

CONVIVIENTE DE HECHO Y SUCESIÓN TESTAMENTARIA:
REFLEXIONES DESDE LA OBSOLESCENCIA DEL RÉGIMEN DE
LEGÍTIMAS

*FELLOWSHIP OF FACT AND TESTAMENTARY SUCCESSION: SOME
REFLECTION FROM THE OBSOLESCENCE OF THE LEGITIMACY
REGIME*

Rev. Boliv. de Derecho N° 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 364-391



Salvador
CARRIÓN
OLMOS

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: Suele decirse que la familia goza de buena salud en España. Lo que la realidad social muestra no son “alternativas” a la familia (presupuesta la pluralidad de modelos familiares), sino al matrimonio. Las uniones de hecho, constituyen una realidad insoslayable, cuya incidencia sin embargo en lo que se refiere a la sucesión “mortis causa” deferida por testamento, deviene extraordinariamente recortada en el Código Civil por el juego del sistema de legítimas, afectado éste por una obsolescencia más que manifiesta. La comunicación pretende analizar esta cuestión en el marco del Código Civil y en el propio de los Derechos Civiles Autonómicos.

PALABRAS CLAVE: Sucesión testamentaria; uniones de hecho y sistema de legítimas.

ABSTRACT: *It is often said that family is in good health in Spain. What social reality shows is not “alternatives” to the family (presupposes the plurality of family models), but to marriage. The unions, in fact, constitute an unavoidable reality, whose incidence however in what refers to the succession “mortis causa” deferred by testament, becomes extraordinarily cut in the Civil Code by the game of the legitimate system, affected by an obsolescence more than manifest. The communication intends to analyze this issue in the framework of the Civil Code and in that of the Autonomous Civil Rights.*

KEY WORDS: *Probate sucession, fact unions, and legitimate system.*

SUMARIO.- I. EL DERECHO DE SUCESIONES EN EL CÓDIGO CIVIL. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. LA OBSOLESCENCIA DEL RÉGIMEN DE LEGÍTIMAS.- 1. Acentuación de los cambios sociales y económicos.- 2. Mayor esperanza de vida.- 3. Carencia de función familiar del patrimonio.- 4. El nuevo modelo de relaciones entre padres e hijos.- 5. Desheredación e indignidad para suceder.- III. CONVIVIENTE DE HECHO Y SUCESIÓN TESTAMENTARIA. PRESUPUESTOS PREVIOS.- 1. Consideraciones preliminares.- 2. El desplazamiento y sustitución de la idea de “compromiso” por la de “satisfacción” en las relaciones de pareja.- 3. Un hecho innegable: la frecuencia en la iniciación de una nueva relación tras el divorcio o la separación.- 4. Proyección de la Ley 15/2005 sobre la sucesión por causa de muerte en los supuestos de divorcio y de separación.- IV. CONVIVIENTE DE HECHO Y SUCESIÓN TESTAMENTARIA: EL MARCO DEL CÓDIGO CIVIL.- 1. Incidencia de los Derechos civiles autonómicos.- 2. La necesidad de contemplar al conviviente de hecho supérstite en el marco del Derecho de sucesiones del Código Civil.- 3. La disposición por testamento a favor del conviviente. Criterios generales.- 4. ¿Atisbos de solución en tanto no llegue la reforma?- A) Inexistencia de derechos sucesorios para el conviviente como punto de partida- B) Las denominadas cláusulas compensatorias de la legítima: “cautelas socini” o “socinianas”.- C) Casuística.- D) ¿Un testamento integrado por legados?

I. EL DERECHO DE SUCESIONES EN EL CÓDIGO CIVIL. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Tema sobradamente manido, y convertido en lugar común, el de la necesidad y urgencia de una reforma del Derecho de sucesiones por causa de muerte en el Código Civil. No cabe detectar, desde luego, posición o postura alguna contraria. Las discrepancias o divergencias se constatan después, cuando admitida y aceptada esa premisa fundamental, se pretenden establecer las líneas o directrices básicas por las que debería discurrir dicha reforma.

Y es que si pasáramos revista al ya numeroso elenco de reformas acontecidas en el articulado de nuestro Código desde su promulgación en 1889, se impondría concluir que, excepción hecha (aun con las debidas matizaciones)¹ de la llevada a

¹ Aún con matizaciones, por cuanto las reformas en el Derecho de sucesiones de la Ley 11/81, pese a su calado y profundidad, no afectaron a las cuantías de las legítimas sino al número de legitimarios (ahora potencialmente aumentado tras la plena equiparación de efectos entre todos los tipos de filiación). Y otro tanto cabría decir de las alteraciones introducidas en tema de preterición, asimismo dependientes en gran medida de la reforma en el campo de la filiación.

cabo por la Ley 11/81, de 13 de mayo², y quizá asimismo (aunque en menor medida) por la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad³, ninguna de las restantes habría de incidir de modo sustancial en los criterios o directrices nucleares o básicos que, para la sucesión por causa de muerte, diseñara el legislador decimonónico⁴.

La incidencia, pues, de la Ley 11/1981 sobre el sistema de legítimas no lo fue tanto "cualitativa" sino "cuantitativa", aumentando el número de legitimarios. Mayor, (aunque asimismo limitado) habría de ser ese grado de incidencia en cuanto al régimen de la sucesión intestada, adelantando tímidamente la posición

- 2 Considerada por algunos, no sin razón, como la más importante y trascendental de las reformas del CC. Y es que, aunque habitualmente se suele hacer objeto de una consideración unitaria a ambas leyes de reforma, ley 11/81, de 13 de mayo, y 30/81, de 7 de julio, por cuanto ambas venían a dar cumplimiento en el articulado del Código a los valores, principios y normas contenidas en el texto constitucional. Con todo, creo certero el punto de vista que tiende a considerar aun de mayor calado y profundidad la reforma del régimen de la filiación, de la patria potestad y de la economía del matrimonio, que la que escaso tiempo después se llevaría a cabo en el régimen jurídico del matrimonio, y en la que descollaría como novedad "estrella" la admisión del divorcio. E incluso esta misma habría de palidecer ante el contenido del 108 surgido de aquella reforma.
- 3 La referencia a la Ley 41/2003, a lo que creo, se ofrece clara y en consecuencia escasamente discutible. Y es que, con el propósito por demás loable de protección patrimonial de la persona con discapacidad, habrían de introducirse modificaciones, sin duda, de calado y sustanciales en el régimen de la legítima de los descendientes, alterando el principio de intangibilidad de aquella, al admitirse el establecimiento por el testador de una sustitución fideicomisaria que venga a gravar el propio tercio de legítima estricta. Y, de combinarse esta posibilidad (art. 808) con la eventual determinación relativa al tercio de mejora, si el causante lo desea, podría atribuir, aunque fuere en condición de heredero fiduciario, los dos tercios de legítima a uno o varios legitimarios incapacitados judicialmente, quedando los demás como meros herederos fideicomisarios. Y, al margen ya del hipotético, pero posible, establecimiento, de un fideicomiso de residuo (siquiera limitado este al llamado "tercio de mejora", dado que no parece aceptable pudiese jugar asimismo respecto del tercio de legítima estricta), nada se opondría a que, de un lado, el tercio de libre disposición (en plena propiedad) viniera atribuido al legitimario incapacitado judicialmente, y, de otro, ningún obstáculo existiría para la atribución asimismo a éste del tercio de mejora en su integridad, y en plena propiedad, dado que necesariamente ha de ir a parar, en todo o en parte, a hijos o descendientes. Todo lo anterior, unido asimismo a la reforma del art. 831, vendría a poner de relieve la importancia y el calibre de la reforma del Código por esa Ley 41/2003, que habría de suponer un cierto grado de relajación en ese "corsé" que, para el testador del Código, implica el régimen de legítimas. Obviamente, la finalidad primera y principal del legislador era primordialmente beneficiar al legitimario judicialmente incapacitado, pero, ello habría de traducirse en una ampliación de la libertad del testador, siquiera únicamente operativa de concurrir el supuesto de hecho previsto. En esta misma línea de "relación" misma de la importancia de las legítimas, a través de una sensible reducción de sus mecanismos de protección, se encuadraría la reforma de la figura de la prodigalidad por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del CC en materia de tutela.
- 4 A esta conclusión, como digo, se llega con suma facilidad con solo examinar el elenco de leyes de reforma del CC desde su entrada en vigor: Ley 21 julio 1904; Real Decreto-Ley 13 enero 1928; 24 abril 1958 (siquiera esta con alguna mayor incidencia en materia sucesoria, en lo atinente a la entonces llamada "adopción plena" de un lado, y de otro, llevando a cabo una ligera ampliación en la cuantía de la legítima del viudo, pero insuficiente de suyo para desvirtuar esa inalterabilidad de las reglas básicas); lo que cabría predicar también de otras reformas posteriores; 7/1970, de 4 de julio, atribuyendo a adoptado y adoptante la posición sucesoria del hijo y del padre legítimos; 22/1978, de 26 de mayo, siquiera con incidencia en el régimen de las causas de indignidad y desheredación; 11/1990, de 15 de octubre, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo; 30/1991, de 20 de diciembre, sobre supresión de los testigos en los testamentos (como regla general); finalmente, y en lo relativo a la Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del CC y de la LEC en materia de separación y divorcio, su incidencia en el marco del Derecho sucesorio no pasaría de ser "efecto reflejo" de los cambios acontecidos en ámbito de la legislación matrimonial (relevancia de la separación de hecho en cuanto a la privación de la legítima y del llamamiento a la sucesión intestada del premuerto), sin que tampoco quepa atribuir alcance propiamente sustantivo en materia sucesoria, y sí a las dudas acerca de su constitucionalidad, a la supresión del párrafo 2º del art. 837.

del cónyuge viudo por delante de los colaterales del premuerto, sin atreverse no obstante a situarlo por delante de los ascendientes.

II. LA OBSOLESCENCIA DEL RÉGIMEN DE LEGÍTIMAS.

Los cambios sociales y económicos acontecidos en nuestro país ya en los años anteriores a la entrada en vigor de la Constitución, y notoriamente acentuados con posterioridad, habrían de incidir con fuerza en el Derecho sucesorio del CC. De la mano de los cambios en el ámbito de la(s) familia(s), la obsolescencia e inadecuación a las nuevas realidades sociales del régimen de la sucesión por causa de muerte era corolario obligado.

Ninguna duda parece quepa en cuanto a la circunstancia de que, esa obsolescencia del régimen de legítimas, era ya manifiesta en 1981. Sin embargo, como se apuntó con anterioridad, la reforma en el marco del Derecho sucesorio no se abordó en profundidad, sino únicamente en la medida necesaria (en lo fundamental) para “albergar” la llevada a cabo en el régimen de la filiación⁵, y mejorar (aunque no mucho) la posición del viudo/a en la sucesión intestada del cónyuge premuerto, adelantándolo a los colaterales, pero sin atreverse siquiera a colocarlo por delante de los ascendientes. De otra parte, en cuanto a la cuota legitimaria tampoco se le amplió, ni se cambió la naturaleza de su atribución (usufructo vitalicio). A razones bien distintas, obedecería la redacción dada entonces al párrafo segundo del art. 837, extendiendo el usufructo del viudo/a a la mitad de la herencia en un supuesto casi calificable, o sin casi, de laboratorio⁶.

I. Acentuación de los cambios sociales y económicos:

Esos cambios sociales y económicos que ya era posible constatar al tiempo de las reformas legislativas de 1981, es innegable que habrían de acentuarse

5 Parecen corroborar este aserto las consideraciones, ya clásicas, de BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, y referidas a las reformas de 1981: “La envergadura del cambio, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, contrasta con la rapidez del proceso legislativo para llevarlo a cabo”. El autor suministraba a renglón seguido las razones de ese contraste entre “envergadura” del cambio y “rapidez” del mismo: el choque de esa parte del Ordenamiento con la Constitución del 78 era frontal y directo. A las prisas en las reformas del Código, y a sus inconvenientes, sin eximir de tal censura a las acontecidas en 1981, se referiría asimismo este autor. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R: “Prólogo”, en *Código Civil*, Tecnos, 29ª ed., Madrid, 2010, p. 23. Y quizá no se trate únicamente de esa relación entre “prisas” en las reformas y graves errores técnicos, que también, sino en su contraria, reflexión pausada y detenida de las reformas y consecución entonces de un resultado mucho más acorde a la realidad social del momento. De haber concurrido lo anterior, ¿acaso resultaría descabellado suponer que el llamamiento del cónyuge en la sucesión intestada (en ausencia, claro es, de crisis matrimonial) se hubiere antepuesto al de los ascendientes del premuerto?, ¿o que quizá se hubiere dotado al cónyuge sobreviviente de una posición más ventajosa en cuanto legitimario, ampliando su cuota, o quizá atribuyéndosela en plena propiedad?

6 El de que los únicos herederos forzosos que concudiesen con el viudo o viuda, fueren “hijos sólo de su consorte concebidos constante el matrimonio de ambos”, simple perifrasis para referirse a los *hasta* entonces llamados “adulterinos”. Es claro que el designio legislativo no era tanto el de atribuir al sobreviviente una situación más ventajosa, sino el de evitarle el escarnio representado por mantenerle su legítima en un tercio de la herencia en usufructo, pese a concurrir a aquella única y exclusivamente con los hijos habidos en relaciones extramatrimoniales del difunto.

intensamente en el periodo posterior. La sociedad española actual es muy distinta de la existente a la entrada en vigor de la Constitución, y cabría decir sin temor al error que la profundidad de esos cambios sociales acontecidos en nuestro país no guarda del todo relación con el periodo de tiempo transcurrido: dicho de otra manera, la dimensión e intensidad de ese cambio excede con mucho los poco más de cuarenta y un años desde la vigencia de aquella. Sin duda se trata de un periodo dilatado, pero, a lo que creo, la celeridad en la transformación de la sociedad española lo ha sido aun en mayor grado. Muchos y diversos son los planos en que se manifiestan esas transformaciones, y que aquí obviamente no se pretende sino apuntar, renunciando además a cualquier propósito exhaustivo. Se trataría, pues, de intentar trazar simples pinceladas enunciativas sobre algunos de ellos, cuya incidencia en el régimen de legítimas y, en general, con espectro algo más amplio, en la regulación de la sucesión por causa de muerte en el Código civil, se ofrece difícilmente cuestionable.

2. Mayor esperanza de vida.

Es dato sobradamente constatado por las estadísticas que España figura entre los países del mundo con una mayor esperanza de vida de sus habitantes. Con todas las matizaciones que se quieran, consecuencia en gran medida de la crisis económica y financiera de 2008, el modelo del denominado “Estado de bienestar”, surgido con fuerza en Europa tras la segunda conflagración mundial, el modelo del Estado prestador de servicios, es el acogido por la CE (“Estado social y democrático de Derecho”), y una de cuyas columnas vertebrales es un sistema sanitario público eficaz y universal, y en consecuencia, protector de la totalidad de la población.

La incidencia de lo anterior sobre la elevación de la esperanza de vida de los ciudadanos se impone por evidente, y el consiguiente “desajuste” con la función misma de un sistema de legítimas como el todavía albergado en el Código no puede ser cuestionado.

La mayor longevidad de los padres implica que, frecuentemente, cuando la legítima se percibe por los hijos éstos, a su vez, han alcanzado una edad en la que una tal percepción se ofrece ya en buena medida carente de utilidad, o desde luego sensiblemente disminuida, dado que esa percepción llega con mucho retraso respecto a los periodos esenciales de estudio y formación del hijo, creación de una familia, empleo, etc. En definitiva, la legítima “llega tarde”, convirtiéndose así, en expresión coloquial del Prof. DÍEZ PICAZO, en un “souvenir”⁷.

7 Claro es que, dado que la legítima puede percibirse por cualquier título, nada obsta a que el testador haga donaciones en vida al legitimario, que, lógicamente, deberán considerarse como anticipo de legítima, con la consiguiente imputación al tercio correspondiente. Esta posibilidad suele ser habitual por parte de progenitores, que ni quieren, ni suelen, diferir hasta su muerte la atribución al hijo de lo que le corresponda

3. Carencia de función familiar del patrimonio⁸.

La reforma del CC por la Ley 13/ 1983, de 24 de octubre, de reforma de aquél en materia de tutela, incidiría asimismo en el régimen de las legítimas a través de la reforma del instituto de la prodigalidad, que lejos de proteger ya las expectativas de los “herederos forzosos”, pasaría a serlo del derecho de alimentos⁹.

El régimen de legítimas subsistía intacto, pero con una caída más que importante en cuanto a sus dispositivos de protección, puesto que en el caso de que los familiares a que se refiere el precepto no existan, o existiendo, no tengan derecho a alimentos (arts. 142 y ss. CC), cada uno es libre de gastar, o malgastar, cuanto le venga en gana. La cuestión entonces, como se acaba de apuntar, en cuanto a la protección de las legítimas no puede menos de plantearse en toda su crudeza: ¿cómo armonizar el juego de la figura de la prodigalidad en ese su diseño de 1983, y vigente en la actualidad, con la normativa protectora de las legítimas a través de la figura de reducción de donaciones por inoficiosidad? En la hipótesis de que ese sujeto malgastador, pero carente de esos familiares o que, aun teniéndolos, no tengan derecho a alimentos, no haya hecho donaciones, sino que simplemente haya sido un manirroto, ¿cómo se protegerán las legítimas de sus hijos o descendientes? En la hipótesis contraria, cuando ese sujeto manirroto sí haya hecho donaciones a terceros que, luego, resulte que no quepan en el tercio libre, se impondría concluir que, en el plano teórico (más desde luego que en el práctico) cabría, en su caso, el ejercicio de la acción de reducción de aquellas. Tal planteamiento no puede menos de presentarse artificial y casi impracticable en un plano real.

por legítima, pero tal modo de proceder no era desde luego el habitual al tiempo de la promulgación del Código, ni tampoco con posterioridad (“Sólo cuando estés acabando tus días, a la hora de la muerte, reparte tu herencia”, *Libro del Eclesiástico*, 33, 4).

- 8 En tema de legítimas, quizá hubiere que hacer alguna reflexión sobre una circunstancia tan elemental como la referida a la escasa importancia económica que, en muchos casos, tendrá realmente la legítima. No es ya que “llegue tarde”, que también, sino que cuantitativamente represente en multitud de supuestos, como digo, una atribución patrimonial de escaso valor en contextos socio-económicos como los actuales. El régimen de legítimas que el Código consagró a finales del XIX, no lo olvidemos, tenía como “destinatarios” principales, aunque no exclusivos, a las clases medias, a una burguesía en gran medida enriquecida por el proceso desamortizador. El Código fue, como decía DE CASTRO, hijo de su tiempo, destinado a una sociedad agraria y rural. Los tiempos actuales son bien distintos. Para un gran mayoría de personas, carentes de bienes de fortuna heredados de sus mayores, a su fallecimiento, lo más probable es que la legítima de sus hijos haya que referirla a la mitad del haber ganancial correspondiente al difunto, y, a su vez, es muy posible que ese haber ganancial (en su totalidad) se circunscriba a la vivienda familiar (sobre la que, posiblemente, exista una copropiedad por cuotas en función de las aportaciones respectivas, cuando la vivienda se adquirió por uno de los cónyuges antes del matrimonio), un utilitario, y quizá alguna imposición a plazo de escasa cuantía en una entidad bancaria, fruto a su vez del trabajo de ambos cónyuges. Lejos, por tanto, de esa realidad socio económica que, preponderantemente, tuvo en cuenta el legislador del CC.
- 9 El texto del art. 294 (luego derogado y trasplantado en su literalidad, siquiera con distinta numeración, a la LEC) surgido de la reforma por Ley 13/83, disponía: “Podrán pedir la declaración de prodigalidad el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos, y los representantes legales de cualquiera de ellos, Si no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal”.

4. El nuevo modelo de relaciones entre padres e hijos.

Es más que evidente que el modo de relacionarse los/las padres/madres con sus hijos/as ha cambiado sustancialmente respecto del imperante no hace muchos años atrás, incluso aun después de la entrada en vigor de la Constitución. No se trata únicamente del ya manido, por tantas veces aludido, “derrumbamiento” de ese modelo de familia patriarcal que el CC heredó del *Code* napoleónico de 1804.

Las crisis intergeneracionales tan de nuestros días, la implantación de lo que se ha venido a denominar “familias de diverso talante” han puesto el acento en el individualismo, y en la satisfacción de las necesidades de la persona, dejando (como inevitable consecuencia) un gran vacío en el ámbito de las relaciones de la propia familia, cuando se trata de generaciones distintas¹⁰.

Formas diferentes de entender la vida, juntamente con la transformación de los principios éticos y morales, constituyen una fuente inagotable de problemas entre miembros de una misma familia que pertenece a diversas generaciones. En el marco de la amplísima tipología de conflictos que se generan destacan, quizá, en cuanto afecta al tema de la presente comunicación, los problemas de relación entre padres e hijos mayores convivientes en el mismo domicilio¹¹, y que pueden derivar en situaciones graves de violencia psíquica o física.

Dejando ahora al margen la posibilidad de que tales situaciones de violencia quepa reconducirlas, en su caso, al ámbito de la desheredación, o de la indignidad para suceder, entiendo que la puesta en cuestión de la legítima (en cuanto atribución patrimonial necesariamente destinada a hijos o descendientes)¹² cabría asimismo mantenerla incluso desde una óptica sensiblemente menor, y desde un punto de vista de justicia material, por cuanto se refiere al grado de reproche de la conducta de su hipotético beneficiario.

¿Acaso costaría trabajo imaginar supuestos en que la conducta del/a hijo/a, aun sin estar incurso en una causa de desheredación o de indignidad, tampoco merezca por su comportamiento percibir nada menos que dos tercios del caudal hereditario de sus progenitores? En el caso del hijo único, a su vez carente de

10 En este sentido, cfr. el magnífico trabajo de ORTUÑO MUÑOZ, P: “La mediación en el ámbito familiar”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm.29, enero 2013, p. 21.

11 Situaciones de convivencia que, a su vez, pueden encontrar su causa en una gran diversidad de situaciones previas (imposibilidad de acceso a un empleo por parte del hijo, y que al carecer de ingresos propios y no poder proceder al pago de un alquiler, se ve obligado a convivir con sus padres; supuestos de crisis de pareja por parte del hijo/a, que ha de abandonar la que había venido siendo vivienda común, y que, ante la imposibilidad asimismo de ocupar en alquiler una vivienda por pago de pensiones alimenticias y demás, ha de acogerse asimismo en la vivienda de sus progenitores. Aquí, la casuística es amplísima, pero el común denominador de la misma es el resultado, no querido pero impuesto, de la convivencia bajo un mismo techo de personas pertenecientes a generaciones distintas.

12 El planteamiento cabría obviamente extenderlo en lo atinente a la legítima de los ascendientes, pero entiendo que, por razones asimismo obvias, su grado de incidencia se ofrece sensiblemente menor.

descendencia, el testador carece de cualquier margen de maniobra para reducir esa cuantía, inexorable, de los 2/3. De existir descendientes de grado ulterior, ese margen de maniobra aumentaría indudablemente, por cuanto, como es sabido, el tercio de mejora en su totalidad, o parte del mismo, cabría que fuere destinado por el abuelo al/los nieto/s, además, en su caso, del tercio de libre disposición, pero, con todo, una tercera parte del caudal iría a parar necesariamente a ese hijo que, quizá, por su indiferencia o frialdad, no se haya hecho merecedor de aquella.

Al padre/madre les ha faltado el “calor” del/a hijo/a. No se han sentido “arropados” por él/ella en esos momentos últimos de su vida, de decrepitud y pérdida de fuerzas. Algunas visitas periódicas, sí, en casa, o en la residencia¹³, algunas llamadas telefónicas, unas y otras espaciadas en el tiempo, y quizá también encajables en puridad más en un gesto de cortesía (detectado con tristeza por el progenitor), que en una relación de afecto calificable y percibido como tal por aquél¹⁴. ¿También en tales casos resulta lógico que, por imperativo de un régimen normativo desfasado, dos terceras partes del caudal hereditario deban ir a parar, necesariamente, a ese hijo/a? ¿Podría acaso entenderse que la respuesta normativa podría venir por el cauce de la desheredación por maltrato psicológico? ¿Acaso no se ofrece harto difícil¹⁵ tratar de trazar una línea divisoria, nítida y segura, entre una conducta similar a la que se acaba de describir y aquella otra encajable sin dificultad en el párrafo segundo del art. 853 CC a la luz de la más reciente jurisprudencia?

5. Desheredación e indignidad para suceder.

Es evidente que la solución a la obsolescencia, e incluso (me atrevería a decir) injusticia misma de la percepción de la legítima de descendientes en casos concretos, no pasa desde luego, únicamente, por el juego de las figuras de la

13 La profundidad y envergadura de los cambios sociales acontecidos en España en los últimas décadas, incorporación de la mujer al mundo laboral, predominio de modelos familiares muy distintos al tradicional (familias “nucleares”, “mono parentales”, “reconstruidas, reconstituidas, o recompuestas”. .) . . Surge así la llamada “intimidad en la distancia”, (término este que viene a albergar el complejo de relaciones entre los hijos y sus ascendientes, pertenecientes a la llamada “tercera edad”); las relaciones entre los miembros de la familia pertenecientes a generaciones distintas dejan de tener lugar bajo un mismo techo, la escasa superficie de las viviendas, el trabajo de los miembros de la pareja, afecta directísimamente a los mayores que, o viven solos en su propia casa (con los riesgos consiguientes cuando su salud se deteriora, ayudados en muchas ocasiones, y en mucho mayor grado por vecinos o amigos próximos que por sus hijos), o han de optar por el ingreso en residencias de mayores, abandonado su hogar de toda la vida, y conviviendo necesariamente con personas con las que carecen de lazos familiares.

14 El planteamiento a que acaba de hacerse referencia viene, en la práctica, a identificarse con el relativo a la existencia o no (en supuestos como el aludido en el texto) de maltrato psicológico, como modalidad del maltrato de obra, al considerarse que el abandono emocional contrario a los deberes inherentes a toda relación paterno-filial, puede ser considerado como maltrato psicológico, y definido por las SSTs 3 junio 2014 y 30 enero 2015, como aquella “acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima”.

15 Aludiendo a estas dificultades, CARRAU CARBONELL, J. M.: “La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm 3, agosto 2015, p. 558.

desheredación¹⁶, y aun menor medida de la de la indignidad¹⁷ para suceder, sino por una reforma en profundidad del régimen de aquéllas. Una reforma que, a lo que creo, debiera bascular sobre dos criterios principales: de un parte, reducir sensiblemente sus cuantías (en lo que afecta a las legítimas de descendientes y ascendientes); mejorar (también sensiblemente) la posición del cónyuge supérstite en cuanto legitimario¹⁸ (sin perjuicio, claro es, de anteponerlo a los ascendientes en la sucesión intestada); y de otra parte, supuesta la subsistencia del régimen de legítimas, dar entrada en él a nuevos legitimarios (conviviente de hecho), siquiera este último aserto constituiría más bien una simple hipótesis de trabajo, dado que su análisis a fondo correspondería enmarcarlo en un ámbito mucho más amplio, y que indudablemente iría más allá del ámbito de las legítimas: el de los derechos sucesorios del conviviente de hecho, planteamiento este que hace tiempo ha venido resuelto en el marco de los Derechos civiles autonómicos.

III. CONVIVIENTE DE HECHO Y SUCESIÓN TESTAMENTARIA. PRESUPUESTOS PREVIOS.

I. Consideraciones preliminares:

La importancia de la unión de hecho en la realidad social española actual es incontestable. Los datos estadísticos vendrían sobradamente a corroborarlo. Un buen dato a favor de lo que se acaba de decir es la progresiva sustitución del término “matrimonio” (ya casi desaparecido) por el de “pareja” en los medios de comunicación. Obviamente, el matrimonio es también “pareja”¹⁹, pero sin

16 Y es que desheredar no es fácil. Hay ejemplos sonados que lo corroboran, y, para muestra bien vale un botón (el del Nobel Camilo José Cela). Sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley (art. 848 CC). Quedan excluidas, pues, cualesquiera otras, aunque sean análogas o incluso de mayor gravedad. Y las enumeradas en el CC son de interpretación estricta. Además, de la más que posible entrada en juego del art. 851.

17 La inadecuación de la indignidad respecto del tema en estudio resulta del propio régimen de aquella. De un lado, la enumeración misma de las causas de indignidad contenida en el art. 756, precisa en varios de sus apartados condena por sentencia firme, lo que de suyo vendría a desplazar sensiblemente la cuestión del ámbito del causante mismo, al hacer entrar en juego otros factores, algunos de gran complejidad, como el relativo a la necesidad de existencia de una sentencia condenatoria (así, el 756.1º establece la incapacidad de suceder por causa de indignidad del que hubiere sido condenado por sentencia firme “a pena grave por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante. . .” También el número 2º del precepto citado exige, en sus tres apartados, la existencia de sentencia firme para hacer entrar en juego la incapacidad de suceder por indignidad. Por el contrario, y a diferencia de la desheredación, la indignidad como es sabido opera por su sola presencia, y sin necesidad de que sea conocida del causante. Aun con estas llamémoslas “ventajas”, la judicialización de una buena parte de causas en la indignidad (aunque no todas), vendría en alguna medida a “alejar” la figura del marco de la legítima, al menos en ese sentido al que se está haciendo referencia, que no es otro sino el de la voluntad del propio causante, que en la desheredación dispone expresamente la privación, e impide al desheredado adquirir nada de su herencia.

18 Señala con razón CARRAU CARBONELL, J. M.: “Las limitaciones a la libertad de testar y la injusta asignación legitimaria al cónyuge viudo en el siglo XXI: propuesta de soluciones prácticas”, *Tribuna, Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE)*, 5 de noviembre 2019). que “en la práctica, se observa que son muchos los testadores que se posicionan en contra de la legítima de los descendientes, pero prácticamente ninguno el que se manifiesta contrario a la legítima del viudo”.

19 Aunque a nadie se le oculta que, en lenguaje corriente y coloquialmente, la utilización o empleo del término “pareja” parece presuponga la inexistencia de vínculo matrimonial entre las personas a las que se refiera aquél.

duda el empleo del término “pareja” presenta la utilidad de “abarcar” situaciones de convivencia no matrimoniales, tan frecuentes por lo demás, pese a que cualitativamente se trate de realidades bien distintas desde el ángulo normativo. En ocasiones incluso la utilización del término “pareja” responde a un loable deseo de estricto respeto a la intimidad del sujeto, por ejemplo, entrevistado en un medio de comunicación. Desde la perspectiva sociológica, son muchos los que afirman que “no es la familia la que está en crisis, sino el matrimonio”, las alternativas (se añada) no lo son, pues, a la/s familia/s²⁰ sino a la unión matrimonial. Y, con tal hilo argumental, se concluye por algunos (en un aserto más que discutible) que la familia en nuestro país “goza de buena salud”.

2. El desplazamiento y sustitución de la idea de “compromiso” por la de “satisfacción” en las relaciones de pareja²¹.

Es de todo punto evidente que el incremento cuantitativo de las uniones de hecho descansa sobre premisas fácilmente detectables: la primera, y a lo que creo fundamental, el desplazamiento y sustitución de la idea misma de “compromiso” por la de “satisfacción”²² en la relación. Actualmente, en nuestra sociedad, la mayoría de las personas no entienden, ni conciben, la vida de pareja sino como una vía o cauce de acercamiento a una situación de felicidad personal²³. La relación de pareja tendrá sentido, pues, en tanto en cuanto los sujetos que la componen se sientan satisfechos con esa relación.

Esta premisa a la que se acaba de hacer referencia, está en la base misma de los importantes cambios acaecidos en nuestra legislación matrimonial en los últimos años. Ya a poco de la entrada en vigor de la reforma del CC por la ley 30/81, progresivamente, se fue abriendo paso en la jurisprudencia la desaparición

20 La imposibilidad e improcedencia de hablar de “familia”, en singular, y la necesidad de hacerlo en plural, “tipos” o “modelos familiares” distintos, entre los cuales puede optar el individuo en el ejercicio del libre desarrollo de su personalidad, es ya un lugar común. El poder de decisión al respecto del sujeto se ofrece así doble: de un lado, optar por constituir, o no, una familia, y, de optar por constituirla, insertarse en alguno de los tipos o modelos familiares (familia nuclear, mono parental, familias “recompuestas”, cuyos miembros provienen de uniones anteriores, y aportan los hijos habidos en ellas, etc), tipo o modelo familiar éste, el de la llamada “familia recompuesta”, llamado a ser, según algunos, el del futuro más inmediato.

21 “En la década de 1920, -afirma STEPHANIE COONTZ- la reformadora neozelandesa ETTIE ROUNT afirmaba que un matrimonio “sin alegría” probablemente fuera “la más peligrosa de todas nuestras instituciones”. Y a finales de esa misma década, “poco a poco la gente se encaminaba hacia el divorcio porque no encontraba amor, compañerismo ni intimidad emocional en su matrimonio en vez de hacerlo porque su pareja fuese cruel o no hubiese cumplido adecuadamente con sus funciones de ama de casa o de marido proveedor”, STEPHANIE COONTZ: *Historia del Matrimonio. Cómo el amor conquistó el matrimonio*, Gedisa, Barcelona 2006, pp. 264-265.

22 “Satisfacción”, “relación de pareja satisfactoria”, o términos similares, ¿Cuál es su alcance? ¿Qué significan exactamente? ¿qué quiere decirse con ellos? ¿La respuesta podría ser: la relación deja de ser “satisfactoria” porque “se acabó el amor”?

23 En el marco de la sociología, algunos especialistas señalan, quizá, con acierto, como características del matrimonio en nuestro tiempo, “aún más que amor y matrimonio, la realización personal y la fragilidad (parecen ir tan unidas como un caballo y su carro”, STEPHANIE COONTZ: *Historia del matrimonio*, cit, p. 396.

de la “*affection maritalis*”²⁴ como causa de divorcio y de separación, lo que habría de constituir el antecedente inmediato y directo de la reforma de 2005.

Cuando ambos cónyuges, o uno de ellos, consideran (considere) que la relación ha dejado de ser satisfactoria, la posibilidad de disolver el vínculo está abierta por completo²⁵. La operatividad así, en el plano de la legislación ordinaria, del principio del libre desarrollo de la personalidad (art.10.1 CE) se manifiesta así con toda su fuerza. Pero la profundidad misma del cambio legislativo no puede por menos que incidir, como efecto reflejo pero inexorable en otros preceptos del Código, asimismo básicos de la legislación matrimonial, y que a partir de ese cambio, necesariamente han de ser entendidos de otra manera (art. 45.1)²⁶.

¿Qué es lo que ha ocurrido, al margen del enfoque estrictamente jurídico de la cuestión?: el desplazamiento de esa idea de “compromiso” por la de “satisfacción personal” de cada uno de los miembros de la unión. Esta pasa a descansar ahora en la existencia, y permanencia en el tiempo, de esa “satisfacción”, desaparecida la cual la unión misma carece de razón de ser. La plasmación de lo anterior a nivel legislativo en el Código correspondería al legislador de 2005.

Partiéndose de tal premisa, una consecuencia se impondrá asimismo y, desde luego, con un rigor lógico más que aplastante: los mismos vocablos “crisis matrimonial”, “patología del matrimonio”, y similares, carecen de sentido. La disolución por divorcio, y obviamente, aun menos la separación, no son, no deben, no pueden ser enfocadas como acontecimientos traumáticos, sino como acaecimientos normales, habituales, y no traumáticos, en la vida de pareja (sea esta matrimonial o no), y que en consecuencia resultaría erróneo someter a análisis desde un ángulo de negatividad o de reproche.

En estrecha relación con lo anterior, la segunda de las premisas viene constituida por el más que considerable aumento de familias “reconstruidas, reconstituidas, o recompuestas”, integradas por miembros provenientes de uniones anteriores, y, que, en gran número de casos, aportan a esa nueva unión hijos procedentes de esas uniones. Es más que patente la existencia de una relación “causa-efecto”

24 ARCOS VIEIRA, M. L: *La desaparición de la Affectio Maritalis como causa de Separación y Divorcio*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Aranzadi Editorial, Elcano, Navarra, 2000.

25 Sin necesidad de más requisito que el de que hayan transcurrido al menos tres meses desde la celebración del matrimonio. Eliminada así la necesidad de invocar, y acreditar, una causa para el divorcio/separación, la problemática inherente a la ruptura de la relación de pareja (matrimonial, en el caso) queda fuera del litigio, lo que indudablemente supuso un avance en la protección misma del ámbito íntimo y personal de los sujetos de la relación.

26 Es obvio por evidente que el texto del art. 45.1 CC permanece idéntico a la redacción que recibió del legislador de la ley 30/81, pero no lo creo menos que su interpretación y alcance poco tienen que ver con el que la exégesis le asignaba con anterioridad a la reforma por la Ley 15/2005.

entre, de una parte, la proliferación de los supuestos de “crisis matrimonial”²⁷ (con la excepción de la nulidad, supuesto de menor frecuencia) y, de otra, el incremento como tipo o modelo familiar de las llamadas “familias recompuestas”²⁸.

3. Un hecho innegable: la frecuencia en la iniciación de una nueva relación tras el divorcio o la separación.

Un elevado porcentaje de personas, tras el divorcio o la separación, se relacionan con otras, bien sea de modo estable u ocasional. E incluso se casan de nuevo²⁹. Pero a lo que aquí importa, se trataría de subrayar la indudable incidencia que puede y suele tener en orden a la constitución de una pareja de hecho la existencia de una situación de divorcio/separación previos.

4. Proyección de la Ley 15/2005 sobre la sucesión por causa de muerte en los supuestos de divorcio y de separación.

La reforma de 2005 sin duda merecería el calificativo de “clarificadora” en lo que se refiere al régimen de la sucesión por causa de muerte entre divorciados o separados, en cuanto extingue recíprocamente los llamamientos respectivos, no solo en el marco de la sucesión intestada sino también en lo atinente a la cuota legitimaria. El divorciado, y asimismo el separado legalmente o de hecho, carece de derecho alguno en la sucesión *mortis causa* del premuerto, y el legislador no ha limitado esa absoluta exclusión a los supuestos de disolución por divorcio, lo que no puede menos de resultar enteramente lógico, sino también en los de separación judicial o de hecho, en los que la persistencia “formal” del vínculo viene neutralizada (a los efectos que aquí importan) por la carencia de *affectio maritalis*.

IV. CONVIVIENTE DE HECHO Y SUCESIÓN TESTAMENTARIA: EL MARCO DEL CÓDIGO CIVIL.

I. Incidencia de los Derechos civiles autonómicos.

- 27 En cualquier caso, la denominación misma de “crisis” para referirse a los supuestos de “patología” en las relaciones de pareja, es rechazada – por inadecuada – por sociólogos y expertos en mediación familiar, para quienes el enfoque de tales situaciones como “traumáticas” carece de sentido, postulando por el contrario su consideración como acontecimientos normales en la relación de pareja, cuando dicha relación ha dejado de ser “satisfactoria” para ambos o para uno de sus miembros.
- 28 Aquí la terminología no es unívoca. Se habla de familias “recompuestas”, pero también suele ser usual la de familias “reconstruidas”, o “reconstituidas”. El sociólogo MEIL LANDWERLIN (de la UAM), se refiere asimismo al reto que supone para las familias reconstituidas encontrar nombres para definir sus vínculos. “La familia cambia, la política no”, *El País*, viernes 13 de diciembre de 2013, p.38. En cualquier caso, el parecer de muchos sociólogos es el de que tal modelo familiar está destinado a convertirse, si es que no lo es ya, en el predominante en el futuro más inmediato.
- 29 En ocasiones, numerosas por lo demás, ese matrimonio posterior se produce cuando tienen hijos comunes (se entiende), o deciden compartir una hipoteca porque, tal como está organizada la burocracia, resulta más práctico casarse. Sea de ello lo que fuere, acaban por venir a la memoria las palabras del entonces Ministro de Justicia (1981), en el curso de los debates parlamentarios en el curso de la tramitación del proyecto de ley de divorcio, en el sentido de que el divorcio “es una institución conservadora, por cuanto permite contraer un nuevo matrimonio”.

Es de sobra conocido que algunos ordenamientos jurídicos de Comunidades Autónomas con competencia en Derecho civil han regulado las uniones de hecho, atribuyendo a los miembros de aquéllas derechos sucesorios en la sucesión del otro miembro de la pareja. En este sentido, Cataluña³⁰, Galicia, Navarra, y, en menor medida, Baleares,³¹ llegan a equiparar, por cuanto a efectos sucesorios se refiere, a los miembros de las uniones de hecho con los cónyuges.

2. La necesidad de contemplar al conviviente de hecho supérstite en el marco del Derecho de sucesiones del Código Civil.

El ordenamiento jurídico estatal no reconoce derecho sucesorio alguno a los miembros de la unión de hecho. Esto es incontestable. Pero no lo es menos que se trata, sin duda, de una situación normativa ciertamente anómala, y lo es porque no se adecúa a una realidad social palmaria.

30 Aunque no es objeto de esta aportación el análisis de los Derechos civiles autonómicos en la materia que nos ocupa, quizá el Derecho catalán pueda considerarse paradigmático. La Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, dedica el art. 442. a la sucesión del cónyuge viudo y del conviviente en unión estable de pareja superviviente. En su número 3 establece: "El cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable superviviente, si concurre a la sucesión con hijos del causante o descendientes de éstos, tiene derecho al usufructo universal de la herencia, libre de fianza, si bien puede ejercer la opción de conmutación que le reconoce el art. 442.5. Y el número 2 del citado art. 442, dispone: "Si el causante muere sin hijos ni otros descendientes, la herencia se defiere al cónyuge viudo o al conviviente en pareja estable superviviente. En este caso, los padres del causante conservan el derecho a la legítima". Por su parte, el apartado 4.1 del citado art. 442, relativo al usufructo universal del cónyuge o del conviviente en pareja estable, señala que el citado usufructo universal "se extiende a las legítimas, pero no a los legados ordenados en codicilo, a las atribuciones particulares ordenadas en pacto sucesorio a favor de otras personas ni a las donaciones por causa de muerte".

En estrecha conexión, la sensible reducción en la cuantía de las legítimas operada por el legislador catalán: art. 451.5, relativo a la cuantía y cómputo de la legítima: "La cuantía de la legítima es la cuarta parte de la cantidad base que resulta de aplicar las siguientes reglas. . . ."

Contiene asimismo el Derecho catalán la figura de la "cuarta viudal": "El cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable -art. 452.1- que, con los bienes propios, los que puedan corresponderle por razón de liquidación del régimen económico matrimonial y los que el causante le atribuya por causa de muerte o en consideración a ésta, no tenga recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades tiene derecho a obtener en la sucesión del cónyuge o conviviente premuerto la cantidad que sea precisa para atenderle, hasta un máximo de la cuarta parte del activo hereditario líquido, calculado de acuerdo con lo establecido por el art. 452.3".

Asimismo, es claro que, sin perjuicio del juego de las legítimas, y, en su caso, de la preterición, nada obsta a que el causante instituya heredero único, en toda la herencia, al cónyuge o al conviviente en pareja estable (art. 451.16)

31 Para el Derecho balear, la toma en consideración del conviviente de hecho presenta un ámbito sensiblemente más reducido: la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, establece en su art. 13 relativo al régimen sucesorio, y con remisión al Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares, : "Tanto en los supuestos de sucesión testada, como en los de intestada, el conviviente que sobreviviera al miembro de la pareja premuerto tiene los mismos derechos que la Compilación de Derecho Civil balear prevé al cónyuge viudo". Por su parte, el art. 41 de la citada Compilación Balear atribuye la condición de legitimario al cónyuge viudo, fijándose la legítima de los hijos (art. 42) en la tercera parte del haber hereditario si fueren cuatro o menos de cuatro, y la mitad si excedieren de este número. Sensible reducción, pues, de la cuantía de la legítima de los hijos, y asimismo, sensible mejora de la posición del cónyuge en cuanto legitimario o, en su caso, del conviviente que sobreviva al miembro de la pareja premuerto (art. 45.3): "En concurrencia con descendientes, la legítima viudal será el usufructo de la mitad del haber hereditario; en concurrencia con padres; el usufructo de dos tercios, y, en los otros supuestos el usufructo universal". En el marco de la sucesión intestada, el legislador balear se queda más corto, al establecer en el art. 53.1 que "La sucesión abintestato se rige por lo dispuesto en el Código Civil, sin perjuicio, en su caso, de los derechos que reconoce al cónyuge viudo el art. 45 y de lo previsto en el art. 51". Se da, pues, entrada al conviviente en la sucesión intestada, en la misma posición del viudo/a, por detrás de descendientes y ascendientes.

La necesidad y urgencia a que se ha hecho referencia resultan manifiestas desde una doble perspectiva: de un lado, el propio fenómeno socio-jurídico de las uniones de hecho, fenómeno que un legislador medianamente avisado no puede desconocer o ignorar; de otro, la flagrante contradicción e inconsecuencia que de suyo supone la existencia de distintas legislaciones civiles, CC y Derechos civiles autonómicos, con una diversidad de régimen jurídico en materia de la importancia y trascendencia de la sucesión *mortis causa*.

Cuestión distinta, aunque en estrechísima relación con la anterior, es la que se refiere al alcance y profundidad que, en una hipotética reforma del Código, debiera presentar ese reconocimiento de derechos sucesorios³². La opción por una total equiparación de la unión de hecho al matrimonio en cuanto al régimen de la sucesión por causa de muerte, mírese como se mire, no puede menos de traducirse en una desvalorización de la unión matrimonial, no ya solo como realidad social (que también), sino como institución (lo que desde la perspectiva constitucional resulta más que dudoso). Es de sobra conocida la jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución, subrayando que el matrimonio y la unión de hecho no constituyen realidades equivalentes, y poniendo de relieve el significado institucional del primero (con apoyo y fundamento en el art. 32.I CE), y del que (*a contrario*) carece la segunda.

Que la realidad social española actual no es desde luego la existente al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, es un aserto que por evidente no precisa demostración, pero el texto fundamental dice lo que dice, y, en consecuencia, hay que estar a él.

Cabría desde luego reformar el texto constitucional, y, en concreto, el art. 32 del mismo en todo su contenido, precepto éste cuya reforma queda fuera del procedimiento agravado³³.

Cabría asimismo proceder a la reforma del Código en materia de Derecho sucesorio (en cuyo marco, una sensible reducción de la cuantía de las legítimas parece se imponga como evidente)³⁴, pero mientras ello no acontezca, el

32 Sin obviar desde luego la posibilidad de que ese reconocimiento pudiera venir dado por la promulgación de una ley de ámbito estatal en materia de uniones de hecho.

33 Al no configurarse el derecho al matrimonio como derecho fundamental, y sí como un derecho de los ciudadanos.

34 Por el momento, que sepamos, no existe en tramitación, ni tampoco en fase previa a ella, proyecto alguno de reforma del CC en materia sucesoria. Se cuenta sí con una *Propuesta de Código Civil*, elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (y consultable en la propia página de la ADPC), de tinte netamente conservador (en cuanto escasamente novedosa) en la materia que nos ocupa, y ello porque las novedades que (en la hipótesis de que se convirtiera en Derecho vigente) aportaría serían las sobradamente esperadas, y sobre las cuales el consenso es prácticamente unánime: reducción de la cuantía de las legítimas (art. 467-3), fijándola para los descendientes en "la mitad del caudal fijado conforme a las reglas contenidas en el art. 467-6. Sin embargo el causante puede aplicar una cuarta parte del caudal como mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o incluso de descendientes más alejados en grado". Para el

planteamiento normativo es claro: el Código civil no reconoce derecho sucesorio alguno a los miembros de la unión de hecho³⁵.

caso de que existiere un solo descendiente, “su legítima es de un tercio”. También aquí no se va más allá de llevar al texto de la *Propuesta* la posibilidad, admitida sin controversia alguna desde la promulgación del CC, de la posibilidad de mejorar a los nietos aun viviendo sus padres, legitimarios inmediatos del abuelo. En cuanto a lo que se acaba de decir, la Exposición de Motivos de la *Propuesta* se manifiesta en los siguientes términos: “Se ha procedido a una significativa reducción de las legítimas y a una consiguiente ampliación de la libertad dispositiva del causante, pues una parte reservada tan amplia como la establecida por el Código carece hoy de sentido. Incluso se optado por establecer una legítima de extensión variable, de modo que resulte aún más corta cuando el legitimario concurrente (descendiente o ascendiente sea uno solo. Pero también se ha procedido a un cierto debilitamiento de la figura a través de otros expedientes técnicos. Entre ellos cabe resaltar el establecimiento de un límite temporal en orden al cómputo de las liberalidades entre vivos, regla que, además, simplifica el cálculo de la legítima y evita engorrosos problemas de prueba y valoración de actos realizados tiempo ha” (*Propuesta*, cit, p.192).

No cabe apreciar asimismo variaciones sustanciales en cuanto a la posición del cónyuge viudo en la sucesión del premuerto, de una parte porque, tratándose de sucesión intestada, la anteposición del viudo/a a los ascendientes del premuerto es ya un valor entendido, que en consecuencia, en modo alguno cabría calificar de novedosa: (art. 466-12.1. “A falta de hijos y descendientes sucede en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente que no esté separado legalmente o de hecho”); y de otra parte, porque en cuanto a los derechos del viudo/a como legitimario, “No se ha observado – se dice en la citada *Exposición de Motivos* – inconveniente alguno para el mantenimiento de la legítima en usufructo del cónyuge viudo, tal y como aparece prevista en el Código (con ciertas mejoras de regulación y una pequeña reducción)”, *Exposición de Motivos Propuesta*, cit, pp. 193-194. Lo que viene luego contradicho por la regulación concreta que para aquella se prevé (art. 467-5.2 y 3: “Cuando concurra a la sucesión con descendientes el usufructo será de una cuarta parte, y se imputará a la porción de mejora del caudal. Cuando concurra con un solo descendiente el usufructo será de una tercera parte, y se imputará a la porción de libre disposición”. Mientras que en la actualidad, la circunstancia de que el viudo concurra con más de un descendiente no implica mengua alguna en la cuantía de su legítima, que se mantiene en el usufructo de una tercera parte del caudal. Tampoco cabría calificar de novedad la posibilidad, ahora objeto de permisibilidad expresa, pero sobradamente consagrada ya en la práctica, de ampliación de la legítima del viudo/a “a voluntad del causante y aun gravando la legítima de los descendientes” Lo que los autores de la *Propuesta* no pueden menos de reconocer: “ Sobradamente conocida es la frecuencia práctica con la que en los testamentos sometidos al Código el otorgante casado adjudica al cónyuge supérstite, a título de legado, el usufructo universal de toda la herencia (echando mano de la *cautela socini*), *Exposición de Motivos*, cit, pp. 193-194, recogiendo en el art. 467-19.3 la citada regla permisiva: “No comporta vulneración de la regla de intangibilidad de la legítima el legado de usufructo recayente sobre ella cuyo beneficiario sea el cónyuge viudo”.

Las palabras en negrita quizá sean un buen índice para, de un lado, constatar la inexistencia de mención alguna al conviviente de hecho supérstite, cuyos derechos sucesorios parece queden así remitidos, supuesta su admisión, a una hipotética ley estatal de uniones de hecho todavía inexistente; y de otro lado, significativa resultaría asimismo que las referencias a la cautela, ahora objeto de permisibilidad expresa (extremo este como he dicho escasamente novedoso, en cuanto vendría a confirmar una realidad cotidiana), vengan circunscritas de modo exclusivo a la utilización de la misma por un testador casado, que se sirve de ella a favor del cónyuge sobreviviente. El más absoluto de los silencios, pues, respecto a una hipotética “ampliabilidad” del juego de la cautela a favor del que no tenga la cualidad de cónyuge, ni a la incidencia que dicha utilización, en su caso, proyectaría sobre el derecho de los legitimarios a recibir su legítima libre de gravámenes. En síntesis, el problema no bascularía ya únicamente sobre esa aludida “ampliabilidad, sino inevitablemente también sobre la admisibilidad de un tal ampliabilidad cuando ella perjudica a los legitimarios, y tal perjuicio no sea consecuencia del propósito del testador de favorecer a quien tiene la cualidad de cónyuge.

- 35 No se desconocen desde luego las posibles situaciones concretas de injusticia material que la actual regulación de esta materia pueda producir, como consecuencia de la convergencia de una doble circunstancia: de un lado, el régimen de legítimas de los hijos, rigurosamente imperativo (a salvo , claro es, la posibilidad de desheredación, con las dificultades que esta conlleva), y, de otro, la carencia absoluta de reconocimiento de derechos sucesorios en el CC al conviviente *supérstite*, cuyos desvelos, entrega y sacrificio por el premuerto, quizá superen con mucho al que desplegaron aquellos a los que, finalmente, van a corresponder las dos terceras partes del caudal hereditario. De otra parte, en defecto de testamento, y procediendo en consecuencia la sucesión intestada, no existiendo descendientes ni ascendientes, pero sí colaterales, serán éstos los llamados a la sucesión.

3. La disposición por testamento a favor del conviviente. Criterios generales.

Lógicamente, la pauta la marca el art. 763 CC. La circunstancia decisiva es que se tengan, o no, herederos forzosos³⁶. Si se carece de ellos (descendientes o ascendientes)³⁷, art. 763.I, el testador podría disponer “de todos sus bienes o de parte de ellos” a favor del conviviente³⁸.

Si los hubiere, y más concretamente, los legitimarios fueren hijos o descendientes del testador³⁹ (supuesto este que será el más frecuente), la cortapisa de las dos terceras partes del caudal se erige como “muralla difícilmente franqueable”⁴⁰ para éste. Necesariamente, sus propósitos de favorecer al conviviente habrán de reconducirse al llamado “tercio de libre disposición”⁴¹, cabría entonces instituirle

-
- 36 No procede desde luego entrar aquí en consideración alguna acerca de la terminología legislativa de “herederos forzosos”.
- 37 Ningún sentido tiene referirse aquí al cónyuge como heredero forzoso, puesto que la existencia misma del conviviente *supérstite* supone de suyo, o bien, la inexistencia misma de “cónyuge” (supuestos de disolución por divorcio), o bien, aun existiendo vínculo matrimonial (supuestos de separación judicial, secretario judicial o notario, o de hecho), la existencia de estas situaciones, como es sabido, conlleva la extinción de los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente, tanto en la sucesión forzosa como en la intestada. Otra sería la situación en el caso de existencia de ascendientes (art. 809) con derecho a legítima (mitad del haber hereditario del hijo o descendiente), (que solo lo serán en defecto de hijos o descendientes), y que necesariamente habría de respetarse por el testador, quien en consecuencia podría disponer por testamento de la otra mitad a favor del conviviente.
- 38 Para la parte de la que no se hubiere dispuesto, procedería la apertura de la sucesión intestada (art. 658.3), y en la que el conviviente no recibiría llamamiento alguno. Y en el caso de existencia de ascendientes con derecho a legítima, la cual hubiere quedado cubierta por testamento, sin disponerse de la otra mitad del caudal, el/os ascendiente/s más próximo/s en grado serían llamados asimismo a esa otra mitad del caudal, con lo que la totalidad del mismo iría a parar a aquél/aquellos.
- 39 Sin duda, éste será el supuesto más frecuente en la práctica: el de que aquellos que sobrevivan al testador no sean padres o ascendientes, sino hijos o descendientes.
- 40 La situación no cambiaría desde luego en el caso de que los legitimarios hubieren ya percibido en vida del testador lo que les correspondía por legítima, a través, por ejemplo, de donaciones imputables a sus cuotas como legitimarios. Esas donaciones, tras las oportunas operaciones de computación e imputación, deberán cubrir asimismo lo que por legítima correspondía a aquéllos, y si sólo la cubren en parte, el testador deberá tenerlo en cuenta, o caso contrario, procederá en su caso el ejercicio de la acción de complemento (art. 815) por el heredero forzoso a quién el testador haya dejado “por cualquier título menos de la legítima que le correspondía”.
- 41 No me resisto sin embargo a formular alguna interrogante, por no decir muchas, a este planteamiento, normativamente impecable, meridianamente claro, ¡pero tan sumamente dudoso en cuanto a sus aplicaciones prácticas! El planteamiento según el cual ese propósito de favorecer al conviviente, en la práctica, como digo, haya de venir “encorsetado” en el ámbito del tercio de libre disposición. La interrogante fundamental no es otra sino la de ¿cómo compaginar esto en la realidad, cómo hacerlo verdaderamente operativo, cómo compatibilizarlo, con el régimen de la prodigalidad? ¿Cómo controlar eficazmente, tras la muerte del testador, actos dispositivos de dinero, regalos de gran valor, derroches o dilapidaciones de dinero, llevadas a cabo en vida por quien, teniendo hijos o descendientes, que no perciban alimentos de aquél, ni se hallen en situación de reclamárselos, carezcan de legitimación activa para instar una declaración de prodigalidad? ¿Realmente puede creerse se estén protegiendo las legítimas tras una regulación del régimen de la prodigalidad como el instaurado por la reforma de la Ley 24-10-1983? Las dificultades prácticas que, una conducta como la descrita, puede conllevar tras la muerte del sujeto en orden a las operaciones de computación e imputación pueden ser, sencillamente, irresolubles. En definitiva, con el más que limitado juego de la figura de la prodigalidad en el marco de la LEC, no puede menos de tenerse la impresión de que la protección a las legítimas (limitémonos a la de los hijos o descendientes) no pase de ser poco menos que un brindis al sol. Y ello por cuanto las acciones de protección no entrarían en juego sino después del fallecimiento del testador, quizá tras una larga vida de dilapidación de sus bienes, de una parte; y, de otra, sin cortapisa alguna que lo evitara, dada la no concurrencia de los presupuestos que, en orden a instar la declaración de prodigalidad, se recogen en la Ley de Enjuiciamiento (STS 8 marzo 1991). Protección, pues, del derecho a alimentos, y no de las expectativas de los herederos forzosos. La protección de las legítimas

heredero en una tercera parte de la herencia, o asimismo, la ordenación de legados⁴² en su favor que quepa “reconducir” al tercio libre, y que no sobrepasen su importe, puesto que en la medida en que lo excediesen, procedería su reducción por inoficiosos. En cualquier caso, la vía testamentaria se ofrece como única e insoslayable, si de lo que se trata es de favorecer al conviviente⁴³, dada la inexistencia de llamamiento a favor de éste en el marco de la sucesión abintestato.

4. ¿Atisbos de solución en tanto no llegue la reforma?

Las dificultades que suscita, de un lado, el notorio incremento de las relaciones de pareja en las cuales uno de sus miembros, o los dos, tengan a su vez legitimarios (y consecuentemente vean extraordinariamente recortada su libertad para disponer “mortis causa”)⁴⁴, junto a la inexistencia en el futuro legislativo inmediato de proyecto alguno de reforma del CC en materia de sucesión por causa de muerte⁴⁵, de otro, están indudablemente en la base de propuestas *de lege ferenda* encaminadas a la búsqueda de alternativas al problema, bien intencionadas desde luego, pero que sin embargo presentan notorias dificultades de encuadramiento

queda así necesariamente deferida a un momento muy posterior, en el cual, quizá, esa protección llegue demasiado tarde.

- 42 Tampoco existiría inconveniente alguno en admitir la posibilidad de instituir heredero al conviviente “en cosa cierta y determinada” ex art. 768, caso en el cual habría de ser considerado como legatario, u ordenar a favor de aquél un legado de parte alicuota del activo o remanente, después de deducidas las deudas, siempre que en ambos casos lo atribuido al conviviente cupiere en el llamado “tercio libre”.
- 43 Ni que decir tiene que, en una hipotética reforma del CC en el marco de la sucesión por causa de muerte, una más que probable reducción de la cuantía de las legítimas se traduciría necesariamente en un aumento de la porción libremente disponible por el testador, lo que, a su vez, le haría posible a éste favorecer al conviviente.
- 44 A nadie se le ocultan las objeciones que, desde criterios de pura justicia material, cabe hacer a una situación como la descrita, en la que ciudadanos de un mismo país, que vivan en una unión de hecho, sufran semejante amputación de su poder de disposición por causa de muerte en función de la vecindad civil que ostenten. El panorama se torna necesariamente más grave con solo tener en cuenta el más que notorio incremento de las uniones de hecho en España, y de familias “recompuestas” cuyos componentes no contraen matrimonio entre sí, quizá precisamente por consecuencia del fracaso de la unión matrimonial anterior de uno, o de los dos miembros de la pareja.
- 45 Claro es que la reforma podría venir igualmente por la vía de la promulgación de una ley ya de ámbito estatal en materia de uniones de hecho, y en la que consiguientemente se favoreciera la situación del conviviente de hecho en la sucesión por causa de muerte del premuerto, y sin que quepa aquí entrar en demasiadas consideraciones sobre el alcance concreto que aquél debiera tener. En línea de principio, cabría desde una atribución concreta de una porción de los bienes del premuerto, porción que, a lo que parece, se ofrecería en conexión estrecha con la más que necesaria reducción de la cuota legitimaria de hijos o descendientes, hasta la total equiparación de derechos sucesorios entre cónyuge y conviviente de hecho, tanto en lo que se refiere a la cuota legitimaria como en lo atinente a la sucesión intestada, (solución esta última que, como se sabe, es la propia de algunos Derechos civiles autonómicos). En contra de la última de estas opciones, militaría a lo que creo la circunstancia de la progresiva pérdida de valor institucional del matrimonio, y respecto de la que una opción como la aludida no supondría sino un paso más, aunque de notorio calado, en ese acelerado proceso de desvalorización del carácter institucional del matrimonio. En cualquier caso, esa hipotética reforma (de la cual, al menos por el momento, nada se sabe), parece debiera bascular sobre tres ejes fundamentales: de una parte, una sensible reducción de las cuotas legitimarias de descendientes y ascendientes; de otra, una no menos sensible mejora de la situación del cónyuge *supérstite* tanto en cuanto legitimario, como en los llamamientos a la sucesión intestada, anteponiéndolo desde luego a padres y ascendientes del difunto; finalmente, atribución de derechos sucesorios al conviviente de hecho en la sucesión del premuerto, y, de optarse por la plena equiparación de aquél al cónyuge viudo, aplicación pura y simple al conviviente de un régimen idéntico al establecido para el viudo en esa hipotética reforma.

en ese marco normativo del CC que es el todavía vigente, y al que hay que estar en consecuencia.

A) Inexistencia de derechos sucesorios para el conviviente como punto de partida.

Cualquier argumentación encaminada a poner de relieve la necesidad y urgencia de esa atribución de derechos; la inconsecuencia que conlleva la existencia de regímenes normativos tan diametralmente opuestos en esta materia y coexistentes todos ellos dentro del territorio del Estado; las consideraciones sobre el anacronismo y obsolescencia del régimen de legítimas, que, en su caso, puede constituir obstáculo insalvable para que el testador vea seriamente recortados sus propósitos de intentar favorecer a la persona que, con mucha frecuencia, ha compartido los últimos años de su vida, le ha dado su afecto, cuidados, atenciones, y todo ello quizá con una dimensión muy superior a la de los hijos del premuerto⁴⁶; todo ello, como digo, no puede hacerse sin partir del dato normativo, inexorable, de la inexistencia de esa atribución de derechos en el marco del CC. Consecuentemente, las propuestas o sugerencias encaminadas a la búsqueda de soluciones nunca podrán ser hechas al margen de ese dato normativo, como si ese dato no existiera: el cónyuge supérstite (no separado legalmente o de hecho), tiene (precisamente por su calidad de tal) derechos sucesorios; derechos de los que carece el conviviente de hecho, también precisamente porque no es cónyuge⁴⁷.

Quiérese decir que, situados en esta perspectiva, el planteamiento de la cuestión presenta otra dimensión, que ya no es la estrictamente normativa, en cuanto que cualquier posible búsqueda de una solución, encaminada a favorecer al conviviente supérstite, habrá de contar con la voluntad de los legitimarios (sin más excepción que la disposición por testamento en su favor del llamado “tercio libre”). Nada se podrá hacer sin ellos. Con lo que, como digo, el problema se desplaza de alguna manera al ámbito de la autonomía privada. Sigue teniendo, desde luego, una dimensión normativa (como no podría ser de otro modo), pero mediatizada ya de alguna manera por esa voluntad, capaz sin duda de “condicionar”⁴⁸ el resultado

46 Constatar esta circunstancia no conllevaría, desde luego, juicio alguno de reproche hacia esos hijos. Las circunstancias de la sociedad actual, de precariedad en los empleos, cuando no de carencia de ellos, bajas salarios, y demás, sabemos que han forzado a una gran parte de jóvenes españoles a abandonar su país, trasladándose a otros países europeos o americanos, en búsqueda de un trabajo digno y retribuido de modo acorde a su preparación. Una tal situación hace desde luego sumamente difícil el poder prestar asistencia a sus progenitores de avanzada edad que quedan en España. Pero el hecho objetivo no varía: quien ha pechado con los cuidados y atenciones, afectivas o no, del premuerto quizá haya sido el conviviente de hecho.

47 Que el matrimonio y la unión de hecho no son realidades equivalentes, casi podría decirse es una constante en la jurisprudencia constitucional, y todo ello con apoyo en el apartado 1º del art. 32 de la propia Constitución. La existencia de regímenes distintos al respecto en algunos Derechos Civiles autonómicos no “borra”, no podría hacerlo, esa jurisprudencia constitucional, ni tampoco la priva de sentido.

48 Obviamente el empleo del término “condicionar” no tiene aquí que ver con e su alcance estrictamente técnico.

final, por cuanto las vías que el Código brinda al testador en orden a favorecer al máximo en su sucesión al cónyuge supérstite, en línea de principio, no lo son para el conviviente. El intento, entonces, de favorecer a éste último valiéndose el testador de esos cauces, exigirá indudablemente contar con la voluntad y aceptación por parte de los legitimarios. Esa diversidad de planos, como digo, resulta insoslayable.

B) Las denominadas cláusulas compensatorias de la legítima: cautelas socini o "socinianas"⁴⁹.

No procede desde luego detenerse aquí en qué sea la *cautela*, ni en el modus operandi de aquella⁵⁰, sobradamente conocido por lo demás, sino en el juego y operatividad que una cláusula del género pueda tener en el marco del Derecho sucesorio del Código, cuando el testador (que tenga hijos o descendientes)⁵¹ pretenda valerse de ella para favorecer lo más posible al conviviente de hecho⁵².

49 Cláusulas en las que se ofrece al legitimario la elección entre recibir tan sólo la legítima o una atribución *mortis causa* de cuantía superior pero sujeta a gravámenes, condiciones o limitaciones, conocidas en el argot jurídico con el nombre de "cautelas socinianas", y cuyo origen parece remontarse a un famoso dictamen emitido por MARIO SOCINO, jurista italiano de mediados del XVI. Una buena exposición de conjunto sobre el tema, en DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M: *Compendio de Derecho Sucesorio* (segunda edición actualizada por Antonio de la Esperanza y Martínez Radio), Madrid, La Ley, 1999, p. 255.

50 Como señala el autor citado inmediatamente en precedencia, el ámbito de aplicabilidad de la cláusula *socini* es bastante más amplio que el habitualmente se suele considerar cuando se habla de aquella, ámbito que se suele hacer coincidir, aun no siendo exclusivo, con aquella "en la que el testador deja el usufructo universal de su herencia al cónyuge estableciendo que el hijo que impugne la disposición y, por consiguiente, que no quiera tolerar el usufructo, se conformará con percibir lo que por legítima le corresponda". Añade el autor que con la misma "se coloca a los hijos ante la posibilidad de percibir en nuda propiedad una porción superior a su legítima pero con la carga que implica el usufructo universal establecido a favor del viudo, o recibir su legítima, pero nada más que su legítima (que se le deja entonces en concepto de legado de parte alícuota), libre del usufructo"; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M: *Compendio*, cit., pp. 255-256.

51 Obviamente no desheredados, ni incurso en causa de indignidad para suceder.

52 El solo planteamiento de esta posibilidad resulta, cuanto menos, a lo que creo, un tanto desconcertante, por cuanto sin solución de continuidad se pasa, sin más, del juego de la figura en el marco de la sucesión "mortis causa" de un testador casado, al de aquel otro testador que no lo está. De manera que, para sortear esa inexistencia de derechos sucesorios en el marco del CC a favor del conviviente supérstite, se apunta lisa y llanamente a la posible utilización de la cautela por un testador llevado del propósito, sin duda loable y merecedor de respeto, de favorecer a su pareja. Ese "paso" del ámbito de la sucesión "mortis causa" entre cónyuges a aquél otro en el que no existe vínculo matrimonial, no parece siquiera precise de justificación. "Para favorecer al conviviente, respetando las normas de la sucesión forzosa, -afirma CARRAU CARBONELL, J. M.- cabrían dos posibilidades: la primera es la del testamento con "cautela socini" ("Cómo beneficiar testamentariamente al conviviente de hecho", *Tribuna, Instituto de Derecho Iberoamericano*, 19 marzo 2020, p. 22). Al autor citado no se le oculta, como es obvio, que una tal posibilidad supone un gravamen de la legítima de los descendientes, a priori prohibida por el art. 813 CC, pero, con todo, y en apoyo de su aserto, no duda en recurrir al argumento normativo con el que doctrina y jurisprudencia vienen admitiendo la validez de tal cláusula (obviamente cuando con ella el testador trata de favorecer al cónyuge sobreviviente), el párrafo tercero del art. 820 CC ("Si 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"). "De este modo, -añade el autor citado- se permite dicho gravamen sobre la legítima de los descendientes porque a la vez se aumenta la cuantía de la atribución a éstos, y se les permite optar por recibir en su lugar su legítima estricta sin ningún tipo de gravamen". La opción, pues, de los herederos forzosos en el marco de la cautela es sumamente sencilla, y, en línea de principio (dejando ahora al margen el llamado "tercio de mejora, al que habrá de hacerse referencia después), consistiría en "asegurarse" (si se permite el término, utilizado aquí coloquialmente) el tercio de libre disposición en nuda propiedad (y sobre el cual el testador "lo puede todo", también por supuesto, atribuyéndoselo en pleno dominio al conviviente supérstite) y, asimismo en nuda propiedad los otros dos tercios (legítima estricta y mejora). Todo ello a cambio del usufructo universal (vitalicio desde luego) del cónyuge sobreviviente (en el caso conviviente) sobre la totalidad de los bienes. Es, pues, el tercio libre el que jugaría un papel primordial,

Ante todo, importaría tener presente que el punto de partida se presenta ya por completo distinto: en el caso del cónyuge, lo más habitual será que el viudo/a y al que el testador pretende favorecer con la cláusula sea “madre” o “padre” del/de los legítimo/s que, en su caso, deberán sufrir el usufructo universal de todos los bienes del caudal. Obviamente, una tal circunstancia no quiere decir desde luego que por ello quepa presumir la existencia de relaciones cordiales, amistosas, o al menos, no enfrentadas, entre el viudo/a y los legítimos a quienes el testador quiera gravar sus legítimas en provecho de aquél, pero sí al menos que la posibilidad de que esas relaciones cordiales existan se torna estadísticamente mucho más frecuente⁵³. ¿Es pensable entonces una oposición de los hijos comunes a una cláusula del género contenida en el testamento del padre/marido a favor de la esposa y madre?

La situación es claro que se ofrece distinta cuando el hipotético beneficiario de la cláusula sea el conviviente de hecho, y los legítimos no sean hijos comunes, habidos con el conviviente, sino procedentes de una unión anterior del fallecido (la llamada “familia recompuesta”). Nada impide desde luego que, aun en tal caso, las relaciones entre el conviviente supérstite y los legítimos (digamos, inmediatos) del testador sean cordiales y amistosas⁵⁴, e incluso que los legítimos tengan constancia de haber contraído una deuda de gratitud con el conviviente por los cuidados, atenciones, y afecto, desplegados en su caso hacia el padre difunto a lo largo de toda su vida, y quizá incluso intensificados en el periodo inmediatamente anterior a su fallecimiento. Se trataría, pues, el conviviente de una persona que, simplemente, “hizo feliz” a su padre, a través de una relación de pareja que a los hijos les consta fue plenamente satisfactoria. Presupuesta entonces esa “anuencia” de los legítimos, no habría inconveniente alguno para el juego de la cautela.

Pero una situación distinta a la anterior resulta igualmente posible, y frecuente. Situaciones de abandono de la familia por parte del padre/marido, mantenimiento

dado que de las otras dos terceras partes del caudal el testador digamos “no puede” privar de ellas a los legítimos. El juego del testador con la mejora podrá ser, ciertamente, mayor o menor, pero siempre sus resultados habrán de recaer necesariamente sobre hijos o descendientes de grado ulterior. Por el contrario, la disposición por aquél del tercio libre (total o parcialmente) a favor de un tercero, se ofrece como definitiva. De ahí ese papel primordial del llamado tercio libre en el marco de la cautela.

- 53 En la estructura familiar española, quizá aun más en las zonas rurales, en la ahora llamada “España vaciada”, donde esa estructura familiar, basada en el matrimonio, quizá también se presente aun como la predominante, el fallecimiento de uno de los progenitores, digamos el padre/marido en base a la mayor esperanza de vida de la mujer, suele ir acompañado de un lógico sentimiento de dolor por la pérdida, y de estrechamiento de las relaciones de los hijos con la madre, a la que aquellos pretenden arropar lo más posible, y, en consecuencia, no suele ser desde luego frecuente que los hijos, o alguno de ellos, cuestione o se oponga a esa disposición del padre/marido favoreciendo a su madre con el usufructo universal. No ven desde luego a su madre como un “adversario”, y, tras su viudez, el común sentir de los hijos suele ser mayoritariamente el de asegurar a su madre una situación económica lo más desahogada posible, máxime dadas las cuantías medias de las pensiones de viudedad en nuestro país.
- 54 Lo que podría encontrar, quizá, su fundamento en la circunstancia de que, aun no tratándose de hijos comunes, y siendo estos de corta edad al tiempo de iniciarse la relación de convivencia, el/la conviviente haya desplegado, de facto, el papel de padre/madre respecto de esos hijos no comunes. “No he sido su madre, pero tampoco solo la pareja de su padre”.

durante el matrimonio de una relación extramatrimonial por parte de aquél, fuente de sufrimientos no solo para la esposa/sobreviviente, sino asimismo para los hijos. Desde una tal perspectiva, y por supuesto sin entrar en absoluto en juicios de culpabilidad⁵⁵, el conviviente supérstite posiblemente “sea visto” por los hijos como persona causante del fracaso matrimonial de sus padres, y, en tal caso, la posibilidad de que compartan la utilidad y conveniencia de una disposición testamentaria por la que lega a su pareja el usufructo universal ¡y vitalicio! de su herencia, todo ello con el consiguiente gravamen de sus legítimas, resulta cuanto menos improbable⁵⁶.

C) Casuística.

Sin abandonar el marco de la cautela, procede ahora referirse a alguno/s de los supuestos que esa “extensibilidad” de aquella a favor del conviviente supérstite pudiere plantear.

Ciertamente, el papel del llamado “tercio libre”⁵⁷ por cuanto al juego de la cautela se refiere, no parece experimentar variación alguna por el hecho de que aquella venga establecida a favor del cónyuge o del conviviente de hecho. Si se trata

55 Juicios de culpabilidad por lo demás desterrados de plano de nuestro marco legislativo desde la Ley 15/2005, que suprimió la necesidad de invocar, y de acreditar, una causa para el divorcio o la separación. El matiz “culpabilístico” que aun rezumaba la legislación matrimonial española proveniente de la reforma por la Ley 30/81, desaparecería por completo tras la reforma de 2005.

56 Y es que no hay analogía, ni puede pretenderse exista, entre el supuesto marco, y único, en el que se ha venido desplegando la llamada “cautela *socini*”, que no es otro que el de la existencia de matrimonio, y la unión estable de pareja. Sencillamente, no se trata de realidades análogas desde una perspectiva puramente normativa. No se trata aquí, obviamente, de traer a colación el art. 4.1 CC, que no viene al caso, pero sí de subrayar que la unión de hecho no es un supuesto “semejante” al matrimonio, y entre los cuales cupiere apreciar “identidad de razón”. Se trata de una realidad institucional (art.32.1 CE) y, por tanto, sustancialmente diversa de la unión de hecho, que carece de esta dimensión.

En el fondo, diríase que la perspectiva favorable a la posibilidad del testamento con cautela a favor del conviviente tratare de fundamentarse en una triple argumentación: de un lado, como se ha dicho, la carencia de reconocimiento de derechos sucesorios a favor del conviviente de hecho en el régimen del CC (situación, pues, de injusticia material para éste, máxime a la vista de las soluciones normativas diametralmente opuestas contenidas en algunos Derechos civiles autonómicos); de otro lado, y como consecuencia de la premisa anterior, presentar ya como “incuestionable” la semejanza entre “matrimonio” y “unión de hecho”, entre los que se apreciaría (digamos) “identidad de razón”. Esa “identidad de razón” (insisto, aun reconociendo toda la improcedencia de utilizar aquí tal terminología) justificaría a su vez ese propósito de “extensibilidad” a la unión de hecho de una figura (como la de la cautela), cuya cláusula de referencia presupondría de suyo la existencia de vínculo matrimonial y, consiguientemente, la de cónyuge viudo, y al cual se pretende favorecer con aquélla. Ni que decir tiene que, tras esta argumentación, late a su vez la de considerar existiría coincidencia sustancial entre la función misma del negocio matrimonial y la propia de la unión de hecho: una realidad convivencial estrechísima, destinada a constituir entre sus miembros una plena comunidad de existencia. La circunstancia entonces de una formalización de aquella calificable como “matrimonial”, no sería óbice para sostener que nos encontraríamos ante “realidades sustancialmente equivalentes”, al menos en lo material o sustancial, que reclamarían un tratamiento similar por parte del legislador. En tanto ello no ocurra, y en la búsqueda de vías alternativas, esa “extensibilidad” de las figuras (en este caso de la cautela) representaría un atisbo de solución; finalmente, la tercera de las premisas, y sin duda la más sólida de las tres desde una perspectiva estrictamente jurídica, la suministra el principio de autonomía privada: ¿existiría obstáculo normativo a que los legitimarios estuvieren de acuerdo en una tal cláusula, aun cuando su establecimiento por el testador pretendiere beneficiar al conviviente supérstite? La respuesta negativa se impone. Con todo, la cuestión quizá precise de consideraciones adicionales.

57 No hace falta recordar quizá que esa división en tercios juega, en lo fundamental, como realidades puramente contables.

de favorecer al cónyuge, y los legitimarios no aceptaren, el testador podría atribuirlo íntegramente a éste, en pleno dominio, sin perjuicio de su cuota legitimaria. Y otro tanto ocurriría si, tratándose ahora del conviviente, hubiere asimismo oposición de los legitimarios. Carecería aquél de cuota legitimaria, obviamente, pero nada impediría que el tercio libre pudiere asimismo serle atribuido, también en pleno dominio.

La importancia, pues, del tercio libre en orden a las posibilidades con que cuenta el testador es más que patente en ambos casos, puesto que en los dos los legitimarios pueden verse privados de una tercera parte del caudal, de no estar de acuerdo con la cláusula testamentaria.

Lógicamente, la situación cambia sensiblemente en cuanto a los otros dos tercios (legítima “estricta” o “corta”, y mejora), que por su carácter imperativo reducen sensiblemente el margen de maniobra del testador.

Y es aquí donde el juego de la cautela se ofrecería diferenciado cuando de lo que se trate es de beneficiar con ella al conviviente supérstite, y ello sencillamente porque habrá que entender que, en el caso de que no todos los legitimarios, estuvieren de acuerdo en tal cláusula, a aquellos que no lo estén nada les corresponderá del tercio libre (aquí el ámbito de autonomía del testador, como se ha dicho) es total y pleno, pero la interrogante a plantear entonces es la de si procedería en tal caso se vieran perjudicados en cuanto al llamado “tercio de mejora” por el hecho de no aceptarla, cuando el testador se sirva de la figura para beneficiar al que no es cónyuge sino conviviente⁵⁸.

Y es que no se daría el presupuesto al cual digamos “se conecta el castigo”, presupuesto que no es otro sino el de que, pretendiéndose beneficiar al cónyuge, alguno/s legítimario/s no estén de acuerdo con el usufructo universal de su madre. El que la porción de aquél/los venga reducida entonces a la porción que por legítima estricta le/s corresponda, acreciendo además la parte que asimismo correspondiere en los tercios de mejora y libre disposición) a los legitimarios que sí lo estén, es procedente en cuanto se parte de ese supuesto básico, que no es otro sino el de la existencia de vínculo matrimonial (sin quiebra de la *affectio maritalis* al tiempo del fallecimiento del testador)⁵⁹.

58 “La redacción estándar de la cláusula testamentaria en tal caso –añade Carrau– quedaría así: “Lega a su pareja el usufructo universal y vitalicio de su herencia. Ruega a sus herederos forzosos que acepten esta disposición, de manera que, si alguno no la aceptare, quedará reducida su porción a su legítima estricta, acreciendo su parte en los tercios de mejora y libre disposición, a los que sí estuvieren conformes, sobre cuyas porciones hereditarias recaerá el usufructo legado. Y si todos se opusieran, lega a su pareja el tercio de libre disposición en pleno dominio. Faculta a su pareja asimismo para que, en lugar del legado de usufructo universal, opte por adjudicarse como legado el pleno dominio del tercio de libre disposición”. CARRAU CARBONELL, J. M.: *Cómo beneficiar testamentariamente al conviviente*, cit., p. 26.

59 O si se prefiere, inexistencia de separación judicial, notarial, ante Secretario judicial, o de hecho. También esta última vendría a quebrar la existencia de una realidad matrimonial propiamente tal, y desaparecida la cual, carecería de sentido la subsistencia de derechos sucesorios recíprocos). Luego, aun existiendo

Pero es que, como se ha dicho, queda meridianamente claro que lo que se pretende es, *mutatis mutandi*, extender sin más el juego de la cautela para un supuesto cualitativamente diferenciado, cual es el de la existencia de vínculo matrimonial “operativo” (en cuanto no decaído, por la quiebra de la *affectio maritalis*). Y todo ello en el marco de un régimen sucesorio por causa de muerte, como lo es el todavía albergado en el CC, en el que no existe atribución alguna de derechos sucesorios a favor del conviviente de hecho.

Desde luego que no hay inconveniente alguno en admitir el juego y operatividad de la cláusula en el caso de existencia de buenas relaciones entre los descendientes y la pareja del testador⁶⁰, pero en tal caso la ausencia de obstáculo hay que verla, lisa y llanamente, en el juego de la autonomía privada (art.1255). Si los descendientes están de acuerdo y, obviamente, el conviviente supérstite también lo estará, aquellos respetarán el deseo del testador de atribuir a la pareja el usufructo universal sobre todos los bienes de la herencia.

Distinta se presentará la situación cuando esas buenas relaciones no existan, lo que lógicamente podrá deberse a causas de muy distinta naturaleza y alcance. “En tal caso -se arguye-, los descendientes que reclamen su legítima sin gravamen la percibirán, pero verán reducida su atribución a la legítima estricta que les corresponda, y la pareja del testador percibirá el usufructo del resto de la herencia o, como mínimo, el pleno dominio del tercio de libre disposición”⁶¹.

La argumentación que se acaba de transcribir suscita dudas de calado. La primera es la referida a esa disyuntiva que se apunta: porque si se parte del supuesto en el que algunos descendientes reclaman su legítima sin gravamen, en tanto que otros aceptan el usufructo universal a favor del conviviente, ¿Cuándo procederá que la pareja del testador perciba el usufructo del resto de la herencia, y cuando por el contrario el pleno dominio del tercio libre? ¿Cuándo jugará ese “como mínimo”? ¿Quiérese decir que bastará que algunos (no todos) se opongan para que proceda la atribución al conviviente del tercio libre en pleno dominio? Éste es el planteamiento que creo correcto. Y lo creo, por cuanto la consecuencia sería idéntica a la prevista para el caso en el que la cautela venga establecida a favor del cónyuge supérstite: atribución a éste del tercio libre, privando del mismo a los descendientes, pero percibiendo estos sin gravamen alguno las dos terceras partes del caudal que les vienen conferidas por el Código.

vínculo, de alguna manera el legislador parece entender que “no hay matrimonio” desde la producción de alguna de tales situaciones.

60 Relaciones amistosas, incluso cordiales, que se darán en muchos casos. Piénsese por ejemplo en el caso en el que el conviviente haya venido atendiendo con entrega, desinterés, y afecto, al difunto, cubriendo quizá supuestos de imposibilidad por parte de los hijos de hacer otro tanto, por obstáculos de tipo laboral, residencia en otro país, etc.

61 CARRAU CARBONELL, J. M., cit.

La segunda de las dudas apuntadas tiene que ver con el otro término de la disyuntiva: si algún/os descendiente/s reclama/n su legítima sin gravamen, ¿podría el testador reducir entonces la atribución de aquellos a la legítima estricta que les corresponda?, ¿qué suerte correría en tal caso el llamado “tercio de mejora”? la respuesta se impone por sí sola: la parte del tercio de mejora correspondiente a quienes reclamen su legítima sin gravamen acrecerá a los que sí estuvieren conformes, percibiendo la pareja del testador el usufructo del resto de la herencia, usufructo que en consecuencia recaería sobre la legítima estricta de quienes no reclamaron su legítima sin gravamen, y sobre la totalidad del tercio de mejora y de libre disposición.

No creo quepa aceptar este planteamiento. Privar de su participación en el tercio de la mejora a los disidentes, por la vía de ordenar el testador el acrecimiento de las porciones de aquéllos a los que sí aceptan la cláusula, implica innegablemente un efecto sancionador, punitivo desde luego, cuya operatividad y juego ha de venir circunscrito (a salvo, claro es, una reforma legislativa todavía no acontecida) al supuesto en el que el testador pretenda favorecer al cónyuge sobreviviente, y no en otro caso. Y ello, creo, por la misma naturaleza imperativa de las legítimas, tercio de mejora incluido desde luego, en cuanto destinado a hijos o descendientes de grado ulterior⁶². A falta, pues, de acuerdo unánime, los disidentes habrán de ver respetada su participación en la mejora. El acrecimiento de las cuotas de aquellos a los que sí aceptaren la cláusula parece deba jugar únicamente cuando la cautela venga establecida a favor del cónyuge sobreviviente.

D) ¿Un testamento integrado por legados⁶³?

La distribución de toda la herencia en legados ya la tuvo en cuenta el legislador del Código en el art. 890, precepto que refleja asimismo la preocupación de aquél en lo atinente a las deudas y gravámenes de la herencia. Se trata de supuestos, como describía magistralmente el Prof. LACRUZ BERDEJO, en los cuales “la propia ordenación del causante se muestra dirigida a distribuir su patrimonio mediante asignaciones a título particular, de tal modo que ninguna de tales asignaciones puede interpretarse como institución de heredero”⁶⁴.

En esa búsqueda de cauces encaminados a lograr que el conviviente de hecho pueda resultar favorecido en el testamento del premuerto, se ha creído hallar asimismo una posibilidad en el otorgamiento de un testamento integrado por

62 Dada la posibilidad de mejora a favor de los nietos aun viviendo los padres, no existiría obstáculo sin embargo para que esa privación pudiera venir por la vía de atribuir a un nieto o a varios las porciones correspondientes a sus padres discrepantes.

63 CARRAU CARBONELL, J. M.: *Cómo beneficiar testamentariamente al conviviente*, cit.

64 LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de sucesiones*, (por J. L. LACRUZ BERDEJO y F. DE A. SANCHO REBULLIDA), Bosch, Barcelona, 1981, p. 34.

legados, testamento “que comprendería una cláusula para cada uno de los bienes inmuebles de la herencia y otra para el metálico, y en las que, respecto de cada bien, se legaría a la pareja del testador una tercera parte en pleno dominio, imputándola al tercio de libre disposición; dejando el pleno dominio de las dos terceras partes restantes a los herederos”⁶⁵.

Se trataría, pues, “de ordenar testamentariamente la constitución de condominios sobre todos y cada uno de los bienes que integran el caudal hereditario”. ¿Cuál sería entonces la potencial ventaja de tal disposición?: permitir al conviviente supérstite “disfrutar inmediatamente de una tercera parte del metálico”⁶⁶.

La apuntada posibilidad plantea una pluralidad de interrogantes, que surgen de inmediato de la propuesta misma a que se hace referencia, y que no agotan el problema: ¿una pluralidad de condominios, uno por cada uno de los bienes, puede considerarse un cauce adecuado jurídicamente para proteger al conviviente supérstite?⁶⁷; el legado a la pareja del testador (respecto de cada uno de los bienes) de una tercera parte en pleno dominio, y la necesaria e inevitable imputación (del valor de cada uno de esos tercios) al tercio libre, conduce necesariamente a concluir que, sumados sus valores respectivos, el resultado que arrojaré esa suma no podrá exceder a su vez el que corresponda al tercio de libre disposición. La pregunta entonces surge como inevitable sería: ¿qué ventaja supondría para el conviviente una disposición testamentaria en tal sentido, frente a la mucho más simple de la atribución en su favor del tercio libre en pleno dominio?

Y, finalmente, la creación de esa pluralidad de situaciones de condominio (todas ellas incidentales), con la consiguiente complejidad de aquellas, abocadas antes o después al ejercicio de la acción de división, o a complejas operaciones de valoración de cada uno de los bienes, adjudicación a uno de los comuneros, con abono por éste del valor de su parte a cada uno de los restantes, ¿acaso no plantearía dudas en cuanto a su validez desde la propia óptica de intangibilidad de las legítimas?

65 CARRAU CARBONELL, J. M.: *Cómo beneficiar testamentariamente al conviviente*, cit.

66 Aun presupuesta la existencia de metálico, y la importancia de su cuantía, no parece que la circunstancia de acceder al disfrute de una tercera parte de aquél compense la complejidad y dificultades que, para el conviviente, representaría su situación de condómino en cada uno de los bienes inmuebles de la herencia.

67 ¿Cuándo el condominio ha sido una situación jurídicamente deseable en el marco del CC? ¿Acaso no es lo contrario, como se deduce del régimen jurídico de la comunidad de bienes, siempre encaminado a ponerle fin?

BIBLIOGRAFÍA

ARCOS VIEIRA, M. L: *La desaparición de la Affectio Maritalis como causa de Separación y Divorcio*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Aranzadi Editorial, Elcano, Navarra, 2000.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.: "Prólogo", en *Código Civil*, Tecnos, 29ª ed., Madrid, 2010.

CARRAU CARBONELL, J. M.:

"Cómo beneficiar testamentariamente al conviviente de hecho", *Tribuna, Instituto de Derecho Iberoamericano*, 19 marzo 2020.

"La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm 3, agosto 2015.

"Las limitaciones a la libertad de testar y la injusta asignación legitimaria al cónyuge viudo en el siglo XXI: propuesta de soluciones prácticas", *Tribuna, Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE)*, 5 de noviembre 2019.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M: *Compendio de Derecho Sucesorio* (segunda edición actualizada por Antonio de la Esperanza y Martínez Radio), Madrid, La Ley, 1999.

MEIL LANDWERLIN, G.: "La familia cambia, la política no", *El País*, viernes 13 de diciembre de 2013.

LACRUZ BERDEJO, J. L: *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de sucesiones*, (por J. L. LACRUZ BERDEJO y F. DE A. SANCHO REBULLIDA), Bosch, Barcelona, 1981.

ORTUÑO MUÑOZ, P: "La mediación en el ámbito familiar", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29, enero 2013.

STEPHANIE COONTZ: *Historia del Matrimonio. Cómo el amor conquistó el matrimonio*, Gedisa, Barcelona 2006.

