

# **LA REFORMA DEL DERECHO DE SUCESIONES POR LA LEY 41/2003**



D. José Manuel Fernández Hierro, abogado.

## **1.- PLANTEAMIENTO GENERAL**

La Ley 41/2003 de 18 de Noviembre que tiene como título Ley “de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finali-

dad” -al legislador actual parece que no le gustan los títulos sinópticos- supone una modificación importante y trascendental en el régimen sucesorio contenido en el Código Civil, aunque el título, a pesar de su extensión, nada nos anuncia sobre este particular.

La Ley cambia dos conceptos fundamentales del Derecho sucesorio tal y como era concebido tradicionalmente en los territorios y Comunidades sometidas al Código Civil, que son:

- 1º) El de la intangibilidad de las legítimas, y
- 2º) El carácter personal, intransferible e indelegable del acto testamentario.

En cuanto a lo primero, esta Ley se une a los que se ha denominado por la doctrina -así CARRASCO PEREDA- como el ataque y el acoso a las legítimas. Ciertamente en este supuesto el ataque es con una causa justificada -la protección de las personas discapacitadas- pero con una amplitud nunca vista en nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a lo segundo, no se ve por qué para proteger al discapacitado tiene que ser necesario, imprescindible o incluso conveniente admitir la posibilidad de delegación de facultades testamentarias al cónyuge o conviviente de hecho.

La Ley contiene otros extremos como el relativo al legado de finca que no admita cómoda división, o la inclusión de una causa nueva de indignidad sucesoria; todo ello mezclado con otras normas que hacen referencia a otras instituciones de Derecho civil, como pueden ser la tutela, con la creación del patrimonio protegido de las personas con discapacidad y, finalmente, con una modificación de la normativa tributaria pertinente.

Se trata pues de un conjunto de normas heterogéneas, teóricamente unidas solamente por la finalidad de proteger a las personas discapacitadas, pero que entre las cuales, a algunas de ellas no se les ve una clara relación con tal finalidad o, al menos, que fuera necesaria para conseguirla.

De entrada, cabe señalar que no tiene mucho sentido que en una ley de protección de las personas con discapacidad se introduzcan modificaciones importantes en materia de derecho de sucesiones. Pero ésta es una de las incorrecciones técnicas a las que nos tiene acostumbrados el legislador desde hace ya una serie de años, ya que es frecuente, lamentablemente, que en Leyes de contenido económico se retoquen o alteren preceptos civiles de elevada trascendencia.

La justificación de la reforma, según la exposición de motivos, es que se trata de una protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad, ya que en la misma se indica:

*“De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén causados entre sí”.*

Voy a examinar brevemente el alcance de estas reformas, en cuanto a la modificación del régimen sucesorio se refiere, no abarcando para nada los otros aspectos contenidos en la misma, ni siquiera los referentes a otras materias propias del Derecho civil. Centrándome pues en las modificaciones que ha supuesto la Ley glosada en el régimen sucesorio general, voy a referirme primero a la modificación del artículo 831, en segundo lugar a la de los artículos 782 y 813 referente a las legítimas, en tercer lugar al legado de derecho de habitación y finalmente a la modificación de otras normas del Derecho sucesorio.

## **2.- EL NUEVO ARTICULO 831 DEL CODIGO CIVIL**

Como excepción a la prohibición de encomendar a otro la facultad de mejorar, contenida en el artículo 830, el artículo 831 regulaba la excepción consistente en que pudiera pactarse en capitulaciones matrimoniales que el viudo que no hubiera contraído nuevas nupcias habiendo muerto intestado su cónyuge pudiera distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y las mejoras hechas en vida por el finado.

La nueva redacción altera radicalmente el contenido del artículo 831 al indicar:

*“1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que estén sin liquidar.*

*Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.*

*Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa.*

*2. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior.*

*3. El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas,*

*deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos.*

*De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.*

*Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades.*

*4. La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones.*

*Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido.*

*5. Las facultades contenidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.*

*6. Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no están casadas entre sí”.*

La modificación como puede leerse no sólo es de forma (el único párrafo de la redacción original se convierte en seis), sino también de contenido, ya que crea una figura parecida, aunque diferente, a las que en varios ordenamientos forales se denomina testamento por comisario o fiducia sucesoria.

El artículo 831 no emplea las palabras comisario<sup>1</sup> o fiducia sucesoria<sup>2</sup>, como ha sido tradicional en Derecho foral, el testamento por comisario o fiducia sucesoria, ni le da ningún nombre especial a la nueva institución. Sólo se señala que el testador podrá conferir facultades al cónyuge para que pueda hacer adjudicaciones a favor de los hijos o descendientes comunes.

En otro lugar he mostrado mi opinión favorable a la existencia del testamento por comisario y por eso la reforma en tal sentido del artículo 831 parece adecuada. En cambio lo que no parece motivo suficiente es la justificación que se da de la reforma, ya que, por una parte y teniendo en cuenta las posibilidades que al testador le confiere el artículo 808 en su nueva versión en relación con las personas discapacitadas, el problema de estas se podía solventar sin necesidad de la introducción de la figura del testamento por comisario; o fiduciario y, por otra, la creación de la misma puede valer no solamente para la finalidad expresada en la exposición de motivos, sino para otras diferentes tal y como se ha utilizado y se utiliza en los actuales ordenamientos civiles de Aragón, Galicia, Navarra y Vizcaya.

Podíamos decir, siguiendo la definición que da CELAYA IBARRA para el Derecho vizcaíno que ésta clase de testamento es “el otorgado por una persona a nombre de otra ya fallecida en virtud de un poder que esta le confirió”. A tal definición podía objetarse que el artículo 831 no alude a poder testatorio ni a testamento del cónyuge supérstite, pero llámese o no poder testatorio las facultades conferidas al otro cónyuge en el artículo 831 son, en el fondo, análogas a las de éste, y tales facultades concedidas en el testamento hacen que pueda el cónyuge supérstite disponer de los bienes correspondientes a la herencia del difunto siempre que lo haga a favor de los hijos comunes.

---

<sup>1</sup> Artículo 32 de la Ley 3/92 de Derecho foral del País Vasco, y artículo 141 de la Ley gallega.

<sup>2</sup> Título IV de la Ley Aragonesa 1/99 y Ley 151 del Derecho foral navarro.

La configuración que se le da al cónyuge con facultades del 831 es distinta a la de los ordenamientos forales, en las que al sobreviviente se le confiere la facultad de hacer testamento en su integridad<sup>3</sup>.

En los Derechos forales el comisario o fiduciario es quien realiza los actos de disposición, no existiendo antes por parte del causante, sino el nombramiento del propio comisario (por supuesto cabe que hubiera hecho las donaciones y actos inter vivos que hubiera estimado conveniente): sin perjuicio de que juntamente con el nombramiento de comisario realice los actos de disposición mortis causa que estime convenientes, por si el comisario no hace uso de su poder.

La nueva regulación del artículo 831 ni indica que el comisario sea el contador partidor o fiduciario, ni le da ningún nombre, ni señala que pueda hacer testamento en representación del difunto: alude a unas facultades muy concretas que parece -el texto no es demasiado preciso- deben entenderse subordinadas y supletorias a las que previamente hubiera realizado el causante.

El artículo 831 señala que deberá otorgarse el poder o “facultades”, como literalmente expresa, en testamento; indicando también que el cónyuge sobreviviente podrá efectuar actos de disposición a favor de los hijos o descendientes comunes en un sólo acto o en actos sucesivos. El artículo no señala qué documento hace falta, sino que indica que lo podrá hacer en su propio testamento y en caso de no hacerlo mediante un acto específico de adjudicación. Este entiendo que deberá tener la forma de escritura pública, aunque con la dicción legal nada impide que el testamento del cónyuge supérstite pueda ser ológrafo, el cual, eso si, deberá guardar las formalidades señaladas por la Ley. En cualquier caso, de la redacción del párrafo segundo del número 1 se deduce:

---

<sup>3</sup> Artículo 32 de la Ley de Derecho civil del País Vasco, Ley 151 del Derecho Civil foral navarro, artículo 141 de la Ley gallega y artículo 124 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón.

a) Que puede hacerlo en su propio testamento si es facultado para hacerlo por el causante de acuerdo al artículo 831.1.2.

b) Que puede hacerlo en uno o varios actos debiendo entenderse que aunque formalmente no sean considerados como el testamento del causante si deberán tener al menos las formalidades de éste.

En cuanto al primer testamento cualquier forma admitida en derecho vale, porque el artículo 831 nada prohíbe al respecto y por tanto debe mantenerse que incluso el testamento ológrafo es adecuado para ello a pesar, de que en mi opinión, debería haberse limitado la posibilidad de conceder facultades al cónyuge al testamento abierto o, al menos, a los testamentos notariales.

El artículo 831.1 se refiere a las facultades para “realizar disposiciones a favor de los hijos o descendientes comunes y literalmente indica “incluso con cargo al tercio de libre disposición” con lo cual parece que las facultades para efectuar los actos de disposición del cónyuge supérstite son omnímodos -las mismas que tendría el testador- siempre lógicamente con el respeto al tercio de legítima estricta.

El artículo 813 no señala si el cónyuge supérstite puede establecer la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta que señala el artículo 808. Ante tal silencio caben dos interpretaciones:

a) Entender que dado lo excepcional en nuestro ordenamiento jurídico de tal delegación de facultades y puesto que nada se indica al respecto, esta posibilidad no la tiene el cónyuge viudo.

b) Mantener que en base a la finalidad declarada del artículo 831 y a la reforma operada en el artículo 808 le cabe incluso al cónyuge viudo instituir la sustitución fideicomisaria prevista en el nuevo artículo 808.

Cualquiera de las dos interpretaciones es posible a la vista del texto legal, si bien estimo que la última se adapta más a la finalidad de la reforma.



El precepto señala que cuando las disposiciones del cónyuge sobreviviente tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en la disposición se contenga otra cosa. Lógicamente debe entenderse que la disposición no es el testamento ya que este no requeriría aceptación, sino un acto inter vivos que tiene por objeto la adjudicación de un bien concreto y determinado.

El artículo 831 señala un plazo para que el cónyuge sobreviviente haga las adjudicaciones que es de dos años desde la apertura de la sucesión o en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes, con lo cual, de no haber sido señalado plazo habría que contar dos años desde la mayoría del más pequeño de los hijos comunes, y si al momento de la sucesión todos fueran mayores de edad, desde la apertura de ésta. Tal vez para la redacción del artículo se haya inspirado el legislador en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aplicando el Fuero Nuevo de Vizcaya y la Compilación, señalaba que el poder testatorio caducaba al año de la mayoría de edad de los presuntos herederos o de su emancipación.

La redacción legal no indica que haya límite al plazo que se quiera poner al cónyuge viudo y dada la finalidad que el legislador manifiesta pretender, parece lógico que el plazo fuera sumamente amplio (de modo que presumiblemente pueda abarcar lo que le quede de vida al cónyuge supérstite) o que se le confiera la facultad de hacerlo en su testamento (facultad que también puede darse de manera acumulativa con el plazo amplio).

Notemos precisamente que interpretando la normativa foral vizcaína el Tribunal Supremo había señalado la nulidad radical y absoluta de los actos jurídicos hechos por el comisario cuyo poder hubiera caducado: así sentencias de 2 de junio de 1969 y 10 de diciembre de 1977.

Se hecha de menos que el nuevo texto legal no contenga una disposición que señale la irrevocabilidad de los actos realizados por el cónyuge supérstite tal como el artículo 47 de la Ley de

Derecho civil foral del País Vasco, y al artículo 143 de la Ley 1/99 de Sucesiones por causa de muerte en Aragón (que además fija como la fiducia debe ejecutarse en escritura pública o en testamento, igual que las designaciones fiduciarias de acuerdo a los artículos 141 y 127), pero del texto del artículo 831 parece deducirse esta interpretación de manera ineludible.

El cónyuge supérstite deberá respetar la legítima estricta de los descendientes y añade el 831-3º las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de estos; lo cual supone que el testador haya podido realizar en su testamento una serie de mejoras y disposiciones en favor de los hijos, con lo cual el cónyuge sobreviviente sólo podrá disponer en lo que aquél no haya ordenado y sin lesionar las disposiciones efectuadas por éste.

El número 3-2 señala la posibilidad de la rescisión de los actos del cónyuge que no respeta las legítimas o la cuota de participación en los bienes relictos que hubiera ordenado el causante. Tal indicación plantea diversos problemas porque por una parte llama la atención el que el causante señale una cuota de participación en los bienes relictos con lo cual ¿que misión tiene el cónyuge supérstite? En este caso parece que son las similares a un contador-partidor y no a un comisario o fiduciario de Derecho foral, pero, por otro lado, la indicación de cuota de participación de cada heredero en los bienes relictos no es impuesta por el artículo 831 al testador, siendo la única limitación, a falta de indicación del testador al cónyuge sobreviviente, el que respete las legítimas. En consecuencia, y a la vista del precepto comentado, cabe entender que el testador puede asignar cuotas de participación en los bienes relictos a favor de cada uno de los herederos, en cuyo caso la función del cónyuge es simplemente la de adjudicar bienes concretos, como si fuera un contador-partidor o, por el contrario, si no hace tal indicación el testador, el cónyuge supérstite podrá atribuir mayor o menor porcentaje en los bienes de la herencia a cada uno de los hijos comunes siempre que se respeten las legítimas.

¿Y si el testador asignara un porcentaje mínimo a cada heredero, superior a la legítima estricta, pero que no consuma la

totalidad de los tercios de mejora y de libre disposición? En tal hipótesis parece admisible entender que el cónyuge viudo podrá aumentar dichos porcentajes en virtud de las facultades genéricas que se le confieren en el artículo 831, y porque de no entenderlo así no tendría sentido su designación.

Por otro lado se crea el problema de la posibilidad de pedir la rescisión por parte del legitimario cuya legítima estricta, o cuota de participación indicada por el causante, no se hubiera respetado, y que tendría como consecuencia el rescindir los actos del cónyuge “en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado”.

El artículo no alude a la acción de complemento de legítima (artículo 815) ni a la acción de anulación por preterición (artículo 814), sino a la rescisión de los actos del cónyuge sobreviviente creando un concepto nuevo en derecho sucesorio, (salvo la rescisión de la partición de herencia que contemplaba el artículo 1.073 del Código Civil) asimilando tal vez la actuación del cónyuge sobreviviente a la partición. Tal vez la finalidad del nuevo precepto se encuentre en que el legislador pretende que no se anule la totalidad de los actos de disposición, y en que, por supuesto, no se trata de la nulidad del testamento del causante, sino de los actos de disposición realizados por el cónyuge sobreviviente.

Por otro lado la rescisión de los actos que puede pedir es, según el nuevo precepto, la de aquellos que sean necesarios para dar satisfacción al interés lesionado, con cuya redacción cabe plantearse diversos problemas:

1º) En el supuesto de actos de adjudicación sucesivos -que son aquellos a los que parece referirse específicamente el 831-3, párrafo 2º- ¿puede solicitarse la rescisión mientras no se hayan terminado de adjudicar los bienes del causante?

En la mayoría de los casos no será fácil que esto suceda, ya que mientras haya bienes por repartir será difícil demostrar que se han incumplido las legítimas y los porcentajes atribuidos por el causante. No obstante habrá supuestos en que dado el valor de lo ya repartido

y de los bienes que quedan sin repartir, pueda llegarse a esa conclusión de manera inequívoca, aun cuando queden bienes del causante.

2º) En la hipótesis de existir actos de enajenación sucesiva y no quedar, con el último de ellos bienes suficientes para cubrir la legítima de uno de los hijos o descendientes ¿que tendría que atacar éste, la última adjudicación o todas ellas?. La respuesta no es fácil, ya que la última ha sido la gota que ha hecho exceder el agua del vaso, pero si cada uno de los actos de disposición ha sido efectuado a favor de un hijo o descendiente diferente, no parece equitativo que el último realizado sea el único que se impugne. Parece más lógico la rescisión de todos ellos en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado, empleando las palabras del artículo.

El precepto señala que las facultades del cónyuge no alterarán las legítimas, ni las demás disposiciones efectuadas en la herencia del fallecido a favor de los otros herederos del causante que no sean descendientes del cónyuge sobreviviente.

El párrafo segundo del número 4 indica que cuando hubiera sufrido preterición algún descendiente del causante que no lo fuera del cónyuge supérstite las facultades encomendadas a éste no podrán menoscabar la parte del preterido.

Como el cónyuge supérstite no podrá, en forma alguna, realizar actos de disposición a favor de ese descendiente del causante (artículo 831.1) la única interpretación que cabe dar al párrafo comentado es que deberá dejar bienes suficientes para que le pueda ser adjudicada la legítima correspondiente al descendiente del premuerto que no lo sea del cónyuge supérstite.

El artículo 831 señala como facultades del cónyuge supérstite en los supuestos que contempla:

- a) La administración de los bienes sobre los que no haya ejercitado todavía las facultades conferidas (artículo 831.1).
- b) La actuación en nombre de los descendientes comunes en actos de adjudicación relacionados con las legítimas o las dis-

posiciones cuando hubiere otros legitimarios que no sean descendientes comunes (artículo 831.4).

Los actos de disposición realizados por el cónyuge sobreviviente al amparo del artículo 831 antes de ocurrir el supuesto previsto en el n° 5 del mismo seguirán siendo válidos e irrevocables.

El número 6 del artículo 831 señala que las disposiciones de los párrafos precedentes serán aplicables aunque las personas que hubieran tenido hijos comunes no estuvieran casadas entre sí.

Tradicionalmente el testamento por comisario en territorios forales ha sido encomendado al cónyuge supérstite. Al señalar el número 6 del artículo 831 que pueden ser de aplicación cuando las personas con descendencia común no están casadas entre sí, puede entrar la duda de si el causante en caso de haber tenido hijos con distintos progenitores podía conceder a cada uno de los padres o madres de sus hijos la facultad del 831 respecto a los hijos habidos con él. Sin embargo, parece debe entenderse que tal situación no sería posible por la aplicación analógica del número cinco ya que al haber cesado la relación de pareja y tener el causante otra diferente sólo sería posible respecto a la última existente con quien convivía en el momento del fallecimiento.

No obstante, el inciso final del número cinco del artículo 831 podría abrir, en teoría, la posibilidad a que el testador le confiera las facultades del 831 a las distintas personas con las que ha mantenido una relación afectiva, matrimonial o extramatrimonial respecto a los hijos que hubiera tenido en común con las mismas, creando una especie de pluralidad de comisarios lo cual además de ser una situación inédita en cualquiera de los ordenamientos jurídicos que admiten la figura del comisario, podría dar origen, como es fácil de prever, a numerosas complicaciones.

El artículo 831.5 señala que las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiera contraído ulterior matrimonio o relación de hecho análoga o tuviera algún hijo no común, salvo que el testador disponga otra cosa.

Lógicamente tal precepto debe aplicarse también a los supuestos de parejas de hecho que no hubieran contraído matrimonio, pareciendo que la norma legal descansa en la presunta falta de confianza que habría tenido el testador hacia la persona del designado por el hecho de mantener una ulterior relación y poder tener o haber tenido hijos de la misma, por lo que la indicación en contra del testador salvaría tal imposibilidad; aunque si antes de sobrevenir tal hipótesis el cónyuge hubiera realizado actos de disposición, tales actos serían válidos.

El precepto no señala que el cónyuge supérstite sea el usufructuario de los bienes como indica por ejemplo el Derecho foral vizcaíno (artículo 105 de la Ley 3/92). Indudablemente de los bienes que ha adjudicado no lo es, pero de los no adjudicados, a falta de indicación legal habrá que entender que parece excesivo conferirle tal facultad que no señala la Ley, aunque tampoco sería descabellado mantener la posibilidad de que la tuviera.

El juicio que merece la reforma operada en el artículo 831 por la Ley 41/2003 no es excesivamente positivo: podían haber sido puntualizados una serie de extremos que en distintos ordenamientos forales, en las nuevas legislaciones e incluso en la jurisprudencia, ya han sido hechos, además de que la redacción empleada no evita determinados confusionismos, que hubieran podido evitarse con una redacción más cuidada.

Por ello una modificación que hubiera podido ser positiva, no parece lo suficientemente meditada (de ello puede ser un indicio el que se utilice una Ley de protección patrimonial de personas discapacitadas para modificar tal precepto sustancial de Derecho sucesorio) y puede dar problemas en su interpretación y aplicación aunque, insisto, la reforma en sí, entiendo que es aceptable.

### **3.- REFORMA DE LA LEGITIMA**

La Ley 41/2003 modifica también los artículos 813 y 808 del Código Civil. El segundo párrafo del artículo 813 queda redactado de la siguiente forma:

*“Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados”.*

Tal artículo es complementado por la modificación del 808 al que se añade un tercer párrafo nuevo que indica:

*“Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos”.*

Con tales modificaciones se permite la introducción de una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta en la cual el fiduciario sería el hijo o hijos discapacitados y el fideicomisario los demás coherederos forzosos.

La modificación en cuestión supone, ciertamente con una finalidad loable, un ataque frontal a la protección tradicional de las legítimas, ya que de esta forma el heredero no discapacitado puede no percibir nada en vida si no sobrevive al heredero discapacitado.

Ciertamente el legislador no impone la fiducia, que queda a la libre disposición del causante, pero si este opta por ello los hijos no discapacitados solo serán fideicomisarios de una herencia que pueden no recibir en vida; siendo de resaltar que además el fiduciario puede no ser hijo, sino un nieto del testador, con lo cual la posibilidad teórica de que los hijos fideicomisarios reciban en vida parte de la legítima es de mas difícil realización.

El legislador alude al tercio de legítima estricta, y respecto del de mejora precisa (siendo una repetición innecesaria por lo obvio que es) que sólo podrá hacerse en favor de los descendientes. En cuanto al tercio de libre disposición es evidente que el tes-

tador puede establecer la que crea conveniente, aunque nada diga (en este caso correctamente) sobre este particular el precepto comentado.

#### **4.- LEGADO DE DERECHO DE HABITACION**

El artículo 822 del Código Civil en su nueva redacción indica:

*“La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legítimo persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.*

*Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legítimo discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legítimos mientras lo necesiten.*

*El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.*

*Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1.406 y 1.407 de este Código, que coexistirán con el de habitación”<sup>4</sup>.*

El artículo 822 del Código Civil en su redacción dada por la Ley de 18 de Noviembre de 2.003 crea el legado de derecho de habitación. Realmente no solamente opera por vía de legado, sino en cuanto al título de adquisición puede ser:

---

<sup>4</sup> Redactado por Ley 41/2003 de 18 de Noviembre. La redacción originaria indicaba:

*“Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en el artículo anterior, podrá usarlo el que de ellos no lo tenía; si éste tampoco quiere usarlo, se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados”.*



a) Por donación.

b) Por legado.

c) Atribuida por ley cuando se den las condiciones que marca el precepto si el testador no lo excluye expresamente; teniendo en cuenta que para excluirlo no necesita señalar, motivo alguno porque es una facultad que le confiere la Ley al testador cuyo uso no necesita justificar, al revés de lo que pasaría con la indicación por el causante de una causa de desheredación.

La reforma legal pretende, que el causante pueda legar -o donar- el derecho de habitación al legitimario discapacitado al que ya atendía en vida -lo cual es requisito indispensable para que el legado pueda tener efectividad de acuerdo con el nuevo texto legal- y de esta manera el legitimario discapacitado pueda seguir viviendo en el mismo inmueble después de su muerte.

El texto legal no habla de derecho de usufructo, sino de derecho de habitación que es más restrictivo. A falta de regulación pactada la habitación da, a quien tiene tal derecho, la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia (artículo 524).

El contenido del derecho de habitación; como queda dicho, es más restringido que el de usufructo. El usufructuario, por ejemplo, podría arrendar la vivienda dejada en usufructo mientras que el titular de un derecho de habitación no tendría tal derecho. Pero la finalidad del nuevo texto legal, al mencionar el derecho de habitación y no el de usufructo, posiblemente fuera hacer compatible el derecho de habitación de la persona discapacitada con el uso de la vivienda habitual por el cónyuge viudo que señala los artículos 1.406 o 1.407. El artículo 1.407 también se refiere al derecho de habitación y por la misma configuración de éste podrían ser teóricamente compatibles dos derechos de habitación sobre una misma vivienda, una la del cónyuge viudo y otra la de la persona con discapacidad (ascendiente o descendiente del testador pero que no tenía por que serlo también del cónyuge supérstite).

Llama la atención el distinto baremo que tiene el legislador de la Ley 41/2003 ya que si bien el artículo 756 y el 822 aluden a las personas discapacitadas, en cambio los artículos 808 y 813 mencionan a los hijos o descendientes que hayan sido judicialmente incapacitados. Como evidentemente no es lo mismo personas con discapacidad que personas judicialmente incapacitadas nos encontramos que a la hora de establecer una sustitución fideicomisaria precisa, como sujeto pasivo, que alguno de los descendientes del testador lo esté; mientras que si examinamos cuales son las causas de indignidad o el posible legado o donación de habitación habremos de ver si, para reunir la cualidades necesarias para ser sujeto de tal posible legado o donación, el beneficiario de tales derechos es un discapacitado. ¿Por qué esta diferencia de tratamiento?. Cabe que el legislador haya razonado que la sustitución fideicomisaria debe permitirse solamente a favor de aquella persona que este incapacitada judicialmente que presumiblemente no va a poder administrar sus bienes, ni otorgar testamento ni, posiblemente tener mas ingresos, mientras que el derecho de habitación es para el discapacitado por entender que lo precisa aunque no este incapacitado judicialmente, teniendo además en cuenta que la mayoría de los incapacitados judicialmente serán discapacitados psíquicos.

No obstante la solución del legislador se presta a críticas, no sólo por los distintos baremos empleados dentro de la misma Ley, sino también por la forma en que se ha hecho.

El nuevo texto legal precisa que el derecho de habitación será intransmisible.

Por otro lado el derecho de habitación no sólo puede ser objeto de legado o donación, sino que además es regulado por la Ley en el artículo 822.2 -salvo que el causante disponga lo contrario- en favor del legitimario discapacitado que lo necesite, al señalar dicho precepto que se atribuye al legitimario discapacitado que conviviera con el causante el derecho de habitación en iguales condiciones que el legado regulado en el artículo 821.1.

La posible convivencia forzosa viene determinada por el inciso final del segundo párrafo del artículo 822 que señala que el discapacitado no podrá impedir que continúen conviviendo los otros legitimarios mientras lo necesitaran, con lo cual e indirectamente se crea un título de convivencia múltiple de todos los legitimarios sobre el piso en que vivía el causante y era el domicilio familiar de éste, en el cual, al menos mientras siga viviendo en él el discapacitado, podrán convivir todos ellos si lo necesitan. El nuevo texto no indica si algunos de los legitimarios podrán, en su caso, estar acompañados por su cónyuge e hijos, pero tal posibilidad se deduce del artículo 524; y como la Ley no distingue sobre número de miembros de la familia ni sobre tamaño del inmueble, se podía estar creando una convivencia forzosa durante años de numerosas personas en un piso sin capacidad para ello con los problemas de todo orden que tal convivencia iba a originar.

¿Puede el testador donar el usufructo del piso al discapacitado?. Cabría pensar que si ya que si la ley no sólo admite el derecho de habitación sino que lo impone, si el testador quiere donar o legar al discapacitado el derecho del usufructo, que aunque mas amplio no deja de ser una variante del mismo, no debe ponerse inconveniente a tal donación. Pero teniendo en cuenta que todo ello pueda afectar a las legítimas, y también a los derechos del cónyuge viudo de acuerdo con los artículos 1406 y 1.407, estimo que:

1º) El primer límite sería en la existencia de un cónyuge viudo con los derechos que confieren los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil o análogos conferidos por vía testamentaria.

2º) El segundo límite estaría en la existencia de otros legitimarios que deseen convivir en el piso, siempre que estén necesitados de la convivencia de acuerdo a lo que señala el artículo 822-2 (aunque pudiera interpretarse que éste apartado es sólo para los supuestos de atribución del derecho de habitación por ministerio de la Ley).

3º) Finalmente habría un tercer límite dependiendo de la naturaleza de la vivienda donada. Si la misma fuera una vivienda pequeña el derecho de habitación y el derecho de usufructo puede en la práctica casi confundirse (salvo la posibilidad de arrendarla) en cuanto a su uso; cosa muy distinta es si se trata de un palacio de numerosas habitaciones en las que ambos derechos serían distintos y compatibles. En el primer caso entiendo que sería factible y no en el segundo.

## **5.- MODIFICACION DE OTRAS NORMAS DE DERECHO SUCESORIO.**

### **5.1.- Modificación de las causas de indignidad.**

La Ley 41/2003 añadió una causa de indignidad al artículo 756, la séptima, consistente en:

*“7º Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil”.*

Se señala en la misma como causa de indignidad el no prestar las atenciones debidas a las personas discapacitadas.

Deben ser tenidas como tales de acuerdo con el artículo 2 de la referida Ley 41/2003:

*a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.*

*b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento”.*

En cuanto a lo que se entiende por falta de atención debida el propio artículo se remite al contenido de los artículos 142 y 143 que hacen referencia a los alimentos, señalando el artículo

142 el concepto legal de alimentos y precisando el art. 143 las personas con derecho a alimentos.

Aparentemente parece criticable que la modificación en vez de aludirse al negar alimentos, como ya indicaba en las causas de indignidad predicadas, respecto de padres, hijos y cónyuges, se emplea la referida a los artículos 142 y 143; y por otro lado la modificación (al menos parcialmente) es una redundancia ya que la causa de indignidad, ya existía respecto a padres, hijos y cónyuge, faltando solamente respecto a los hermanos. Ahora bien, de acuerdo al artículo 143 en su cuarto párrafo:

*“Los hermanos solo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación”.*

La respuesta a las observaciones anteriores, pudiera estar en que se trata de la extensión de una causa de indignidad a los hermanos que aunque no tienen el deber de alimentos en toda la amplitud del artículo 142 si tienen la obligación de prestar los auxilios necesarios para la vida.

La Ley 41/2003 además de las mencionadas, modifica otras normas sobre sucesiones, consistente en la regulación de los legados de fincas que no admitan cómoda división, y en la transformación del régimen de colación de los legados. Vamos a examinarlas sucesivamente.

## **5.2.- Regulación de los legados**

La Ley 41/2003 añade un último párrafo al artículo 821 que en virtud de la reforma operada queda con esta redacción:

*“Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en*

*caso contrario para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero.*

*El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere, el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima.*

*Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en este artículo se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados”.*

El precepto establece la posibilidad de pública subasta para la venta de la finca que no admita cómoda división a instancia de cualquiera de los interesados, debiéndose entender por tales tanto los herederos como el o los legatarios de la finca.

No se alcanza a ver el posible nexo de unión entre la modificación de éste artículo y la finalidad teórica de la Ley.

### **5.3.- Modificación del régimen de colación.**

En cuanto a la modificación del régimen de colación el párrafo segundo del artículo 1.041 redactado por la Ley 41/2003 señala que:

*“Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad”.*

A los efectos pertinentes deben entenderse por hijos con discapacidad, en virtud de lo que señala la disposición adicional cuarta del Código Civil redactado por Ley 41/2003, y como queda antes precisado: las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento, y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento (artículo 2.2. Ley 41/2003).

Cabría pensar si los gastos a los que alude el segundo párrafo del 1.041 no estarán comprendidos dentro del primer párrafo del mismo precepto. Desde luego en una interpretación amplia parece que sí, aunque no obstante puede ser acertado que el legislador disipe cualquier duda que pudiera haber al respecto.

***José Manuel Fernández Hierro***