, tomo IV, Madrid, 1951. Recuperado de: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/comentarios-al-codigo-civil-espanol-9/>

MANZANO MALAXECHEVARRIA, Juan Ramón, “Los puntos de conexión en régimen de comunicación foral en la legislación vigente”, *Zuzenbidearen Euskal Akademia = Academia Vasca de Derecho*, núm. 18, 2009, pp. 219-229.

MARTÍN OSANTE, Luis Carlos, *El régimen económico matrimonial en el Derecho vizcaíno. La comunicación foral de bienes*, Gobierno Vasco – Marcial Pons, Madrid, 1996.

MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo, *Códigos antiguos de España. Colección completa de todos los Códigos de España, desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilación*, volumen I, Madrid, 1885. Recuperado de:
https://bvpb.mcu.es/es/catalogo_imagenes/grupo.do?path=142445

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, DE PABLO CONTRERAS, Pedro y PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *Curso de Derecho civil (IV), Derecho de familia*, Edisofer (6ª edición), Madrid, 2021.

MARTÍNEZ DE BEDOYA BUXENS, Covadonga, *La situación del cónyuge viudo en el Derecho civil foral de Vizcaya y Álava*, Colección de textos forales, volumen VII, Bilbao, 1998.

MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo, “La Cofradía alavesa de Arriaga (1258-1332)”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 42, 1972, pp. 5-74.

MARTÍNEZ MARINA, Francisco, *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de D. Alonso el Sabio*, Imprenta de D.E. Aguado, Madrid, 1834. Recuperado de la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/ensayo-historicocritico-sobre-la-legislacion-y-principales-cuerpos-legales-de-los-reinos-de-leon-y-castilla-especialmente-sobre-el-codigo-de-las-siete-partidas-de-d-alonso-el-sabio-tomo-i--0/html/001c58ac-82b2-11df-acc7-002185ce6064_7.html

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María,
- “La reforma de la sucesión intestada en el Código Civil”, en *Derecho de Sucesiones, Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Universidad de Murcia, 2006*, pp. 425-462.

- *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, BOE, Madrid, 2016.

MARTÍNEZ MOTOS, Raquel, “La asimetría entre el sistema jurídico inglés y español en la traducción de términos del derecho testamentario. Búsqueda de equivalentes”, *Interlingüística*, núm. 14, 2003, pp. 729-741.

MCDONNELL, Constance, “Blurring the focus? The Supreme Court’s decision in *Ilott v The Blue Cross*”, *Trust and Trustees*, vol. 23, núm. 7, 2017, pp. 748-756.

MCFARLANE, Ben, “Proprietary estoppel: undermining the law of succession?”, en *Current issues in Succession Law*, Birke Häcker y Charles Mitchell (eds.), Hart publishing, Oxford, pp. 77-97.

MERRIMAN, John Henry, *The civil tradition*, Stanford University Press, California, 2007.

MINISTERIO DE JUSTICIA BRITÁNICO, *Administration of Estates: Review of the Statutory Legacy*, Departamento de asuntos constitucionales, Documento de Consulta, CP 11/05, 2005.

MIRET GAMUDI, Pau, “Cambios en los hogares y en la familia: España en el siglo XXI en el contexto europeo”, *Panorama Social*, núm.23, primer semestre, 2016, pp. 91-107.

MIRETE NAVARRO, José, *M. Alonso Martínez y la polémica sobre la codificación en España*, *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)*, vol. XXXIII, núm.1-2, pp. 263-274. Recuperado de:

<https://revistas.um.es/analesumderecho/article/view/105201>

MISHRA, Archana, “Vicissitudes of women’s inheritance right: England, Canada and India at the dawn of 21st century”, *Journal of the Indian Law Institute*, vol. 58, núm. 4, pp. 481-508. Recuperado de [HTTPS://doi:10.2307/45163083](https://doi:10.2307/45163083)

MONASTERIO ASPIRI, Itziar, “La metodología: prácticas y principios del análisis de documentos. Derecho civil Foral (ss. XVII-XIX)”, en *El Derecho civil vasco del siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Colección informes y documentos, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 240-271.

MONJE BALMASEDA, Oscar,

- “El régimen económico matrimonial en la Ley 5/2015, de Derecho civil vasco. La comunicación foral de bienes”, en *El Derecho civil vasco del siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Colección informes y documentos, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 457-484.

- “De la disolución del régimen de comunicación de bienes (Artículos 140-146)”, en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco*, Andrés Urrutia Badiola, Francisco Lledó Yagüe y Oscar Monje Balmaseda (Dir.), Zuzenbidearen Euskal Akademia = Academia Vasca de Derecho, Madrid, 2020, pp. 1053-1085.

MONREAL ZIA, Gregorio,

- “Codificación civil y legislación foral de Bizkaia”, *AHDE*, tomo LXXXIII, 2013, pp. 185-251.

- “La codificación contemporánea del Derecho vizcaíno hasta la compilación de 1959”, en *El Derecho civil vasco del siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Colección informes y documentos, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 41-55.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, “La esencia del trust of fideicomiso”, *XXV Congreso Latinoamericano de fideicomiso*, 2016. Recuperado de <http://felaban.s3-website-us-west-2.amazonaws.com/memorias/archivo20161025205641PM.pdf>

MORRELL, Gareth, BARNARD, Matt y LEGARD, Robin, “The law of intestate succession: Exploring attitudes among non-traditional families. Final report for the Law Commission of England and Wales”, *National Centre for Social Research*, Londres, 2009, pp. 1-36.

MUCIUS SCAEVOLA, Quintus, *Código Civil. Concordado y comentado extensamente con acuerdo a la versión oficial*, tomo XIV, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944.

NAVAJAS LAPORTE, Álvaro,

- “Aproximación a la historia de la formación del Derecho territorial del País Vasco”, *Cuadernos de Sección Derecho*, núm. 1, Donostia, Eusko Ikaskuntza, 1984, pp. 18-31.

- *La ordenación consuetudinaria del caserío en Guipúzcoa*, Sociedad Guipuzcoana de ediciones y publicaciones, S.A. San Sebastián, 1995.

NIETO ALONSO, Antonia, “Uniones extramatrimoniales: Derechos sucesorios y atribuciones *post mortem* de naturaleza familiar y social”, en *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Ángel Luis Rebolledo Varela (coord.), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 103-179.

OLDHAM, Mika, “Financial obligations within the family: Aspects of intergenerational maintenance and succession in England and France”, *Cambridge Law Journal*, vol. 60, núm.1, pp. 128-177.

OÑATE CUADROS, F. Javier, “De la sucesión por comisario (Artículos 45-46)”, *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*, Andrés María Urrutia Badiola, Óscar Monje Balmaseda, Francisco Lledó Yagüe (dirs.), Zuzenbidearen Euskal Akademia = Academia Vasca de Derecho, Madrid, 2020, pp.432-449.

ORIBE MENDIZABAL, Alkain, “Las parejas de hecho tras la entrada en vigor de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco”, en *El Derecho civil vasco del siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Colección informes y documentos, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 486-504.

O’SULLIVAN, Kathryn, “Distribution of intestate estates in non-traditional families. A way forward?”, *Common Law World Review*, vol. 46, núm. 1, pp. 21-41.

PARLAMENTO BRITÁNICO,

- *Report of the Committee on the Law of Intestate Succession*, Comité Parlamentario, 1951, Cmnd. 8310.

https://archives.parliament.uk/collections/getrecord/GB61_HL_PO_JO_10_11_128_1421

- Debates Parlamentarios, Cámara de los Lores, 20 de marzo de 1975, volumen 358, columnas 917-937.

<https://api.parliament.uk/historic-hansard/lords/1975/mar/20/inheritance-provision-for-family>

- Debates Parlamentarios, Cámara de los Lores, 16 de junio 1992, volumen 538.

<https://hansard.parliament.uk/Lords/1992-06-16/debates/65675bb4-03b7-4cc5-ad52-6fc71c254dca/IntestacyLawCommissionReport>

- Debates Parlamentarios, Cámara de los Lores, Segundo Debate sobre la *Inheritance and Trustees Powers Bill*, 3 de marzo de 2014. Recuperado de:

<https://publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmpublic/inheritance/140303/pm/140303s01.htm>

PARRA LUCÁN, M^a Ángeles,

- “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, 2009, pp. 481-554.

- “Las legítimas en la propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil”, en *Las legítimas y la libertad de testar, Perfiles críticos y comparados*, Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada y Francisco José Aranguren Urriza (dirs.) y Juan Pablo Murga Fernández y César Hornero Méndez (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 193-210.

PELLETIER, George A. y SONNENREICH, Michael Roy, “A comparative analysis of civil law succession”, *Villanova Law Review*, vol. 11, núm. 2, pp. 325-356.

PEREÑA VICENTE, Montserrat,

- “La reforma del Derecho Sucesorio francés por Ley de 3 de diciembre de 2001”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 679, sep.-oct 2003, pp. 2853-2876.
- “La obsolescencia no programada de los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el Código Civil español”, *La Ley Derecho de Familia*, núm.22, 2019, pp. 48-78.

PEREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, DE PABLO CONTRERAS, Pedro y CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones*, Edisofer (reimpresión 1ª edición), Madrid, 2016.

PEREZ ESCOLAR, Marta,

- El cónyuge supérstite en la sucesión intestada, Dykinson, Madrid, 2003.
- “Sucesión intestada del cónyuge supérstite. Perspectiva histórica del Derecho Romano a la época de las Recopilaciones”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, Núm.686, 2004. Recuperado de <http://vlex.com/vid/intestada-superstite-epoca-recopilaciones-328812>.
- “Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código Civil español. Revisión de fundamentos y planteamientos de futuro”, *ADC*, tomo LX, fasc. IV, 2007, pp. 1641-1678.

- “Incidencia de la ley 15/2005, de 8 de julio, en los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2008, pp. 177-199.

POLLOCK, Frederick y MAITLAND, Frederic William, *The history of English law before the time of Edward I*, The University Press, Cambridge, 1968.

PROBERT, Rebecca, “Disquieting thoughts: who will benefit when we are gone?”, en *Current issues in Succession Law*, Brian Hacker y Charles Mitchell (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 31-49.

PROBERT, Rebecca y HARDING, Maebh, *Cretney and Probert’s Family Law*, Sweet and Maxwell, Londres, 2018.

PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, volumen III, Bosch, Barcelona, 1964.

RE, Edward, “The Roman contribution to the Common Law”, *Fordham Law Review*, núm. 29, 1961, pp. 447-494.

REAL PÉREZ, Alicia, *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1988.

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, “La actualización del Derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación”, en *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Ángel Luis Rebolledo Varela (coord.), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 23-41.

RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La herencia de los viudos: usufructo universal y legítima de los hijos*, Tecnos, Madrid, 1991.

ROCA GUILLAMÓN, Juan, “La hipoteca inversa como medio de protección económica de los mayores”, en *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Ángel Luis Rebolledo Varela (coord.), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 657-694.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de Sucesiones*, tomo II, Editorial Bosch, Barcelona, 1991.

ROCA TRÍAS, Encarna, “Una reflexión sobre la libertad de testar”, en *Estudios de derecho de sucesiones. Liber Amicorum*. Teodora Felipa Torres García, Andrés Domínguez Luelmo y M^a Paz García Rubio (dir.), La Ley, Las Rozas, 2014, pp. 1245-1266.

ROSENTHAL, Joel Thomas, *Medieval women and the sources of medieval history*, University of Georgia Press (Joel Thomas Rosenthal ed.), Georgia, 1990.

RUBIO GARRIDO, Tomás, “Problemas actuales en materia de protección cualitativa y cuantitativa de la legítima”, en *Las legítimas y la libertad de testar, Perfiles críticos y comparados*, Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada y Francisco José Aranguren Urriza (dirs.) y Juan Pablo Murga Fernández y César Hornero Méndez (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 141-161.

RUBIO SAN ROMÁN, José Ignacio, “Reflexiones en torno a la renuncia a los derechos legitimarios por uno de los cónyuges”, en *Estudios de derecho de sucesiones. Liber Amicorum*. Teodora Felipa Torres García, Andrés Domínguez Luelmo y M^a Paz García Rubio (dir.), La Ley, Las Rozas, 2014, pp. 1287-1297.

SALES, Philip, “Judges and Legislature: values into Law”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 71, núm. 2, 2012, pp. 287-296.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a Paz, “Límites constitucionales a la libertad de testar”, en *La libertad de testar y sus límites*, Antoni Vaquer Aloy, M^a Paz Sánchez González, y Esteve Bosch Capdevila (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 7-38.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, *El usufructo universal viudal y el artículo 820.3 del CC*, Aranzadi, 2020.

SÁNCHEZ ROMAN, Felipe, *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. 2, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910.

SANGER, Charles, "Lord Birkenhead's proposals for altering the law of intestate succession in England", *The Yale Law Journal Company Inc.*, vol. 20, núm. 6, pp. 588-592.

SAWYER, Caroline y SPERO, Miriam, *Succession, wills and probate*, Routledge, Oxford, 2015.

SCHERPE, Jens Martin,

- "Towards a matrimonial property regime for England and Wales?", en *Fifty years in family law. Essays for Stephen Cretney*, Rebecca Probert y Charles Barton (eds.), Intersentia Publishing Ltd., Cambridge, 2012, pp. 133-146.

- *Marital agreements and private autonomy in comparative perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2012.

SERNA VALLEJO, Margarita, "La codificación civil española y las fuentes del derecho", *Anuario de historia de Derecho español*, núm. 82, 2012, pp. 11-36.

SERRANO FERNANDEZ, María, "Una propuesta de regulación de una ley estatal de parejas de hecho", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 61, núm. 2, 2008, pp. 543-617.

SHERRIN, Christopher y BONEHILL, Roger, *The law and practice of intestate succession*, Sweet and Maxwell, Londres, 2004.

SLOAN, Brian,

- "The concept of coupledness in Succession Law", *Cambridge Law Journal*, vol. 70, núm. 3, 2011, pp. 623-648.

- *Borkowski's Law of Succession*, Oxford University Press (3ª ed.), Glasgow, 2017.

TAPIA PARREÑO, José Jaime, "El fenómeno sucesorio en Araba", en *El Derecho civil vasco del siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Colección informes y documentos, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 344-364.

TENA PLAZUELO, Isaac, "De la sucesión por testamento mancomunado o de hermandad (artículos 24-29)", en *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*, Andrés María Urrutia Badiola, Óscar Monje Balmaseda, Francisco Lledó Yagüe (Dir.), Zuzenbidearen Euskal Akademia = Academia Vasca de Derecho, Madrid, 2020, pp. 281-331.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia del Derecho español*, Tecnos (4ª ed.), Madrid, 1992.

TORRES GARCÍA, Teodora,

- "Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)", en *Derecho de Sucesiones, Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Universidad de Murcia, 2006, pp. 173-227.

- "La legítima en el Código civil español: un panorama general", en *Las legítimas y la libertad de testar, Perfiles críticos y comparados*, Francisco Capilla Roncero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada y Francisco José Aranguren Urriza (dirs.) y Juan Pablo Murga Fernández y César Hornero Méndez (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 31-59.

TORRES GARCÍA, Teodora y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, "La legítima en el Código Civil (I) y (II)", en *Tratado de Legítimas*, Teodora Torres García (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 21-141.

TORRES GARCÍA, Teodora y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014.

TORRES LANA, José Ángel, “Parejas estables y sucesión *mortis causa*”, en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Oscar Monje Balmaseda (coord.), Dickynson, España, 2014, pp. 55-80.

URIARTE LEBARIO, Luis María, *El Fuero de Ayala*, Diputación Foral de Araba, Vitoria-Gasteiz, 1974.

URIARTE ZULUETA, Manuel María, “El Fuero de Ayala”, en *Derecho civil foral vasco*, Consejo General del Poder Judicial y Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social, Vitoria-Gasteiz, 1995, pp. 219-241.

URRUTIA BADIOLA, Andrés María,

- “La sucesión *mortis causa* en general en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco y los testamentos en particular”, en *El Derecho civil vasco del siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Colección informes y documentos, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2016, pp. 304-341.

- “De la sucesión por comisario (Artículos 30-44)”, *Análisis sistemático de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*, Andrés María Urrutia Badiola, Óscar Monje Balmaseda, Francisco Lledó Yagüe (dirs.), Zuzenbidearen Euskal Akademia = Academia Vasca de Derecho, Madrid, 2020, pp. 333-431.

- “Habitación, familia y sucesión (del Derecho civil vasco al Derecho privado europeo)”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 783, 2021, pp. 223-276.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan,

- “Perspectiva histórica de las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol.16, núm. 2, 1963, pp. 281-344.

- *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Las Legítimas*, tomo I, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974.
- *Panorama del Derecho de Sucesiones*, Civitas, Madrid, 1982.
- “El régimen económico-matrimonial y la comunicación de bienes en el sistema jurídico civil vizcaíno”, en *Jornadas internacionales sobre instituciones vascas = Euskal erakunde zibilei buruzko nazioarteko ihardunaldiak*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991, pp. 176-194.

VAQUER ALOY, Antoni,

- “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *InDret*, 3/2007, pp. 1-25.
- “Libertad de testar y condiciones testamentarias”, *InDret*, 4/2015. Recuperado de: <https://indret.com/libertad-de-testar-y-condiciones-testamentarias/>
- “Acerca del fundamento de la legítima”, *InDret*, 4/2017, pp. 1-28.
- “Derecho a la legítima e intereses subyacentes”, en *La libertad de testar y sus límites*, Antoni Vaquer Aloy, M^a Paz Sánchez González, y Esteve Bosch Capdevila (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 63-81.
- “Reflexions escoceses sobre la successió intestada del cónyuge o parella estable en el Dret civil de Catalunya”, *Revista catalana de Dret Privat*, vol. 22, 2020, pp. 77-105.

VAQUER ALOY, Antoni e IBARZ LÓPEZ, Noelia, “Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal”, *Revista de Derecho civil*, vol. IV, núm. 4, octubre-diciembre 2017, pp. 211-235.

VERDERA SERVER, Rafael, *Contra la legítima*, Fundación Notariado, Madrid, 2022.

VICARIO DE LA PEÑA, Nicolás, *Derecho consuetudinario de Vizcaya*, Colección de textos forales = Foru agirien bilduma, volumen V, Diputación Foral de Bizkaia y Universidad de Deusto, Bilbao, 1995.

WILLENBACHER, Barbara, "Individualism and traditionalism in Inheritance Law in Germany, France, England and the United States", *Journal of Family History*, vol. 28, núm. 1, 2003, pp. 208-225.

YBARRA BORES, Alfonso,

- "La sucesión *mortis causa* de ciudadanos ingleses residentes en España: problemas y nuevas perspectivas", *Cuadernos de Derecho transnacional*, marzo 2015, vol. 7, núm. 1, 226-254.

- *La sucesión "mortis causa" de ciudadanos británicos en España*, Cuadernos Cdnic, 1; Tirant lo Blanch: Valencia, 2021.

ZABALO ESCUDERO, M^a Elena, *La situación jurídica del cónyuge viudo. Estudio en el Derecho internacional privado y Derecho interregional*, Aranzadi, Pamplona, 1993.

ZALUCKI, Mariusz, "Protection of family against testamentary dispositions in English Law. Recent case of *Ilott v. Mitson*: on the road to a regime of forced heirship?", *Studies in Law: Research Papers*, vol. 1, núm. 18, 2016, pp. 29-38.