

Àrea de Dret Civil
Universitat de Girona (Coord.)

El nou Dret successori del Codi Civil de Catalunya



Materials de les Quinzenes
Jornades de Dret català a Tossa

25 i 26 de setembre de 2008

El nou Dret successori del Codi Civil de Catalunya
(Materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa)

EL NOU DRET SUCCESSORI DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

**MATERIALS DE LES QUINZENES JORNADES
DE DRET CATALÀ A TOSSA**

25 i 26 de setembre de 2008

**ÀREA DE DRET CIVIL
UNIVERSITAT DE GIRONA
(Coord.)**

 **Documenta
Universitaria**
www.documentauniversitaria.com

Girona 2009

Dades CIP recomanades per la Biblioteca de la UdG

El nou Dret successori del Codi Civil de Catalunya: Materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa / Àrea de Dret Civil Universitat de Girona (coord.). -- Girona : Documenta Universitaria, 2009. -- 616p. ; 23,5cm
ISBN 978-84-92707-09-6

I. Universitat de Girona. Àrea de Dret Civil II. Jornades de dret català (15es : 2008 : Tossa de Mar)
1. Herències i successions (Dret català) – Congressos

CIP 347.65(467.1)(063) NOU

Reservats tots els drets. El contingut d'aquesta obra està protegit per la Llei, que estableix penes de presó i/o multes, a més de les corresponents indemnitzacions per danys i perjudicis per a aquells que reproduïssin, plagiessin, distribuïssin o comunicassin públicament, en la seva totalitat o en part, una obra literària, artística o científica, o la seva transformació, interpretació o execució artística fixada en qualsevol mena de suport o comunicada a través de qualsevol mitjà, sense la preceptiva autorització.

© els autors

©Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona

©DOCUMENTA UNIVERSITARIA ®

www.documentauniversitaria.com

info@documentauniversitaria.com

Primera edició

ISBN: 978-84-92707-09-6

Imprès a Catalunya

Girona, agost de 2009

Les Quinzenes Jornades han estat organitzades per l'Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona, en col·laboració amb l'Ajuntament de Tossa de Mar i el suport de:

Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia

Universitat de Girona

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya

Col·legi de Notaris de Catalunya

Facultat de Dret UAB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Facultat de Dret UPF (Deganat)

Col·legi d'Advocats de Barcelona

Col·legi d'Advocats de Girona

Col·legi d'Advocats de Terrassa

Diputació de Girona

ÍNDIX

PRIMERA PONÈNCIA LA CODIFICACIÓ DEL DRET DE SUCCESSIONS

- Tradicció heretada i innovació en el nou llibre quart del Codi civil de Catalunya 15
Josep Ferrer i Riba
- ¿Qué reformas cabe esperar en el Derecho de sucesiones del Código civil? (Un ejercicio de prospectiva) 33
Jesús Delgado Echeverría
- Llei aplicable a la successió: fenòmens migratoris i llei personal del causant 49
Emilio González Bou

SEGONA PONÈNCIA SUCCESSIÓ TESTAMENTÀRIA

- El testamento en el nuevo libro IV del Código civil de Cataluña 77
José Miguel Mezquita García-Granero
- La marmessoria 113
Josep-Delfí Guàrdia i Canela
- La ineficàcia dels actes i disposicions d'última voluntat 129
Joan Marsal Guillaumet

TERCERA PONÈNCIA LA SUCCESSIÓ CONTRACTUAL

- La successió contractual en el nou llibre IV del Codi civil de Catalunya 151
Ramon Pratdesaba i Ricart
- La successió en l'empresa familiar 181
Fernando Cerdà Albero

QUARTA PONÈNCIA
LA SUCCESSION INTSTADA I LES ATRIBUCIONS LEGALS

- La sucesión intestada incorporada al Código civil de Cataluña
(principios-innovaciones) 209
M^a del Carmen Gete-Alonso Calera
- Relacions familiars i atribucions successòries legals.
Llegítima i quarta vidual al llibre IV del Codi civil de Catalunya..... 263
Albert Lamarca i Marquès

CINQUENA PONÈNCIA
ADQUISICIÓ DE L'HERENCIA

- L'acceptació i la repudiació. El règim d'adquisició de l'herència..... 309
Anna Casanovas Mussons
- Comunidad hereditaria y partición 325
José Luis Valle Muñoz

COMUNICACIONES

COMUNICACIONES A LA PRIMERA PONÈNCIA

- La Influencia del Derecho Sucesorio Catalán en la Revisión
Puertorriqueña 375
Gerardo J. Bosques Hernández

COMUNICACIONES A LA TERCERA PONÈNCIA

- Los pactos sucesorios vinculados a la transmisión de la empresa
familiar desde la perspectiva del Derecho interregional..... 403
Beatriz Añoveros Terradas
- La sucesión contractual en la Compilación de Derecho Civil
de las Illes Balears. Factores determinantes de su renacimiento:
*la ley balear 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del impuesto
sobre sucesiones y donaciones; y los Protocolos Familiares* 421
María Pilar Ferrer Vanrell

Las disposiciones generales sobre pactos sucesorios en el Libro IV del Código Civil de Cataluña: apertura, innovación y alguna perplejidad 465

M^a Paz García Rubio, Margarita Herrero Oviedo

Algunas reflexiones sobre la causa en los pactos sucesorios en el nuevo Libro IV del Codi Civil de Catalunya..... 485

Núria Ginés Castellet

Pactos sucesorios y empresa ¿familiar? 499

Belén Trigo García

COMUNICACIONS A LA QUARTA PONÈNCIA

La sucesión forzosa en el Libro Cuarto: Incertidumbres en torno a su fundamento 515

Rebeca Carpi Martín

El ejercicio del derecho de legítima en la sucesión intestada en el Derecho civil de Cataluña 529

Neus Cortada

COMUNICACIONS A LA CINQUENA PONÈNCIA

L'acció de petició d'herència en el Llibre IV CCCat..... 547

Lídia Arnau Raventós

La regulación del heredero distribuidor en la compilación de derecho civil balear de 1990..... 561

Francesca Llodrà Grimalt

La col·lació al Llibre quart del Codi civil de Catalunya (Breus notes i aproximació crítica als articles 464-17 a 464-20)..... 601

Isabel Viola Demestre

¿QUÉ REFORMAS CABE ESPERAR EN EL DERECHO DE SUCESIONES DEL CÓDIGO CIVIL? (UN EJERCICIO DE PROSPECTIVA)

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

SUMARIO: I. PROPÓSITO. II. ALGUNOS PUNTOS DE PARTIDA. III. LEGISLACIÓN INSTRUMENTAL: PRIMER EJEMPLO: PARA LA PROTECCIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. IV. SEGUNDO EJEMPLO: PARA PRIVAR DE LA HERENCIA A LOS MALTRATADORES. V. PARA UN MAPA DE CORRIENTES SUBTERRÁNEAS. VI. LEGÍTIMAS Y LIBERTAD DE TESTAR. VII. DERECHOS SUCESORIOS DE LOS VIUDOS. VIII. DERECHOS SUCESORIOS EN LAS PAREJAS NO CASADAS. IX. LAS PERSONAS ANCIANAS. X. OTRAS ÁREAS Y FINAL.

I. PROPÓSITO

Estas páginas presentan algunas predicciones sobre la evolución legislativa del Derecho de sucesiones del Código civil español. Aclaro que no me propongo anticipar imaginativamente un futuro deseable (menos aún, indicar los medios para lograrlo), sino tan solo conjeturar el futuro probable en un lapso de tiempo de unos cinco años (ampliables si no ocurren inopinados cambios sustanciales). Las previsiones se basan en hechos y tendencias observables y se expresan mediante un uso descriptivo del lenguaje, si bien implican valoraciones sobre el contenido de las leyes así como intuiciones teóricas sobre el ejercicio de la actividad de legislar. Por supuesto, todo ello sería imposible sin contar con los estudios dogmáticos sobre el Derecho vigente y con las propuestas de reforma ofrecidas por algunos juristas españoles, pero éste no es un escrito de dogmática jurídica (ni *iure condito* ni *iure condendo*) sino que elige situarse en un terreno poco firme, entre la sociología del derecho y la teoría de la legislación. Pero constatar cómo se hacen las cosas (cómo se ejerce la actividad de legislar) quizás suscite deseos de hacerlo mejor e ideas para conseguirlo.¹

¹ Aunque este trabajo nace en una ocasión bien determinada, enlaza con las reflexiones consignadas en «Ciencia del Derecho, política del Derecho y teoría de la legislación» y «Objetivos de una reforma del Derecho de sucesiones», primera y segunda parte, respectivamente, de mi ponencia «Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte», presentada en las XI Jornadas de la Asociación de

II. ALGUNOS PUNTOS DE PARTIDA

Para orientarnos sobre una posible reforma del Derecho de sucesiones del Código civil, la primera y necesaria constatación es que no hay ningún propósito conocido por parte del Gobierno ni de las fuerzas políticas presentes en el Parlamento de acometer una reforma sistemática de esta parte —ni de ninguna otra— del Código civil. Tampoco los civilistas españoles, como colectivo, lo reclaman; aunque cada vez sean más las voces individuales que proponen algunas reformas.

Es notorio el contraste con lo que está ocurriendo en los Derechos civiles autonómicos. La actividad legislativa de los Parlamentos autonómicos en materia de Derecho de sucesiones, con resultados que en tantos puntos mejoran y superan al Código civil, podría ser un acicate para el legislador estatal. Pero, por el momento, en la civilística española es más fácil ver gestos de disgusto ante la legislación autonómica que incitaciones a la emulación.

Conviene añadir de inmediato que no hay necesidad ni clara conveniencia de acometer una reforma del Derecho de sucesiones del Código civil limitada a ella misma. Sí tendría sentido y sería necesaria la reforma si estuviera englobada en el hipotético proyecto de redactar un nuevo Código civil español que derogara y sustituyera al de 1889, pero apenas como tarea aislada del mismo. No es el Derecho de sucesiones la parte que requiere más urgente reforma (sin duda, obligaciones y contratos es más urgente). Por cierto, para la hipotética formulación de un nuevo Código civil español la legislación civil autonómica más parece, hoy por hoy, impedimento que acicate.

No hay ninguna exigencia constitucional de reformar el derecho de sucesiones. El reconocimiento constitucional de la propiedad privada y de la herencia más tiende a garantizar la conservación del orden establecido que a innovarlo, y la referencia a la función social de una y de otra legitimarían quizás intervenciones muy drásticas del legislador, pero no le imponen ninguna. Las modificaciones constitucionalmente necesarias —no discriminación por razón de filiación, ante todo— se produjeron por efecto inmediato de la Constitución y se reflejaron en la reforma del Código civil de 1981. No hay, evidentemente, un «modelo constitucional» de Derecho de sucesiones que haya de imponerse al Código civil: lo muestra definitivamente, por si hiciera falta, la pluralidad de modelos existentes

Profesores de Derecho civil, Santander 9 a 11 de febrero de 2006, publicada en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, pp. 13- 171. Enlaza también con «Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29 (2006), pp. 195-218.

en los Derechos civiles autonómicos. Quien quiera argumentar a favor o en contra, digamos, de las sustituciones fideicomisarias, el testamento mancomunado, los pactos sucesorios, el orden de suceder abintestato o la existencia y consistencia de las legítimas no podrá acudir útilmente a la Constitución, al menos en la medida en que estas instituciones están reguladas divergentemente en los Derechos civiles españoles.

No hay tampoco, ahora ni en el horizonte próximo, una exigencia europea. Puede contarse con iniciativas muy específicas que acaso acaben teniendo reflejo en el Código civil. La preocupación por la jurisdicción competente y el Derecho aplicable (Derecho internacional privado) propiciará la comparación entre regulaciones sustantivas. La experiencia de los países europeos de nuestro entorno, incluidas reformas recientes de mayor o menor envergadura, habrán de ser tenidas muy en cuenta en todo proyecto de reforma del Código civil español, pero por sí mismas no parece que hayan de ser causa de iniciativas legislativas españolas.

En definitiva, nada hace pensar en una reforma global del Derecho de sucesiones del Código civil. Si la hubiera, operaría sobre normas aplicables sólo a una parte de las sucesiones deferidas por españoles: el libro tercero del Código civil es, desde su origen, más Derecho castellano que español. Puede ocurrir que un sentimiento de lo específico e identitario lleve a muchos civilistas identificados con el Código a preferir su conservación intocada antes que reformas que pudieran desnaturalizarlo: algunas actitudes ante la eventual reforma del sistema legitimario serían un fuerte indicio de este sentimiento.

Tampoco es previsible que el legislador aborde reformas específicas siguiendo sugerencias de la doctrina. Al menos de momento, las reformas que haya de sufrir el Código civil en esta materia no procederán de la iniciativa universitaria ni de las profesiones jurídicas, aunque la intervención en la fase prelegislativa de la abogacía, la magistratura, la fiscalía, los notarios y los registradores es más probable que la de los profesores universitarios. Quizás, más que otros, los notarios.

Podemos, sin embargo, prever que en los próximos años se introducirán reformas en algunos artículos del Código civil sobre Derecho de sucesiones. Recientes leyes y el anuncio de algunas iniciativas convencen de que el legislador español utiliza el articulado del Código como herramienta de legislación instrumental, dirigida a atender demandas sociales para ocuparse de problemas que la opinión pública presenta como acuciantes. Legislación instrumental que inevitablemente —en muchos casos, también queridamente— tiene una función simbólica: el Código civil es entonces escaparate de lujo para la expresión de deseos y valores socialmente compartidos.

III. LEGISLACIÓN INSTRUMENTAL: PRIMER EJEMPLO: PARA LA PROTECCIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El año 2003 fue el Año Europeo de la Discapacidad. El Gobierno español no quiso quedarse al margen de este evento. Desde el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales se entró en comunicación con asociaciones y organizaciones del sector (en particular, la Confederación Española de Representantes de Minusválidos, CERMI). De estos contactos salieron numerosas iniciativas, algunas de las cuales llegaron al Boletín Oficial. De ellas nos interesa una, que tuvo como consecuencia la reforma de unos cuantos artículos del Código civil para profundizar en la protección patrimonial de las personas con discapacidad y que contó desde el inicio con la colaboración decisiva de la Fundación *Equitas*, promovida por el notariado español. Para los objetivos de la Ley 41/2003 el tratamiento del Derecho de sucesiones es secundario (su objetivo central es el patrimonio protegido), pero la forma de abordarlo es expresiva de una corriente de opinión, quizás minoritaria entre los civilistas pero dominante entre los notarios, descontenta con el sistema legitimario actual y propensa a su supresión o su modificación sustancial. El proceso prelegislativo y el contenido de la reforma se presta a algunas observaciones útiles para la finalidad de este escrito.

Se trata de una intervención legislativa que pretende modificar la realidad social en un aspecto muy circunscrito: que las personas con discapacidad puedan recibir una parte mayor y aun la totalidad de la herencia paterna a costa de los derechos de sus hermanos. Concretamente, atribuyéndoles un derecho de habitación en el hogar familiar (art. 822) y permitiendo gravar la legítima de sus hermanos con sustitución fideicomisaria cuando el fiduciario es persona incapacitada judicialmente (art. 808; la ampliación de la facultad de delegar la distribución de la herencia entre los hijos mediante la reforma del art. 831 no parece que tenga una relación directa con el objetivo central de la ley). El éxito de la ley habría de medirse por la frecuencia de utilización de los mecanismos en ella previstos y la adecuación a las circunstancias en cada caso de utilización. Una ley de estas características habría de tener un seguimiento institucional para la evaluación de su eficacia social. Si no hay tal evaluación o la realidad muestra que los particulares no utilizan la norma con alguna frecuencia (o lo hacen con finalidades o resultados distintos de los deseados por el legislador) la norma sería un fracaso como instrumento de modificación de la realidad. ¿Entonces? Entonces, y en todo caso, la norma tiene una fuerte carga simbólica, al introducir en el viejo Código civil (superando el marco de la igualdad formal ante la ley) la expresión del deseo socialmente compartido de una atención especial a las personas

con discapacidad. La expresión solemne de este deseo por el legislador refuerza las convicciones de la sociedad al respecto, con independencia de que las normas se cumplan, se usen o se apliquen mucho, poco o nada. Siendo optimistas, puede decirse que la mera expresión de estos criterios en el Boletín Oficial (y su consiguiente propagación por los medios de comunicación y por los profesionales del Derecho) ha contribuido algo a modificar las actitudes de los ciudadanos. Siendo algo más críticos, cabe preguntar si un resultado equivalente no podría conseguirse sin necesidad de modificar el Código.

Toda modificación del Código civil tiene un costo social. Por supuesto, una reforma adecuada aumenta en definitiva el valor del Código para la convivencia, pero en cualquier caso hay que tener en cuenta no sólo los costos de información —que se trasladan con cada nueva ley a la sociedad en general y a los juristas en particular— sino también las consecuencias de la norma especial o excepcional en el conjunto del sistema. Estas consecuencias no son necesariamente perjudiciales, pero sí en amplia medida impredecibles y azarosas. Normalmente, el sistema aguantará —como en los ejércitos de Napoleón, la intendencia ya seguirá a la infantería en su avance—, pero no sin un costo en inseguridad jurídica.

Las normas que estamos considerando —en particular, el gravamen sobre la legítima de los hijos cuando es a favor de uno de ellos judicialmente incapacitado— tiene un rasgo que me parece advertir también en otras intervenciones legislativas recientes o previsibles: la autonomía privada no sólo tiene límites generales externos más o menos amplios, sino que los actos de los particulares son acogidos por el legislador de distinta manera según cuál sea la finalidad de los mismos. Por supuesto el fenómeno no es nuevo, pero en el Estado social de Derecho es de esperar que se haga más evidente. En el ámbito del Derecho de sucesiones, ya ocurrió así con las leyes que abrieron algún cauce a los pactos sucesorios o al pago de la legítima en dinero no hereditario cuando su finalidad sea mantener la integridad de una empresa familiar y es posible que ocurra en el futuro mediante una ley que permita explícitamente el usufructo universal a favor del viudo en presencia de hijos y en detrimento de su legítima. La alternativa legislativa obvia es autorizar los pactos sucesorios en general, o suprimir o reducir las legítimas, con los límites que parezcan oportunos, pero respetando la libertad de los particulares para elegir los fines que quieran perseguir. Mi previsión es que el legislador seguirá añadiendo permisiones de actos con finalidades específicamente privilegiadas por él mismo antes que reconociendo ámbitos abstractos de libertad.

IV. SEGUNDO EJEMPLO: PARA PRIVAR DE LA HERENCIA A LOS MALTRATADORES

El segundo ejemplo de legislación instrumental —ahora simplemente anunciada— lo proporciona una iniciativa del Gobierno dada a conocer el pasado agosto.² Se trata de modificar en lo que haga falta preceptos del Código civil para que los maltratadores no hereden a sus víctimas. Imposible evitar suponer la relación de esta iniciativa con el nuevo libro cuarto del Código civil catalán, pues es la cuestión que toda la prensa llevó en junio a sus titulares. Según se ha anunciado, el Gobierno propone un diálogo con las fuerzas políticas parlamentarias para confeccionar entre todos, se supone, una proposición que concrete las reformas pertinentes en sede de indignidad sucesoria y acaso en otros preceptos del Código. Es posible que se encauce como iniciativa del Grupo parlamentario socialista y que desemboque en una proposición no de ley («que es la forma parlamentaria más abierta para el consenso», apostilla una reseña periodística). No he percibido la intención de encomendar a la Comisión General de Codificación alguna tarea previa o simultánea, pero sí parece que el Ministerio de Justicia, junto con el de Igualdad, estará al tanto.

No sería la primera vez que el legislador introduce algún cambio en las causas de indignidad sucesoria o las de desheredación (desde 1978, 1981, 1990, 1996, 2003).³ No es de extrañar, pues en la retahíla de reproches que pueden hacerse a un llamado a cierta herencia, para negársela, se reflejan los cambiantes criterios de la moral social sobre las relaciones personales y familiares. Fue así ya en el Derecho justinianeo, del que los Código decimonónicos copiaron las listas con algunas variantes y se muestra también, por ejemplo, en las innovaciones de los legisladores catalán y aragonés en años recientes. Ahora bien, expresar la indignación moral que producen determinadas conductas es una cosa, y otra acertar con la formulación técnica precisa que mida bien las consecuencias de cada caso en el fenómeno sucesorio. La indignidad (*potest capere sed non potest retinere*, «pena privada») tiene una configuración sutil, lo mismo que la desheredación (pueden recordarse las fundadas críticas a la reforma de 1978), que requiere intervenciones técnicas muy afinadas. No sólo quedan comprometidas fácilmente las ya de por sí inestables relaciones entre

² Con el precedente de una sugerencia del Observatorio de la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid: Actualidad civil, 2008, 7.

³ Me parece expresiva de la actitud de los legisladores contemporáneos la afirmación de un diputado en trance de reformar el art. 756 Cc.: «Si tuviéramos que poner todos los que son indignos para suceder, quizá no hubiera suficientes párrafos en el Código Civil» (el Diputado por el PSOE Sr. Sánchez Garrido, en el debate final sobre la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, BOCG, Congreso, 6 noviembre 2003, núm. 393, pág. 15413).

indignidad y desheredación, sino también, en general, todos los equilibrios de la libertad de testar, la sucesión intestada y las legítimas. Con lo hasta ahora publicado en la prensa, plagado de errores,⁴ no es pertinente todavía ningún juicio técnico, sino tan sólo mostrar el acuerdo de principio en cuanto a las finalidades de la reforma y desear que se concrete de la mejor manera. Pero el cauce que quiere darse a la misma y el hecho de que aparezca en la agenda política explícitamente junto con una valoración de la Ley de violencia de género y algunas propuestas penales contra la pederastia sí suscita la aprensión de que no reciba en el momento oportuno la profunda atención técnica especializada que merece.

Todavía un par de observaciones sobre el fondo de esta reforma anunciada. Hay que recordar que los casos más graves de violencia de género, los de asesinato o intento del mismo, están ya incluidos en el Código desde siempre como causa de indignidad. Quedan los otros, de malos tratos sin muerte, sin duda mucho más numerosos y que ahora el legislador puede querer añadir.⁵ Sea, pero no se olvide que todo derecho sucesorio legal entre cónyuges desaparece con la separación, aun de hecho (tanto el llamamiento abintestato como la legítima). De manera que, si no lo entiendo mal, estamos atendiendo a supuestos (¿son muchos o pocos?) en que después de una condena por malos tratos la convivencia no se rompe y acaso continúa por muchos años. ¿No cabe prescripción, ni perdón? ¿La convivencia continuada no debería entenderse como perdón? Son éstas algunas de las muchas cuestiones sobre las que el legislador habrá de reflexionar.

En las reflexiones y debates parlamentarios, o previamente, fácilmente saldrán a relucir otros aspectos de la sucesión a favor del cónyuge viudo que a alguno de los opinantes les parezcan susceptibles de reforma. Por ejemplo, si se habla de causas de desheredación, quizás se caiga en la cuenta de que sólo tiene sentido desheredar mientras el sujeto tenga derecho a legítima y que éste desaparece con la separación; pero también, ya que estamos presuponiendo la existencia de un testamento, que es razonable privar a éste de eficacia al menos en todos los casos de divorcio (quizás también de

⁴ «La nueva normativa supondrá la modificación de la llamada 'indignidad sucesoria', la parte de la legislación que especifica los motivos por los que una persona puede ser desheredada» (del reportaje firmado por Anabel Díez, publicado en el País, 11 de agosto de 2008).

⁵ Es notable que una previsión en este sentido existía en la Compilación catalana y que fue, al parecer, suprimida por el Código de sucesiones para aparecer ahora de otro modo en el libro IV. Article 254 Compilació del Dret civil de Catalunya (D.L. 1/ 1984). En les successions testades o intestades dels cònjuges entre ells, i també respecte a la quarta vidual i al dret d'usdefruit que estableix l'article 250, seran causes d'indignitat, ultra les indicades en l'article anterior, **el fet d'haver el cònjuge supervivent maltractat d'obra o injuriat greument el seu consort difunt**. Als efectes de la quarta vidual, serà també causa d'indignitat el fet d'haver sostret dolosament béns de l'herència relictiva pel premort.

separación) posterior. Ciertamente, esto ya no tiene que ver sólo con los maltratadores, pero también les alcanzaría y, en todo caso, no serían de extrañar en la tramitación de la ley adiciones apenas o nada relacionadas con el objetivo originario de la reforma legal (dos casos recientes: el art. 66 en la ley 13/2005; el art. 831 en la ley 41/2003). Otro ejemplo —que, como los demás, no es una propuesta por mi parte, sino una indicación del tipo de reformas que cabe esperar—: los maltratadores no unidos en matrimonio con la víctima, pero sí parejas de hecho, merecen igualmente el castigo, que hoy no puede aplicárseles porque carecen de derechos sucesorios. ¿Puede ser ocasión para plantear algunos derechos sucesorios a favor del supérstite en las parejas no casadas? No es, simplemente, una ocurrencia mía. En información publicada en el País, se indica que el grupo parlamentario socialista quiere modificar el art. 756, para empezar, ampliando el círculo de personas potencialmente afectadas por un supuesto de indignidad, como (las comillas son del reportaje) «ex cónyuges o personas con quienes el agresor [corrijo: el causante] estuviere o hubiese estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad».⁶ Pero para que les afecte la indignidad, primero habrán de ser llamados (algunos de ellos) genéricamente a la herencia.

V. PARA UN MAPA DE CORRIENTES SUBTERRÁNEAS

No es posible prever cuándo se producirán determinadas reformas, pero sí indicar, aun de forma incompleta e imprecisa, por dónde discurren importantes corrientes subterráneas que, en determinadas coyunturas, darán lugar a afloramientos en forma de leyes. La constatación de lo que ocurre en ordenamientos de nuestro entorno, junto con la observación de ciertos cambios en las relaciones sociales, especialmente las relativas a distintos tipos de familias, son instrumentos principales para tratar de establecer este mapa. Dónde y cuando surjan los afloramientos no depende tanto de la necesidad o la trascendencia de las reformas como de la ocurrencia de sucesos que atraigan la atención o la preocupación de la sociedad —en lo que los medios de comunicación tienen una papel capital—, la actuación de grupos de presión o de opinión más o menos interesados, los informes de «observatorios» oficiales u oficiosos y aun el variable entendimiento entre los dos grandes partidos sobre los problemas de «la justicia». Para que se produzcan actos de legislación, no bastan razones, son precisas también las ocasiones. Las ocasiones son condición necesaria y pueden ser también condición suficiente (es decir, cabe que se legisle sin justificación racional).

⁶ Del reportaje firmado por Anabel Díez, publicado en el País, 11 de agosto de 2008.

Trazo ahora el esbozo de algunas de las áreas principales de este mapa de las corrientes subterráneas.

VI. LEGÍTIMAS Y LIBERTAD DE TESTAR

No espero que llegue en los próximos años al Parlamento ninguna iniciativa que tenga como objeto la supresión de las legítimas (ni siquiera la de los ascendientes) o una modificación a fondo de las mismas. He indicado antes algunos indicios que me llevan a esta previsión: sobre todo, la debilidad de los indicios de que algo se mueve. Sin embargo, es muy posible que reformas puntuales de objetivos diversos sigan erosionando los planteamientos originarios, en el sentido de facilitar el pago de la legítima, en dinero, en ciertos casos cada vez más generales y de limitar la cuantía cuando a costa de la legítima el causante atienda a determinadas finalidades privilegiadas por la ley. Podrían darse también cambios respecto de la imputación y computación de donaciones o en otros aspectos asimismo teóricamente secundarios. Algunas reformas quizás mayores podrían derivar de una distinta consideración del cónyuge en el fenómeno sucesorio.

En mi Ponencia para la APDC (2006) me interesaba dejar todas las opciones técnicas abiertas —para no coartar el debate que con ella propiciaba en el seno de la Asociación— y subrayar las cuestiones de principio, de fundamentos: por ello sugería «prever reglas según las cuales los allegados a quienes la muerte del causante ha privado de recursos para la vida hayan de recibir necesariamente alguna cantidad a cargo de la herencia». Con posterioridad a mi Ponencia, merece mencionarse la propuesta de Antoni Vaquer Aloy («Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima»)⁷ que se concreta del siguiente modo: a) legítima sólo a favor de los hijos (y su descendencia) y del cónyuge (exclusión, por tanto, de la legítima de los ascendientes); b) el cónyuge, legitimario en todo caso (es el punto para mí más dudoso); c) en cuanto a los hijos y descendientes, no todos, sino según un criterio de necesidades vitales: hijos menores de edad e incapacitados o, mejor, hijos hasta los veinticinco años y, junto a los incapacitados, las personas con discapacidad administrativamente constatada; d) pago de las legítimas en metálico; e) imputación en la legítima de los gastos de educación y formación.

El debate sobre las legítimas apenas está abierto. Como digo, a medio plazo no preveo sino intervenciones puntuales con la finalidad de atender a algunos objetivos específicos. Ahora bien, en la primera ocasión de una

⁷ Antoni VAQUER ALOY, «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2007 (www.indret.com).

reforma global del Derecho de sucesiones las legítimas serían uno de los puntos más importantes de la misma y saldrían sin duda muy modificadas a la baja. Lo que ocurre es que tal reforma global no es previsible para los próximos cinco años.

VII. DERECHOS SUCESORIOS DE LOS VIUDOS

Difícil será encontrar en el mundo reforma legal u opinión doctrinal sobre las sucesiones que no incluya mejoras de una u otra índole en la posición del cónyuge viudo. Corresponde a un rasgo clave en la evolución de la familia en las sociedades occidentales. Es de prever que así siga ocurriendo en general y también en España. Esta tendencia podría manifestarse en la anteposición del viudo en el elenco de sucesores abintestato, por delante de los ascendientes, e incluso abriéndole un hueco en el primer llamamiento, junto con los descendientes.

El rumbo que haya de seguir la legítima del cónyuge, en cambio, me parece más incierto, pues está sometido a vientos y corrientes contradictorios.

a) Su configuración como usufructo corresponde al deseo de conferir al viudo derechos vitalicios compatibles con la propiedad que ha de pasar a los hijos así como cierta idea de prolongación de la familia más allá de la muerte de uno de los cónyuges de modo que el supérstite conserve en ella su anterior posición personal. El divorcio, las nupcias sucesivas y la creciente presencia de descendientes del causante que no lo son del viudo hacen menos coherente el planteamiento recibido. La alternativa es clara: una cuota en propiedad junto con los hijos (quizás igual que la de cada uno de éstos). Podría tener una consideración especial el hogar familiar.

Pero proporcionar al cónyuge una parte en propiedad supondría, en muchos casos, proporcionarle un valor de uso para la satisfacción de sus necesidades inferior al que le daría el actual usufructo (aunque el valor de cambio de éste fuera inferior). En cualquier caso, implica una ruptura con la idea de continuidad de la familia tras el fallecimiento de uno de los progenitores y con la idealización de la «viudedad foral» en el discurso centenario de los juristas españoles.

b) La idea de que el cónyuge ha de tener derecho a una parte de los bienes del difunto porque contribuyó al crecimiento o mantenimiento del patrimonio de éste es sensata, pero menos imperativa para fundar su derecho a una porción legítima cuando el régimen matrimonial legal es de comunidad: la participación en cuanto ambos consiguieron de consuno la recibe ya por este concepto. Y entender que el fundamento de la legítima es

más bien subvenir a las necesidades del viudo en la última parte de su vida nos llevaría a distinguir casos y casos: la legítima para quien la necesite.

c) En cualquier caso, la experiencia constata la preocupación de muchas personas casadas por dejar a su cónyuge cuanto sea posible —en perjuicio de la participación de los hijos en la herencia e incluso utilizando desviadamente la «facultad de mejorar» como atribución de beneficios para el viudo—, mientras que no se percibe especial preocupación por proteger a los viudos frente a intentos de sus cónyuge de privarles de su legítima. Téngase en cuenta que si la intención de desheredar es seria implicará, parece que necesariamente, un fuerte deterioro de las relaciones conyugales, de manera que privar al cónyuge de todo derecho se consigue con toda facilidad mediante el divorcio, que está al alcance de cualquiera, e incluso con la separación de hecho por propia iniciativa. Es notable que, de acuerdo con el Código civil, el ex cónyuge —por más tiempo que haya durado el matrimonio y cualquiera que sea la causa de su disolución en vida— carezca totalmente de derechos sucesorios.

De todos modos, me parece un dato de hecho muy relevante que el 82'7 % de las personas viudas sean precisamente mujeres. No está en la agenda política introducir normas que limiten sus derechos.

VIII. DERECHOS SUCESORIOS EN LAS PAREJAS NO CASADAS

La situación es perpleja. Por una parte, la corriente que lleva a equiparar con el matrimonio a las parejas no casadas tiene difuso apoyo social y ha dado lugar a determinaciones expresas en algunos Derechos autonómicos en el sentido de reconocer tanto sucesión intestada como derechos legitimarios e incluso a equipararlas totalmente con el matrimonio a efectos del Derecho civil propio. Parecería que el legislador español habría de recorrer el mismo camino. Pero no es de esperar que regule estas consecuencias sucesorias sino en el marco de una regulación global sobre parejas no casadas, aunque sólo sea por la necesidad de determinar los requisitos para que éstas queden constituidas.

Ahora bien, parece que la reforma del Código en 2005 (matrimonio homosexual) ha desactivado las presiones para una legislación estatal de parejas no casadas, pues el mayor impulso social para regularlas era la consideración de las parejas homosexuales (mientras tenían vedado el camino al matrimonio mismo).⁸

⁸ Coincido con María Paz GARCÍA RUBIO («Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica», Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad, *Anuario de la Facultad de*

Por supuesto, convivientes sin matrimonio seguirá habiendo, de sexos distintos o del mismo, y disputas y pleitos cuando la convivencia se rompa viviendo ambos o por la muerte de uno de ellos. Esta situación justifica una ley estatal que evite la pluralidad de soluciones jurisprudenciales (aunque habría de convivir con las leyes autonómicas) y proporcione protección a la parte más débil, sobre todo en el momento de acabarse la relación. ¿Derechos sucesorios para los convivientes? ¿Optaremos por constituir un estatus matrimonial sin celebración del matrimonio? ¿Sin la voluntad de los convivientes y aun contra ella? Todo es posible, pero hoy me parece mucho menos probable que antes de 2005. Una razón principal para esta apreciación mía es que no hay ningún colectivo poderoso que lo reivindique.

Para el caso de elaborarse una ley sobre parejas no casadas que no caiga en el simplismo de identificarlas, sin más, con el matrimonio, creo que se distinguirá entre sucesión intestada y legítima. En el llamamiento abintestato puede argumentarse que, al fin y el cabo, sería el deseo del difunto. Débil argumento —el difunto no manifestó ninguna voluntad relevante, pues ni se casó ni testó— aunque no totalmente desdeñable. Pero la legítima sería una limitación de la libertad del difunto que me parece difícil de sostener (salvo, como digo, en una simplificadora identificación con el matrimonio).

Me parece más interesante y de mayor demanda social facilitar la efectividad de la voluntad declarada del difunto a favor del conviviente supérstite mediante una reducción o supresión del impuesto de sucesiones («como si fueran cónyuges»). Claro que la medida sería a costa de las arcas públicas y los responsables de Hacienda pondrían reparos, mientras que al legislador le resulta más fácil ser generoso con el dinero de los particulares. Por cierto, una medida así no precisa reformar el Código civil y quizás pueda hacerse sin modificar ley formal alguna. Ya se entiende que su efecto simbólico sería mucho más limitado, lo que conspira asimismo para que no se haga.

Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 10 (2006), pp. 113-137) en la necesidad de una ley estatal de uniones de hecho «que ha de tener un contenido imprescindible ... en materias como el Derecho internacional privado y el Derecho interregional, el Derecho procesal, el Derecho laboral y de la Seguridad Social y el Derecho fiscal» (p. 122). Es en el ámbito del Derecho Público (Seguridad Social e impuestos) donde debe establecerse la equiparación entre cohabitación y matrimonio. La autora, respecto de un contenido posible de Derecho civil, se inclina por una ley que tenga por función, no «elevar las situaciones de convivencia al rango matrimonial», sino más bien «proporcionar a la parte más débil de la relación un mínimo de protección, sobre todo en el momento de la disolución de la relación de convivencia» (pp. 126 y 137).

IX. LAS PERSONAS ANCIANAS

Un dato de la realidad social extremadamente importante para toda reflexión sobre Derecho de sucesiones es la progresiva extensión de la esperanza de vida.

La avanzada edad en que fallecen muchas personas aumenta los casos en que, en el último periodo de la vida, las facultades mentales y la fortaleza de la voluntad sufren deterioro. Pero no se trata únicamente de un problema de capacidad para testar, sino también de unas relaciones con los descendientes (o con los sobrinos) en que éstos, por razones de edad, son mucho más fuertes y están en condiciones de imponerse, en particular cuando la persona mayor depende para su vida ordinaria de cuidados ajenos. Las personas de edad pueden estar en una residencia, pública o privada, gastando acaso todas sus rentas y comprometiendo su capital en detrimento de las expectativas sucesorias de sus allegados; pueden querer agradecer *post mortem* los cuidados recibidos por una enfermera o un cuidador, o encapricharse con ellos o ser engañadas; pueden casarse, con las consecuencias sucesorias legales, o casarse precisamente para producir estas consecuencias; pueden no casarse —acaso para no perder pensiones o beneficios patrimoniales adquiridos— pero vivir emparejados con personas del otro o del mismo sexo. Lo que quiero dar a entender con estas pinceladas costumbristas es que, en esta fase de su vida, las personas, además de posibles problemas de capacidad, tienen una relación con sus bienes y con las personas, familiares o no, allegadas de siempre o nuevos conocidos, distinta a la cualquier otra época de la vida. Una situación en que la satisfacción de las propias necesidades y deseos es apremiante (pues el *terminus incertus quando* se representa muy próximo) y los motivos para las promesas y las disposiciones pueden llevar a un contenido testamentario o unas donaciones que sus familiares consideren como intolerables.

Por supuesto, los problemas derivados de la forma en que los ancianos gobiernen su persona y bienes exceden con mucho el ámbito del derecho de sucesiones, pero sin duda repercuten en el mismo. Basta pensar en la introducción legal de las «hipotecas inversas»: ni modifica una coma las normas de derecho de sucesiones ni afecta formalmente al fenómeno sucesorio, pero está claro que altera el contenido del haber hereditario y que conducirá frecuentemente a negociaciones con los presuntos herederos e influirá en las relaciones de éstos con el pariente anciano que hipoteca su casa de esta manera. En general, parece que se produce también una mayor «planificación de la herencia» antes de llegar a las edades más avanzadas, con transmisión de bienes en vida a las siguientes generaciones y reserva de algunos por el anciano sobre los que ya no cree que deba rendir cuentas a nadie (¿será el equivalente de la *pars pro anima*, invertida ahora en la

posible felicidad de la última etapa de la vida, una vez que se desconfía de alcanzarla en la otra o de la pertinencia de adquirirla mediante sacrificio de bienes terrenales?).

Que las realidades apuntadas en los párrafos anteriores den lugar más pronto que tarde a iniciativas de reforma del Derecho de sucesiones me parece que puede preverse con gran probabilidad de acertar. Hay una preocupación social extendida por la tercera y la cuarta edades y políticas sociales referidas a ellas. Hay también profesionales especializados en su atención, asociaciones y fundaciones dedicadas a su ayuda en muy diversas maneras. Vemos iniciativas en otros países y, en el nuestro, leyes tales como la de dependencia ponen de relieve una voluntad de actuación de los poderes públicos que tiende a cambiar pautas de comportamiento en la familia que influirán sin duda en las herencias. ¿Que esta ley no es Derecho civil? Sin duda, pero todo se andará. En el propio Código civil, la introducción en 2003 de la llamada autotutela o del contrato de alimentos apunta en el mismo sentido.⁹

⁹ Un reciente trabajo de Derecho comparado (J C SONNEKUS, «Freedom of testation and the ageing testator», en REID, DE WAAL y ZIMMERMANN, *Exploring the law of succession. Studies National, Historical and Comparative*, Edinburgh University Press, 2007, pp. 78-98) nos ilustra sobre algunas iniciativas y preocupaciones manifestadas en diversos países en relación con la capacidad para testar de las personas de edad avanzada. Introducido en el debate el tópico del «testador vulnerable» (R. KERRIDGE, «Wills made in suspicious circumstances: the problem of the vulnerable testator», *Cambridge Law Journal*, 2000, 59, pp. 310 ss.), se viene a proponer una inversión de la «presunción de capacidad»: si el testador tiene más de 70 años, su testamento podrá ser impugnado de modo que quien defienda su validez habrá de probar que el testador conservaba su capacidad natural de entender y querer y no estaba sometido a presiones. Más limitadamente, se recuerda una propuesta de 1971 para introducir en el Derecho inglés una regla según la cual las disposiciones de las personas de edad avanzada a favor de los propietarios o gestores de la residencia en que viven se consideren en principio *pro non scriptas*. Estas preocupaciones están presentes en el nuevo libro IV del Código civil catalán (art. 412-5.2), y los cambios respecto de redacciones previas muestran la labilidad de las opiniones al respecto. Por otra parte, si quien otorgó testamento pierde luego su capacidad, ocurre que tal testamento ya no podrá ser modificado o revocado por más que las circunstancias cambien y sea de creer que las disposiciones no corresponden a lo que el testador desearía si fuera capaz. Sugerencias para atender a estos casos se hacen en varios sentidos. Por ejemplo, que tras la muerte del testador se considere ineficaz el testamento sobre la base de la alteración sobrevenida de las circunstancias; o bien que el tutor —o el mandatario con poder para el caso de incapacidad— pueda tomar la iniciativa de revocar el testamento con autorización judicial. Admitir de algún modo que terceras personas puedan revocar un testamento lleva también a plantear si no podrá el juez, a instancias de tutores o mandatarios, «otorgar testamento» en nombre de una persona incapaz, cuando en el caso concreto las reglas de la sucesión abintestado sean claramente inadecuadas. Este es el objeto de cierta norma de una ley inglesa de salud mental (Mental Health Act 1983, sec. 96) que permite al juez hacer testamento el lugar de la persona mentalmente incapacitada. Se indica como un caso apropiado para este «testamento judicial» el del joven que queda incapacitado como consecuencia de accidente, que vive con otra persona con la que pensaba casarse, a favor de ella y evitando la aplicación de unas normas de sucesión intestada que la excluyen.

En la experiencia del *Common Law*, los tópicos de falta de capacidad y de vicios del consentimiento se han utilizado retóricamente para hacer anular por los tribunales testamentos en los que lo único evidente era que sus disposiciones se apartaban de lo socialmente aceptable (en beneficio por ejemplo de la secretaria o del cuidador del testador y en agravio de sus hijos o hermanos, por utilizar clichés usuales). Será que el testador no estaba en sus cabales. *Color insaniae* pronunciaban los *Centumviri* la inoficiosidad del testamento excesivamente apartado de las pautas sociales de corrección. También entre nosotros quien impugna judicialmente el testamento de un anciano alegando incapacidad es movido por el contenido del testamento y no dejará de argumentar sobre este contenido si parece insólito o desconsiderado. Cuando se abra claramente un debate prelegislativo sobre los «testadores vulnerables», las cuestiones de capacidad se mezclarán ineludiblemente con las del contenido o beneficiarios de las disposiciones testamentarias.

X. OTRAS ÁREAS Y FINAL

Junto a los hasta ahora mencionados, testamento mancomunado, pactos sucesorios, donaciones *mortis causa*, fiducia sucesoria o testamento por comisario son temas recurrentes. La sucesión en la empresa familiar y la protección de las personas con discapacidad son objetivos que fácilmente darán lugar a renovadas propuestas de modificación. Las campañas de «legados solidarios», sólo por poner un ejemplo de iniciativas sociales, podrían desembocar en algunas sugerencias de reformas. Son sólo ejemplos que no han de recibir aquí mayor desarrollo.

Ejemplos de corrientes subterráneas de la vida jurídica que aflorarán donde y cuando se proceda a perforar pozos; tarea que se emprenderá cuando haya interés y motivación política para ello, es decir, al albur de manifestaciones sociales de preocupación por ciertos casos de actualidad o de irritación por decisiones, especialmente judiciales, que se juzguen inadecuadas. Son las ocasiones, no las razones, como he dicho, las que determinan el nacimiento de las leyes.

