



L'aplicació judicial del Codi Civil de Catalunya

# **L'aplicació judicial del Codi Civil de Catalunya**

Institut de Dret privat europeu i comparat  
Universitat de Girona  
(Coord.)



Documenta  
Universitaria

Dades CIP recomanades per la Biblioteca de la UdG

CIP 347(467.1) APL

L'Aplicació judicial del Codi Civil de Catalunya / Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona (coord.). -- Girona : Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona : Documenta Universitaria, 2023. -- 1070 pàgines ; 23 cm  
Conté: El papel de la jurisprudencia: tradición y derecho catalán contemporáneo / Jesús Delgado Echeverría ...  
ISBN 978-84-9984-672-0

I. Delgado Echeverría, Jesús. Papel de la jurisprudencia: tradición y derecho catalán contemporáneo II. Universitat de Girona. Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona 1. Dret civil -- Legislació -- Catalunya 2. Catalunya. Codi civil

CIP 347(467.1) APL



No es permet un ús comercial de l'obra original ni la generació d'obres derivades per altres persones que no siguin les propietàries dels drets. És la llicència més restrictiva ja que només permet que altres persones es descarreguin l'obra i la comparteixin amb altres sempre i quan en reconeixin l'autoria, però sense fer-ne modificacions ni ús comercial.

© dels textos: els seus autors

© de l'edició: Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona

© de l'edició: Documenta Universitaria

ISBN primera edició: 978-84-9984-659-0

Segona edició, ampliada, revisada i actualitzada als RDL 5/2023 i 6/2023.

ISBN: 978-84-9984-672-9

DOI: 10.33115/b/9788499846729

Girona, 2024

Les Vint-i-dosenes Jornades han estat organitzades per l'Institut de Dret privat europeu i comparat 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, Drets i Memòria

Universitat de Girona

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya

Col·legi Notarial de Catalunya

Facultat de Dret UAB (Deganat)

Facultat de Dret UB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Col·legi de l'Advocacia de Girona

Col·legi d'Advocats de Terrassa

Col·legi de l'Advocacia de Figueres

# Sumari

## **Primera ponència El paper de la jurisprudència en el dret civil català actual**

|   |            |
|---|------------|
| <b>El papel de la jurisprudencia: tradición y derecho catalán contemporáneo .....</b>   | <b>11</b>  |
| Jesús Delgado Echeverría  |            |
| <b>La creación de la norma jurisprudencial y los tribunales superiores de justicia. El diálogo entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia.....</b> | <b>44</b>  |
| Francisco de P. Blasco Gascó  |            |
| <b>La sentència del tribunal d'instància com a objecte cassacional.....</b>   | <b>109</b> |
| Francisco Javier Pereda Gámez   |            |
| <b>Tècnica cassacional i accés al TSJC.....</b>   | <b>160</b> |
| Joaquim Bayo Delgado  |            |

## **Segona ponència L'aplicació judicial del Codi Civil de Catalunya**

### **Llibre primer del Codi Civil de Catalunya**

|   |            |
|---|------------|
| <b>Principales líneas jurisprudenciales del TSJC en materia de prescripción y caducidad .....</b> | <b>206</b> |
| Fernando Lacaba Sánchez   |            |

|  |            |
|--|------------|
| <b>Alguns problemes de l'aplicació de les normes del CCCat en matèria de prescripció. Èmfasi especial en el camp de la responsabilitat civil .....</b> | <b>263</b> |
| Sonia Ramos González   |            |

## **Llibre segon del Codi Civil de Catalunya**

|   |            |
|---|------------|
| <b>Jurisprudència del llibre segon del Codi Civil de Catalunya.....</b> | <b>306</b> |
| Maria Eugènia Alegret Burgués   |            |

|  |            |
|--|------------|
| <b>Adquisicions oneroses i titularitats dels cònjuges en el règim de separació de béns i dels convivents en parella estable* .....</b> | <b>354</b> |
| Albert Lamarca i Marquès   |            |

|  |            |
|--|------------|
| <b>L'actualització del dret de filiació a la llum de la jurisprudència .....</b> | <b>448</b> |
| Esther Farnós Amorós   |            |

## **Llibre quart del Codi Civil de Catalunya**

|   |            |
|---|------------|
| <b>Sucesión contractual e intestada: práctica notarial, experiencia jurisprudencial y doctrina de la DGDEJM .....</b> | <b>513</b> |
| Jesús Gómez Taboada   |            |

|   |            |
|---|------------|
| <b>La sucesión testada en Catalunya: práctica notarial, jurisprudencia y doctrina de la DGDEJM.....</b> | <b>542</b> |
| Pablo Vázquez Moral   |            |

|  |            |
|--|------------|
| <b>Jurisprudència sobre la transmissió de la delació. Els seus efectes civils, fiscals i registrals.....</b> | <b>622</b> |
| Enrique Peruga Pérez   |            |

## **Llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya**

**La jurisprudència sobre el libro quinto del CCCat.....654**  
Antonio Recio Córdoba

**La jurisprudència sobre l'ús turístic dels habitatges  
al llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya .....694**  
Esther Sais Re

**El pacte comissori en la jurisprudència del Tribunal  
Superior de Justícia de Catalunya .....712**  
Rosa Milà Rafel

**La revisió judicial de les resolucions de la Direcció  
General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació .....752**  
Miriam Anderson

## **Llibre sisè del Codi Civil de Catalunya**

**La primera experiència en l'aplicació judicial del nou  
llibre sisè del Codi civil de Catalunya .....816**  
Jordi Seguí Puntas

## **Comunicacions**

**La reforma de la casación civil: efectos sobre la casación  
civil autonómica .....846**  
José-Ramón García Vicente

**La prescripció de la pretensió al pagament de les despeses  
de la comunitat de propietaris .....863**  
Tomàs Gabriel García-Micó

**Barreres arquitectòniques i comunitats de propietaris:  
anàlisi de l'aplicació judicial de l'art. 553-25.5 CCCat .....876**  
Guillem Izquierdo Grau



|   |            |
|---|------------|
| <b>El usufructo con facultad de disposición: su desarrollo por la jurisprudencia en Cataluña .....</b>                              | <b>909</b> |
| M <sup>a</sup> Patricia Represa Polo  |            |
| <b>Desheretament per absència de relació familiar: la interpretació de les audiències provincials de Barcelona i Tarragona.....</b> | <b>935</b> |
| Rosa M. Garcia Teruel   |            |
| <b>El Dret català de contractes: del Dret <i>aplicable</i> al Dret <i>aplicat</i> .....</b>   | <b>967</b> |
| Lídia Arnau Raventós  |            |
| <b>L'aplicació del règim de la conformitat del Codi civil de Catalunya per les Audiències Provincials .....</b>                     | <b>985</b> |
| Roger Barat i Rubio   |            |

# Sucesión contractual e intestada: práctica notarial, experiencia jurisprudencial y doctrina de la DGDEJM

Jesús Gómez Taboada

Notario

Profesor de Derecho civil (UIC)

## Sumario

### 1. La sucesión contractual

- 1.1. Experiencia notarial: conveniencia, interés y oportunidad del otorgamiento de pactos sucesorios
- 1.2. La doctrina de la DG y la Jurisprudencia sobre los pactos sucesorios y de sobrevivencia

### 2. La sucesión intestada

- 2.1. Acreditación de la existencia de unión estable de pareja o de la separación de hecho
- 2.2. Renuncia a la sucesión intestada, pero conservación de la legítima por parte de los legitimarios
- 2.3. Provocación de la ineficacia de la institución de heredero con la finalidad de que se abra la sucesión intestada
- 2.4. Nulidad de declaración de herederos por «preterición» de dos hijos
- 2.5. Indignidad en la sucesión intestada
- 2.6. El laberinto del *ius transmissionis* en la sucesión intestada: usufructo universal intestado del viudo

# 1. La sucesión contractual

## 1.1. Experiencia notarial: conveniencia, interés y oportunidad del otorgamiento de pactos sucesorios

### 1.1.1. Esencia. Su irrevocabilidad

La sucesión mortis causa voluntaria «habitual» está sumergida en la idea de revocabilidad: el *ambulatoria est voluntas* romano es un concepto claro para la mayoría de los otorgantes: el testamento puede modificarse siempre y el único eficaz es el último. Además, en nuestro derecho de contratos, no estaba bien visto que los mismos versasen sobre la transmisión *post mortem* de los bienes: recordemos que el artículo 1271 CC; así como el rechazo que merecen los acuerdos que presuponen la muerte futura de un tercero no interviniente, para repartirse su patrimonio entre los sobrevivientes —*pacto corvino* o de los cuervos—.

Pero, frente a lo anterior, también se ha cuestionado el carácter pernicioso o arriesgado, de pactar una sucesión futura. Por lo pronto, los acuerdos sobre la sucesión *ya abierta* no provocan rechazo: los herederos pueden partir la herencia como gusten, prescindiendo de la partición testamentaria (hoy, art. 464-6CCCat), regla que se apoya en el argumento de que, si el testador conocía bien los deseos e intereses de los herederos, mejor aún los conocerán estos.

En los casos reales que enseguida se expondrán, lo que inclina a los otorgantes a formalizar un pacto sucesorio —sea este de institución de heredero, de atribución particular o de sobrevivencia— es su irrevocabilidad.

En efecto, una vez que dos o más personas se han comprometido a una determinada conducta, lo acordado sólo puede modificarse concurriendo la voluntad de las mismas personas que otorgaron el contrato inicial, reglam general («[l]a validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes» art. 1256 CC—) que tiene su

manifestación concreta en el art. 431-12 CCCat, según el cual «[e]l pacto sucesorio y las disposiciones que contiene se pueden modificar y dejar sin efecto mediante el acuerdo de los otorgantes formalizado en escritura pública».

Esto es lo esencial, el arco de bóveda de la sucesión contractual: todas las expectativas que puede cubrir, los intereses que es capaz de satisfacer o las precauciones a que puede atender tendrán siempre, como denominador común, que aquello que se está pactando no tiene marcha atrás.

### 1.1.2. Dos cautelas especiales por tratarse de una disposición irrevocable: la capacidad y la forma

Precisamente por lo anterior —la irrevocabilidad— la sucesión contractual presenta, frente a la unipersonal (testamentaria), dos particularidades que la hacen más exigente y más rígida: la capacidad y la forma.

En lo referente a la capacidad, para ser otorgante *disponente* de un pacto sucesorio es indispensable la mayoría de edad (art. 431-4 CCCat), condición que, como sabemos, no se exige en el testamento, para el cual son suficientes los catorce años (art. 421-4 CCCat), salvo para el ológrafo, en el que es necesario que el otorgante sea mayor de edad o menor emancipado (art. 421-7.1 CCCat), posibilidad esta última —la del emancipado— que no rige para el pacto sucesorio.

La razón de la diferencia radica, precisamente, en la irrevocabilidad del pacto, que supone que, desde el momento del otorgamiento, surgen limitaciones y restricciones (en particular, prohibiciones de disponer): el disponente (art. 431-4 CCCat) asume compromisos de eficacia actual que no tienen marcha atrás y que impiden, a partir de la formalización del contrato, enajenaciones —todas o algunas, dependiendo de la modalidad— a favor de terceras personas si no es con el consentimiento de los demás otorgantes (arts. 431-25, 2 y 3; art. 431-30 CCCat),

Tales restricciones, eficaces desde el otorgamiento, por principio, no pueden ser materia de testamento, cuyos efectos quedan diferidos, en todo caso, al momento de la muerte del otorgante: las disposiciones testamentarias, por esencia, jamás podrán perjudicar al futuro causante, cosa que, sin embargo, puede ocurrir con un pacto sucesorio. No olvidemos, por otra parte, la idea —al menos, la tradicional, que comparto— de que las normas sobre capacidad están pensadas, sobretodo, para proteger al propio incapaz.

En relación a la forma del negocio jurídico *mortis causa*, casi todas las legislaciones admiten el testamento en documento privado: el conocido testamento ológrafo o manuscrito...Sometido, sí, a férreos requisitos formales; pero documento privado, al fin y al cabo.

Esta posibilidad no se admite en el pacto sucesorio, siempre sujeto, sin excepción, a la exigencia, como requisito *ad solemnitatem*, a escritura pública (art. 431- 7 CCCat).

No es una excentricidad, ni un capricho. Como sabemos, nuestro ordenamiento jurídico en muy pocos casos se aparta del principio espiritualista que consagra la libertad de forma (artículo 1278 CC). Pero si nos detenemos en rastrear el denominador común de esos supuestos excepcionales encontraremos la idea de irrevocabilidad —compromiso sin posibilidad de deshacer el vínculo— unida a la de una actual o eventual disposición gratuita u onerosa en posible perjuicio del disponente.

Ambos elementos concurren en la donación de inmuebles (arts. 531-8 y 531-12 CCCat); en las capitulaciones matrimoniales (arts. 231-23 y 231-22), pues dependiendo de las rentas de cada cónyuge, acordar someterse a gananciales o a separación de bienes puede suponer un grave perjuicio para uno de ellos; poderes para el caso de incapacidad (artículo 222-2 CCCat); y pactos en previsión de ruptura matrimonial (art. 231-20 CCCat) o de unión estable de pareja (art. 234-5 CCCat) o renuncia a la herencia (art. 461-1 CCCat).

La exigencia de la escritura como elemento esencial nos lleva a la siguiente conclusión: si desde el nacimiento del negocio jurídico —por ejemplo, el pacto sucesorio— no se observa esa formalidad, el negocio jurídico no ha visto la luz, y en consecuencia, no es válido ni eficaz, y *sin que quepa acudir* —esta idea es crucial— a la facultad atribuida por el art. 1279 CC, consistente en que si la ley exige la escritura para hacer efectivos los derechos u obligaciones derivados del negocio jurídico, los otorgantes podrán compelerse —incluido por vía judicial, por supuesto— recíprocamente a elevarlo a público. Por tanto, este derecho no existe cuando la forma es *ad solemnitatem*, de manera que un donatario no podrá blandir un documento privado «de donación» (entre comillas) de inmueble para obligar al donante a que lo eleve a escritura pública. De la misma forma, un beneficiado por un «pacto sucesorio» (también entre comillas) formalizado en documento privado, no podrá exigir, nunca, su conversión en escritura. Esa donación, como ese pacto, *no es nada*, por no concurrir, en el mismo momento de su gestación, el control que el legislador considera obligado, de manera inexcusable, por parte de un funcionario —el notario—.

### **1.1.3. Conveniencia u oportunidad de su otorgamiento: intereses a que puede atender el pacto sucesorio**

Todos los supuestos que a continuación se exponen son casos reales vividos en la notaría.

#### **Hijo continuador de empresa ganadera**

Comparece en el despacho un joven ganadero de treinta y cinco años de una población de la comarca de la Selva, en Girona. Me informa de que, desde hace siete, es el único hijo, de tres, que continúa la explotación de su padre. Se ha casado hace dos años y reside en una de las dos viviendas que se integran en el complejo de la industria pecuaria.

Cuando contrajo matrimonio, su padre manifestó su voluntad de instituirle heredero y, al efecto, otorgar el correspondiente testamento. Los otros dos hermanos, según sus manifestaciones, tenían su vida profesional solucionada, tras una considerable ayuda económica de sus padres.

Sin embargo, el compareciente, que ahora dedica todo su tiempo, esfuerzo y dinero a la explotación —y que constituye, por tanto, su medio de vida— ve con suspicacia el testamento: tiene miedo a que un cambio de voluntad de su padre provoque que él —y, en su caso, su cónyuge, y sus hijos— se queden sin aquella, todavía de titularidad de su padre.

Se le sugiere el pacto sucesorio, que puede ser de atribución particular o de institución. Optan por el de atribución particular, designándose no solo al hijo sino también a la nuera (y sustitutos vulgares, los hijos), pero introduciéndose como causa de resolución de la atribución a aquella, la crisis matrimonial (separación —judicial o de hecho—, nulidad, divorcio) entre ella y el hijo.

Simultáneamente, el padre otorga testamento en el que instituye herederos a los tres hijos, sustituidos por sus descendientes.

Interés protegido o fin perseguido, gracias a la irrevocabilidad: el mantenimiento de la empresa familiar, con garantía para el hijo de que, fallecido el padre, será sucesor en la explotación.

#### **Madre viuda con cuatro hijos ya mayores**

Una señora de ochenta años, con plenas facultades mentales, y con cuatro hijos, dispone de un patrimonio dinerario considerable Y una vivienda grande en el Ensanche de Barcelona.

Tres de sus hijos son pequeños empresarios con la vida encauzada. El cuarto, con titulación universitaria, no tiene oficio ni beneficio. No ha trabajado nunca, ni parece en disposición de que lo hará algún día: es perezoso y carente de arranque. Ha vivido siempre con la madre; y *de* la madre.

No obstante, ella no está dispuesta a que este aprovechamiento continúe más allá de la muerte, al menos con ventaja respecto a sus hermanos. Por eso otorgó, ya hace años —cuando enviudó—, testamento. Pero sabe — es algo que todos suelen tener claro— que el testamento siempre puede modificarse; y que el único que produce efectos es el último...Teme, pues, que su hijo, que la conoce bien y al que conoce bien, la manipule, convenza y presione para otorgar nuevo testamento a su favor; introduciendo, como poco, un legado importante a su favor, sea de dinero o de la vivienda.

Decide designar herederos, por vía contractual, a sus cuatro hijos. Sabe que, una vez otorgado el pacto, podrá disponer de sus bienes a título oneroso, pero no gratuito (artículo 431-25.1 CCCat). El hijo que convive con ella, sin embargo, se niega a firmar el pacto. Este se acaba celebrando, y concurren, como otorgantes, la madre y los tres hijos restantes. Y, como favorecido no otorgante, el cuarto hijo. A su vez, los cuatro hijos son sustituidos por sus descendientes.

Configurado así el contrato, hasta el fallecimiento de la disponente, con el concurso de los otorgantes, podrá modificarse o revocarse la atribución que se le ha hecho al cuarto hijo en el contrato sucesorio. En realidad, al no haber participado, su posición queda en el aire, pues podrá alterarse su participación sin su consentimiento.

Una vez fallecida la madre, no será necesaria la aceptación por parte de los hijos otorgantes, pues ya han aceptado, si bien podrán acogerse al beneficio de inventario (art. 431-28 CCCat); y sí será necesaria la aceptación del cuarto hijo, pues no concurrió al otorgamiento.

El objetivo perseguido por los otorgantes, en este caso, radica en enervar el riesgo de captación de voluntad de la disponente por persona próxima, siendo uno de los fines de los que con más frecuencia se atribuyen al pacto sucesorio: en el caso concreto, hay que subrayar que la iniciativa, la solicitud para preparar el pacto sucesorio, procede de la propia disponente que, temiendo su futura vulnerabilidad, decide autoprotgerse, blindando su voluntad y dejándola al abrigo de futuros influjos.

### Cónyuges casados en segundas nupcias con hijos no comunes

En este caso, comparecen dos cónyuges que ya han estado casados anteriormente —con terceros—, y tienen cada uno de ellos dos hijos de su anterior relación.

Su idea es otorgar testamento ordinario: instituirse recíprocamente con una sustitución vulgar a favor de los cuatro hijos por partes iguales, como si fueran hijos comunes (es decir, el testamento ordinario entre matrimonios bien avenidos con hijos de ambos).

Se les informa de que, fallecido uno de los cónyuges, el otro puede modificar el testamento e instituir herederos sólo a sus propios hijos —los del sobreviviente—. Hay obligación por parte del notario —y de cualquier otro asesor jurídico— de explicar con claridad cómo funciona la sustitución vulgar: se piensa, a veces, que el sustituto vulgar es una suerte de sustituto fideicomisario, de manera que, por estar citado en el testamento, es titular de algún derecho o expectativa. Y no olvidemos que, una vez que el primer heredero ha aceptado la herencia, la sustitución vulgar jamás tendrá efectos: es papel mojado. De manera que tales sustitutos sólo serán herederos si, abierta la segunda sucesión —la del cónyuge sobreviviente— este no ha alterado el testamento. Pero si ese testamento inicial ha sido modificado, designando el cónyuge sobreviviente solo a sus propios hijos, los del cónyuge premuerto verán limitados sus derechos a la legítima del primer causante (su padre o madre), con el agravante de que ha podido prescribir el plazo de diez años previsto en el artículo 451-27 CCCat.

Recordemos que, en el derecho catalán, que ha eliminado toda reversión o reserva (art. 411-8 CCCat), no existe la reserva viudal a favor de los hijos del cónyuge primeramente fallecido, figura que sí se mantiene en el derecho común (artículos 968 a 980 del Cc).

Estos casos pueden encauzarse también mediante el fideicomiso de residuo, y así se les propone. De manera que el cónyuge sobreviviente es heredero fiduciario y goza de importantes facultades (426-52 CCCat), pero no ilimitadas, pues solo podrá realizar los siguientes actos:

- a) «Enajenar, gravar o disponer de otra forma de los bienes fideicomisos y de sus subrogados, libres del fideicomiso, por actos entre vivos a título oneroso. Y,
- b) transformar, emplear o consumir los bienes fideicomisos y sus subrogados a fin de satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin tener que reponerlos».



No olvidemos, sin embargo, que el heredero gravado con esta sustitución es titular de un doble patrimonio, el suyo y el fideicomitado, con las dificultades que ello puede comportar (respecto al fideicomitado, actúa la subrogación real, en beneficio de los sustitutos), pues siempre habrá que determinar si aquello de lo que dispone es suyo o del cónyuge premuerto. Con su patrimonio hará lo que quiera. Con el fideicomitado, no.

No convencidos totalmente de la figura del fideicomiso, se les propone el pacto sucesorio de institución (heredamiento), que puede mejorar a aquel. Las facultades (legales) del primer heredero son similares pues (art. 431-25 CCCat) «[e]l heredamiento simple, así como el cumulativo respecto a los bienes exceptuados de la adquisición de presente y a los adquiridos posteriormente por el heredante, no limitan la facultad de este para disponer de sus bienes a título oneroso entre vivos». Eso sí, conviene significar en el pacto que, habiendo heredado el superviviente, sus facultades serán las mismas en relación a su patrimonio y el heredado, de forma que todo será uno, sometido al mismo régimen en beneficio de los siguientes favorecidos, los cuatro sustitutos vulgares.

El interés protegido o fin perseguido en este caso radica en dar un trato igualitario a hijos (o parientes) no comunes, sin riesgo de que la revocabilidad del testamento frustre dicha igualdad.

## Padre con dos hijos discapacitados

En este caso, comparece en la notaría un padre, de setenta y cinco años, viudo y con tres hijos: uno capaz, funcionario, con la vida encauzada; los otros dos, discapacitados psíquicos y físicos. Y con la capacidad modificada judicialmente.

Estos dos últimos están siendo atendidos y cuidados, desde hace seis años, por una fundación asistencial de carácter mixto (pública y privada), de forma domiciliaria, en la propia casa del padre, lo cual —es algo que no se cuestiona— resulta beneficioso para ellos, que se mantienen en su hábitat; y también para la fundación, que no ha utilizar sus propias instalaciones, dejando dos plazas vacantes para otras personas que no dispongan de domicilio apto para residir. Me visita en la notaría la directora y me comenta que las condiciones de habitabilidad de la vivienda no son buenas; y que la institución a la que representa está dispuesta a afrontar, a su cargo, una serie de obras (instalación de ascensor, reforma de los cuartos de baño, modernización de la cocina); pero siempre y cuando exista la garantía de que los dos hijos discapacitados serán, en el futuro, los titulares de la vivienda, lo cual asegurará el mantenimiento de la

asistencia en la forma que actualmente se desempeña. Idea que el padre comparte: de hecho, así lo tiene recogido en su testamento, que incluye un legado de la casa, en proindiviso, a favor de esos dos hijos, siendo heredero su otro hijo.

La fundación, me dice la directora —lo tiene muy claro— no afrontará las obras mientras no se realice una atribución irrevocable a favor de los dos mencionados hijos, quedando dicha disposición blindada ante posibles cambios de voluntad del propietario —el padre—.

Redactamos, entonces, un pacto de atribución particular sobre esta vivienda a favor de sus dos hijos discapacitados. Como ninguno de ellos puede intervenir por sí mismo, en el pacto interviene, en su nombre, el representante legal (art. 431-4 CCCat), que es el padre. Dado que se trata de un contrato en el que ambos discapacitados tienen solo la condición de favorecidos y no les es impuesta ninguna carga (art.431-4 CCCat), no es necesaria la autorización judicial (arts. 236-27 y 461-9 CCCat) o la alternativa que pueden prestar los parientes (art. 236-30 CCCat).

Con todo, se nos plantea la concurrencia de un eventual conflicto de intereses que nos obligue a reclamar un defensor judicial (art. 236-20 CCCat). Aunque el perjuicio eventual para los beneficiarios es prácticamente nulo, la precaución nos lleva a solicitar al juez la designación de un defensor, nombramiento que recae sobre un amigo de la familia. Cuatro meses después de la visita de la directora, se otorga el pacto sucesorio a favor de los dos hijos, con sustitución ejemplar, a favor del tercer hijo. Simultáneamente, el disponente formaliza su testamento en el que designa heredero a este último hijo, sustituido por sus descendientes.

Una de las particularidades que ofrece este caso radica en que es una tercera persona (la fundación) ajena al pacto, la que insta su celebración.

El interés protegido o fin perseguido consiste en asegurar de forma irrevocable la sucesión de discapacitados que requieren cuidados especiales.

### **Hermanas donantes de un tercer hermano. La madre compensa la donación**

Este supuesto está protagonizado por tres hermanos, dos mujeres y un varón. Uno de ellos, profesional en apuradísima situación por la crisis del sector de la construcción acaecida a partir del año 2008, solicita ayuda a sus hermanas. Ayuda que consistirá en donarle una cantidad de dinero con la que cancelar una póliza de crédito ya vencida y exigible, a la que de ninguna manera puede hacer frente, y cuyo acreedor ha iniciado los trámites judiciales de reclamación, con embargo de su vivienda.

Las hermanas están dispuestas a ayudarle, sufragando íntegramente la deuda; pero quieren garantías de compensación futura. El hermano no puede aportar ni una cosa ni la otra. Pero se les ocurre la idea de que entre en juego la —eventual— futura herencia de su madre, ya viuda. Así que le proponen que modifique el testamento, en el que están los tres instituidos herederos y les haga un prelegado, consistente en un inmueble situado en Zaragoza, a las dos hijas, a cambio de la donación de estas a su hermano.

La madre se aviene a modificar el testamento...Pero a las hermanas cedentes les surgen las dudas: el testamento es revocable —la donación que ellos realizan, no—, por lo que si su madre cambia el testamento, su compensación podrá volatilizarse. Así que comparecen en la notaría consultando acerca de la posibilidad de atribuir a este prelegado el carácter de irrevocable, lo cual, se les informa, se consigue transformando el mismo en una atribución particular sobre el inmueble citado. El pacto sucesorio a favor de las hijas se celebra simultáneamente a la entrega del dinero, a título de donación —hubo que prever los impuestos correspondientes— que las hermanas realizaron a favor de su hermano.

Obsérvese que aquí la persona más interesada en el pacto, el hijo deudor, el que gracias al contrato sucesorio verá amortizada su deuda, no solo no es otorgante, sino ni siquiera favorecido...Salvo por la vía oblicua de obtener el dinero que necesitaba. Asimismo, la disponente —la madre— resuelve un problema siendo, totalmente ajena a la relación jurídica que provoca el otorgamiento (la donación).

La operación no deja de asemejarse al pago de una deuda hecho por terceros las hermanas (art. 1158), cuya recuperación no se obtiene ni de manera inmediata (queda aplazada al tiempo del fallecimiento), ni del deudor (el hermano), sino por un tercero, que es la madre (de nuevo, 1158).

Interés protegido o fin perseguido: proporcionar una compensación a quien satisface una deuda ajena.

## **1.2. La doctrina de la DG y la Jurisprudencia sobre los pactos sucesorios y de sobrevivencia**

### **1.2.1. Los pactos de sobrevivencia**

#### **La renunciabilidad del pacto de sobrevivencia**

El pacto de supervivencia no está regulado en el libro IV, sino en el libro II (artículos 231-15 y siguientes) del CCCat, en atención a que su formalización está limitada a los cónyuges o convivientes. No obstante, tampoco los pactos sucesorios regulados en el libro IV pueden solemnizarse extramuros de la familia. A la postre, la ubicación sistemática no deja de tener cierto componente aleatorio; y, en este caso, muy acorde con la tradición.

En cualquier caso, por sus efectos, el pacto de sobrevivencia es de carácter sucesorio. En su virtud, los cónyuges o los miembros de las uniones estables de pareja, al tiempo de adquirir un objeto en proindiviso, pactan que, al fallecimiento del primero, su cuota corresponderá al sobreviviente, con independencia del destino del resto de los bienes, de acuerdo con el título sucesorio, sea este un pacto —que no haya revocado el pacto de sobrevivencia—, el testamento, o la declaración de herederos.

Hay, con todo, una diferencia entre este pacto y el de atribución particular: mientras que este no permite la renuncia —salvo que explícitamente, se hubiese incorporado al propio contrato, en virtud del principio de libertad civil: artículos 111-6 CCCat— la ejecución del de supervivencia es susceptible de ser renunciada (artículo 231-18 CCCat).

La resolución de la DGEJ 3 de octubre de 2011[DOGC núm. 6013, de 25.11.2011] abordó el siguiente problema: la viuda, designada heredera en el testamento, renunció a la herencia, abriéndose la delación a favor de los sustitutos vulgares, que eran sus tres hijos. Frente a la nota de calificación, que aduce la necesidad de renunciar, en su caso, al pacto de sobrevivencia, el notario alega que la no mención implicaba renuncia tácita de la viuda a la ejecución del mismo.

Sin embargo, la DGEJ entiende que para considerar eficaz una renuncia —si quiera tácitamente— es indispensable tener conocimiento de aquello a lo que se renuncia. Y, en la escritura, en ningún momento había rastro del pacto de sobrevivencia —ni siquiera en el apartado cargas, tras la descripción de la finca—: en consecuencia, no se puede aceptar una renuncia implícita o tácita, porque ni la titular del derecho (la viuda) ni los hijos eran conscientes de la existencia de dicho contrato.

## El problema de la separación de hecho en los pactos de sobrevivencia

Como es sabido, tras la aprobación del libro II del CCCat, este pacto es susceptible de ser acordado no solo por los cónyuges, sino también por aquellas personas que están vinculadas en relación de afectividad análoga a la conyugal (uniones estables de pareja)

La resolución de la DGEJ de 24 de enero de 2018 [JUS/126/2018; DOGC núm 7553, de 7.2.201] atendió un supuesto en el que, amén de la dificultad que puede plantear la separación de hecho como elemento determinante de la ineficacia del pacto de supervivencia —y de los demás pactos sucesorios, había involucrado un elemento de derecho internacional privado.

Los otorgantes habían adquirido el inmueble con pacto de sobrevivencia por ser pareja de hecho, pero sin que quedase claro cuál era el régimen al que la pareja estaba sometida: ambos eran de nacionalidad francesa y residían en Francia. Ni en la escritura, ni en la inscripción, se indicó cuál era la ley aplicable. Con posterioridad, se presentó en el registro una escritura unilateral, formalizada por uno solo de los integrantes de la pareja, en la que, de acuerdo con el artículo 234-4 CCCat, se declaraba la extinción de la misma, acreditándose, asimismo, la notificación de su otorgamiento al otro integrante de la pareja. (Ojo a una confusión habitual: existe la posibilidad —art. 234-4d CCCat— de extinguir la unión estable de pareja unilateralmente, y sin necesidad de comunicación al otro integrante. De hecho, notarialmente, es una vía muy utilizada, y que accede al registro de uniones estables de pareja).

Presentada la escritura en el registro de la propiedad, el registrador aplica la regla general prevista para la cancelación de los asientos en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, exigiendo, por tanto, la concurrencia de ambos titulares registrales, o en su caso, la correspondiente resolución judicial. La DG da la razón al registrador: de acuerdo con los principios rectores de nuestro derecho internacional privado todo parece indicar que la unión estable de pareja de los adquirentes estaba sometida al derecho francés, por lo que —concluye la DG— debe acreditarse, de acuerdo con las normas francesas reguladoras de la pareja de hecho, si la extinción formalizada por uno de los integrantes está prevista en la legislación francesa como causa de disolución de aquella. Aun cuando estas consideraciones son anteriores a la entrada en vigor del Reglamento Europeo de Uniones Registradas de 2016, lo cierto es que, tras su vigencia, a falta de elección por los interesados, la solución sería la misma: en defecto de una sujeción especial, se aplica la ley del lugar de residencia.

En consecuencia, debería acreditarse —eso sostiene la registradora y la DG— que el derecho francés prevé como causa de extinción la declaración unilateral con comunicación al otro integrante, que es el procedimiento que siguió la solicitante de la cancelación.

Tras obtener esa respuesta, el notario recurrente insistió, presentando al registro de la propiedad varios documentos franceses acreditativos de que los integrantes de la pareja estaban separados de hecho. La negativa del registrador —basada en los mismos argumentos esgrimidos en su inicial calificación— provoca un nuevo recurso, que la lugar a la resolución de 30 de julio de 2018 [JUS/1857/2018; DOGC núm. 7680, de 7.8.2018] que mantiene intacta su doctrina: no se trataba de acreditar que los miembros de la pareja estaban separados —hecho que ahora se prueba— sino si la mera voluntad de uno es suficiente, de acuerdo con la ley francesa, para declarar extinguida la pareja de hecho, extremo que posibilitaría que la cancelación del pacto de sobrevivencia pudiera practicarse por el solo consentimiento de uno de los otorgantes.

La DG, además, sostiene la naturaleza sucesoria del pacto de sobrevivencia, frente a las alegaciones de Notario, que lo considera de carácter familiar. Del mismo, deduce el fedatario una eventual entrada del orden público internacional, que impida la aplicación de una ley extranjera que no permita la extinción de la pareja —como sí lo hace el CCCat— por la mera voluntad de uno de sus integrantes cuando se ha producido una quiebra de la confianza entre ellos.

La DG —sin mucho convencimiento— señala que la cuestión del orden público debe ser decidida por los tribunales. Y reitera que la materia debe regirse no por la norma conflictual de derecho de familia, sino por el artículo 9.8 Cc., referente a la sucesión mortis causa. Con todo, en este punto, Miriam Anderson [Indret, 1/2019], citando a la registradora María Tenza, entiende, con razón, que, dado que el caso se producía ya vigente (desde el 17 de agosto de 2015) el Reglamento Sucesorio Europeo, de 4 de julio de 2012, la ley aplicable no vendría determinada por la nacionalidad (9.8 Cc), sino por la residencia de los otorgantes (artículo 21 del RSE). El resultado, con todo, sería el mismo: los otorgantes del pacto residían en Francia.

### 1.2.2. Prevalencia del heredamiento sobre el testamento

Por su parte, la RDGEJ de 6 de octubre de 2021 [JUS/3096/2021; DOGC 8528, de 22.10.2021] resuelve un caso que, seguramente, no tendría que haberse planteado.

En el supuesto de hecho, la registradora no practica la inscripción de unas atribuciones derivadas de un pacto sucesorio con institución de heredero, pues había un testamento posterior; y, dice la registradora, dado que el testamento es un título válido, debe resolverse la prioridad entre ellos por los tribunales de justicia.

La resolución, ante lo evidente, no complica la respuesta: *In claris non fit interpretatio*. La jerarquía entre títulos sucesorios es nítida, de acuerdo con el art. 411-3 CCCat. La ineficacia de un testamento *posterior*, por existir un pacto sucesorio previo, no impide calificar a aquel de título formalmente válido y correctamente autorizado, sino que, sencillamente, *ex lege*, la existencia de un heredamiento anterior le priva de eficacia. En efecto: un heredamiento posterior *revoca* el testamento anterior. Y un heredamiento anterior no puede ser *revocado* por un testamento posterior. El pacto sucesorio, dada su irrevocabilidad, deviene hermético y queda blindado respecto a eventuales modificaciones unilaterales; salvo, como la propia resolución indica, que el propio pacto sucesorio —la autonomía de la voluntad todo lo permite— se haya previsto la posible modificación por parte del disponente, bien por ser preventivo (revocable por testamento), bien por reservarse aquel la facultad de disponer de ciertos bienes.

### 1.2.3. Pacto sucesorio y derechos de adquisición preferente

Por su parte, la resolución de la DGEJ 6 de octubre de 2021 [JUS/3096/2021; DOGC núm.8528, de 22.10.2021] se refiere solo de modo tangencial a los pactos sucesorios: analiza si un derecho de adquisición preferente establecido en un pacto de atribución particular por el disponente se aplica solo a la venta —supuesto previsto literalmente en dicho pacto— o cabe la posibilidad de extenderlo al supuesto de aportación a la sociedad. Como en otras ocasiones, la DG se inclina por no ceñir este derecho de adquisición preferente a las transmisiones a título de compraventa, considerando que debe reconocerse también en las demás transmisiones a título oneroso: la regla de que las restricciones o gravámenes en las disposiciones sucesorias deben interpretarse en sentido estricto no se impone sobre la voluntad del disponente (art. 421-6.3 CCCat).

#### 1.2.4. Pacto sucesorio y crisis matrimonial

La sentencia de 5 de noviembre de 2020 de la sección 11, en la Audiencia de Barcelona [Número de Resolución: 413/2020. Ponente: Gonzalo Ferrer Amigo], resuelve un caso aparentemente sencillo. El juzgado de instancia, ante la demanda, por parte de uno de los cónyuges, cuyo matrimonio había sido disuelto por divorcio, declara extinguido un pacto de atribución particular que habían formalizado ambos. Sin embargo, el otro cónyuge sostiene su irrevocabilidad, entendiendo que la finalidad del pacto era la transmisión del patrimonio familiar a los descendientes comunes. La Audiencia, sin embargo, subraya dos elementos relevantes que desvirtúan la pretendida transmisión del patrimonio a las hijas como objetivo esencial del pacto: el primero, el carácter de cónyuges de los otorgantes, que convivían juntos y eran los destinatarios finales de los bienes que componen la atribución particular; y, segundo, la posibilidad de libre disposición del superviviente antes de la transmisión a las hijas, extremos que, a juicio del tribunal, suponen que el divorcio entre los otorgantes se imponga —como causante de la extinción— sobre la pretendida vocación familiar, que avalaría su eventual subsistencia.

A tal efecto, la Audiencia invoca el artículo 431-17.2 CCCat, que establece que los pactos sucesorios hechos a favor del cónyuge o conviviente en pareja estable o de los parientes de estos, devienen ineficaces en los supuestos establecidos por el artículo 422-13.1,2 y 4 (hipótesis todas ellas de crisis matrimonial o de pareja), salvo que se haya convenido lo contrario, o ello resulte del contexto del pacto. Sin embargo, en ningún momento, ni del tenor del contrato ni de las circunstancias que lo rodean, se desprende la voluntad de los otorgantes de mantener su vigencia en los supuestos de crisis matrimonial.

#### 1.2.5. Pactos sucesorios y legítima

La sentencia de 22 de septiembre de 2015, de la sección 1, en la Audiencia de Barcelona [N. Resolución: 400/2015. Ponente: Dolors Portella Lluch] afronta el problema de determinar si la cuota indivisa de uno de los cónyuges —el fallecido— adquirido en su día con sujeción al pacto de sobrevivencia, se integra en la herencia a efectos del cálculo de la legítima.

La cuestión estaba solucionada por el artículo 44.3 del código de familia (Ley 9/1998), norma que, por derecho transitorio, correspondía aplicar, y



según la cual «[e]n los bienes comprados por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia, la adquisición de la participación del premuerto se ha de computar en la herencia de este, los efectos del cálculo de la legítima, y, si es el caso, se ha de imputar en pago a cuenta de la cuarta vidual».

Este es, hoy, el tenor literal del actual artículo 231-15.3 CCCat. Se trata, pues, de un supuesto que directamente se resuelve aplicando el texto legal sin necesidad, salvo de *lege ferenda*, de consideraciones, doctrinales ni jurisprudenciales.

Sí hay que decir que está extendida la creencia de que los pactos sucesorios y el pacto de sobrevivencia pueden ser mecanismos de elusión legal de la legítima. Procede, pues, una labor didáctica en el sentido: que los bienes sujetos a unos y otro se computan siempre a efectos del cálculo de aquella.

Una puntualización: no son computables, sin embargo, los bienes objeto de pacto sucesorio de atribución particular, con transmisión actual de bienes, si el mismo se ha formalizado con una antelación superior a diez años, respecto al fallecimiento del causante, y sin que hayan sido declarados imputables por este: como sabemos, tales pactos son donaciones, y quedan sometidos a su régimen jurídico (artículo 431-30.3 del CCCat).

## **2. La sucesión intestada**

### **2.1. Acreditación de la existencia de unión estable de pareja o de la separación de hecho**

Como sabemos, el CCCat atribuye exactamente los mismos derechos sucesorios a la unión estable de pareja y al cónyuge sobreviviente. Lo cual plantea, a la hora de formalizar declaraciones de herederos, una serie de problemas (también soluciones). Veamos algunos casos.

#### **2.1.1. Acreditación de la pareja de hecho**

De acuerdo con el artículo 234-1 CCCat, la unión estable de pareja existe, bien cuando se ha formalizado en escritura pública; bien por la convivencia *more uxorio* de dos años ininterrumpidos; bien por la convivencia, sin sujeción a plazo, pero con existencia de un hijo común.

La escritura pública ofrece pocos problemas. Y, aun cuando existe en Cataluña un registro de parejas de hecho [Orden JUS/44/2017, de 28 de marzo, por la que se aprueba el Reglamento del Registro de parejas

estables de Cataluña], la inscripción no es constitutiva, por lo que, para su acreditación, es suficiente la exhibición de la copia auténtica.

Cosa distinta es la subsistencia de esa pareja a la fecha del fallecimiento: en principio, debe presumirse (de la misma manera que se presume la subsistencia de los efectos del matrimonio, mientras no se acredite el divorcio, la separación judicial, la nulidad o la separación de hecho); pero tanto el requirente —sea o no el conviviente—, como los testigos (indispensables al menos dos en toda declaración de herederos: artículo 56 de la Ley del Notariado y artículo 209 bis del Reglamento Notarial) deben declarar, explícitamente, que, al tiempo del fallecimiento, la pareja subsistía.

Consideraciones análogas pueden hacerse para el caso de un hijo en común —fácil de acreditar—, si bien deberá demostrarse, mediante las declaraciones de testigos y otros medios de prueba a que enseguida nos referiremos la existencia de la convivencia (puede haber habido hijo común sin convivencia), así como su subsistencia de la misma a la fecha de la defunción

En el caso de mera convivencia, es decir, sin escritura, ni hijo en común, la prueba debe ser más cumplida.

De acuerdo con las normas citadas (artículos 56 LN y 209 bis RN), se admiten todo tipo de pruebas. Entre las documentales, aunque el certificado de empadronamiento tiene una especial relevancia, lo cierto es que no es, ni debe ser, la única vía de acreditación: entre otras razones, porque el hecho de que dos personas vivan juntas no quiere decir que lo hagan en una relación de afectividad análoga a la conyugal. O que está no haya cesado. No olvidemos, como puntualizaba hasta no hace mucho el CC español, que el cese efectivo de la convivencia conyugal (aquí, de la pareja no casada) «es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso... correspondiente» (art.87 párrafo primero CC, previo a la reforma operada por la Ley 15/2005. No hay óbice para seguir considerando muy fundada esa afirmación: la realidad así lo certifica).

Y, viceversa: es posible que dos personas tengan una convivencia *more uxorio* y, sin embargo, vivan en diferentes domicilios: en particular, en aquellos casos en los que deban residir en ciudades diferentes, por razones laborales, profesionales o familiares (por ejemplo, cuidar a un progenitor).

Así que, además del certificado de empadronamiento —tampoco indispensable: un medio más— cabe la posibilidad de presentar otras pruebas como el DNI o NIE del que resulta el mismo domicilio; el contrato de arrendamiento en el que ambos son los inquilinos; cuentas corrientes conjuntas; viajes; fotografías; copropiedades. Siempre ratificadas por las manifestaciones testificales.

Este fue el caso de la sentencia de 4 de noviembre de 2021, de la sección 17, de la Audiencia de Barcelona [Número de resolución: 436/2021. Ponente: Ester Vidal Carou], que ratifica la del juzgado de instancia. La resolución subraya que no es indispensable que los integrantes de la unión estable de pareja vivan juntos de manera permanente, sino que «como convivencia de vida análoga a la matrimonial hemos entendido la existencia de relaciones afectivas entre dos personas cristalizadas en un cierto compromiso materializado en un proyecto de vida en común, que, aunque no pasa necesariamente por el establecimiento de un único y común domicilio, sí ha de tener como hilo conductor la ayuda, soporte y responsabilidad mutua y reunir el grado de estabilidad, de intimidad, de comunicación, de afectos, intereses y de publicidad parangonables con la convivencia matrimonial» (fundamento jurídico 3).

En el supuesto de hecho, el recurso lo presentan los hijos del causante. La sobreviviente estaba empadronada en Madrid, pero frecuentaba Barcelona, hasta el punto de que residía más tiempo en esta última ciudad. La sentencia considera acreditado este extremo, así como que en algunos de los viajes a Madrid iba acompañada del causante. Asimismo, destaca la estrecha relación que mantenía la sobreviviente con los padres de su pareja, lo cual no podía ser explicado si hubiera visitado Barcelona de forma esporádica.

Esta resolución reviste importancia, entre otras muchas cosas, por relativizar los efectos del certificado de empadronamiento, dulcificando el carácter sacramental que últimamente se le atribuye: existen otros medios de prueba.

El tribunal, a la postre, subraya es que cabe la posibilidad de que dos personas sean pareja de hecho si mantienen una relación de afectividad análoga a la conyugal, aunque no vivan todo el tiempo juntas, circunstancia que también concurre en algunos matrimonios.

Desde luego, simplifica la acreditación de la pareja o convivencia el hecho de que concurran al requerimiento de la declaración de herederos los eventuales perjudicados por la subsistencia de aquella: hijos o descendientes del causante, primeros en la línea sucesoria —arts 442-1 y

442-2 CCCat— que habrán de soportar el usufructo universal del mismo; o los llamados, en defecto de hijos y descendientes, y de pareja de hecho, que entrarían cómo herederos: ascendientes o colaterales. Esa manifestación será determinante: son los «damnificados» por la concurrencia de la pareja, por lo que su declaración adquiere el carácter de confesión: (la *summa probatio*).

No obstante, la ausencia de las manifestaciones de estas personas no determina que no pueda declararse la notoriedad (de que la pareja existía al fallecimiento): el propio conviviente, si ofrece un sólido principio de prueba, está legitimado para formalizar el acta de declaración de herederos. Incluso sin intervención de los hijos; sin perjuicio, como es natural, de que los mismos puedan utilizar la vía prevista en el art. 56.3.3 LN, pues el notario hará «constar en el acta la reserva del derecho a ejercitar su pretensión ante los Tribunales de los que no hubieran acreditado a juicio del Notario su derecho a la herencia y de los que no hubieran podido ser localizados. También quienes se consideren perjudicados en su derecho podrán acudir al proceso declarativo que corresponda.»

### **2.1.2. La separación de hecho, en la pareja matrimonial o no matrimonial**

El reverso de la existencia y subsistencia de la pareja de hecho es, precisamente, la separación de hecho. Si existe constancia de que aquella se constituyó, y se aduce la separación, deberá acreditarse la misma, mediante las pruebas opuestas a las de la convivencia: certificados de empadronamiento en lugares distintos (lo cual, de acuerdo con lo que antes hemos expuesto, tampoco sería determinante); eventuales relaciones con otras personas; y, por supuesto, las manifestaciones testificales de familiares, amigos o vecinos.

Al respecto, no olvidemos que los testigos podrán «ser, en su caso, parientes del fallecido, sea por consanguinidad o afinidad, cuando no tengan interés directo en la sucesión» (artículo 56.2.1 LN).

Salgamos al paso de la idea que considera que no pueden ser testigos, cualquiera que sea la naturaleza de estos, los familiares. Debe quedar claro que, en cuestiones notariales, la prohibición de que los familiares actúen como testigos, afecta especialmente a los llamados *instrumentales*; es decir, aquellos que concurren, sin más, a la solemnización o formalización del acto (por ejemplo, en un testamento, son inhábiles los parientes de los beneficiados: 421-11 CCCat); pero no a los denominados testigos *de*

*conocimiento*, que son aquellos que, o bien identifican los comparecientes (artículo 17 LN), o bien emiten manifestaciones relativas a determinados hechos, como puede ser, en una declaración de herederos, los relativos a circunstancias esenciales de la vida del causante (por ejemplo, si este constituía, o no, pareja de hecho con otra persona). Es más: cuanto más próximo sea el familiar, mayor presunción de solidez: qué mejor identificación de un hijo que la que emite su madre... De hecho, el artículo 56 LN permite que sean testigos los familiares que no tengan interés *directo* en la declaración de herederos.

En relación al matrimonio, la separación de hecho, además de la existencia de una demanda de separación, divorcio o nulidad, excluye al cónyuge del llamamiento intestado (art. 442-6 CCCat). Es decir, queda expulsado de la sucesión (al igual que ocurre en los dos títulos sucesorios voluntarios: el heredamiento y el testamento) el cónyuge que, al tiempo del fallecimiento del causante, se encontrara separado de hecho del mismo.

En este sentido, la prueba de la separación de hecho adquiere especial relevancia, pues enerva los efectos sucesorios de un estado civil, el de casado. Sin duda, la mejor prueba en estos casos la constituye la propia manifestación del cónyuge, reconociendo dicha separación de hecho (de nuevo, la confesión como prueba más sólida). Pero, a falta de tal manifestación —con la que no se suele contar— deberán extremarse las pruebas, pues se le está privando del usufructo universal; o, incluso —a falta de hijos y descendientes: artículo 442-3.2 CCCat— de llamamiento como heredero.

Muy clara y didáctica, por las pautas que el tribunal proporciona en lo relativo a la separación de hecho, como excluyente del cónyuge supérstite en la sucesión intestada, lo constituye la sentencia de 4 de febrero de 2020, de la Sección 13, de la Audiencia de Barcelona [Número Resolución: 73/2020. Ponente María Pilar Ledesma Ibáñez], que estima el recurso presentado frente a la de instancia, revocándola.

El juzgado había considerado insuficientemente probada, a la fecha del fallecimiento del causante, la separación de hecho de los cónyuges alegada por la madre del difunto, la cual, en tal caso, resultaría declarada heredera: su hijo y su nuera, afirmaba, estaban separados desde febrero de 2016, falleciendo el primero —por suicidio— el 26 de junio del mismo año. La Audiencia procede a una nueva valoración de la prueba. Pero, antes, deja sentado qué debe entenderse por separación de hecho, trayendo a colación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 21 de febrero de 2019, según la cual la ley ha optado por «una definición objetiva de los

presupuestos de aplicación de la norma: basta con la ruptura efectiva de la convivencia, incluso por separación de hecho, o la interposición de una demanda en proceso matrimonial, siempre y cuando posteriormente no haya habido reanudación de la convivencia o reconciliación, para hacer valer la ineficacia de las disposiciones otorgadas a favor del cónyuge o con viviente» aunque se trataba de una sucesión testamentaria, pero la Audiencia lo considera —con razón— plenamente aplicable a la legal.

Así, frente a la insistencia de la supérstite, negando que se encontrasen separados en el momento del fallecimiento, la Audiencia puntualiza: a) en relación a las pruebas testimoniales, contradiciendo a la magistrada de instancia, ve un denominador común a todas las declaraciones: la supérstite, al tiempo del fallecimiento, se encontraba ya residiendo en otra vivienda del mismo inmueble; y b) respecto a las pruebas documentales, existe en los autos un contrato de arrendamiento de la citada vivienda, suscrito por la sobreviviente, datado el 1 de febrero del año 2016; y, asimismo, la cónyuge se empadronó en dicho inmueble el 3 de junio de 2016, constituyendo —dice la Audiencia— «un acto propio de la demandada», lo que lo reviste de especial importancia. Concluye el tribunal (fundamento jurídico 3) que «de este modo, consideramos que la falta de convivencia evidencia la existencia de una situación de separación de hecho, pues consideramos probado que los cónyuges residían en domicilios diferentes, y que la demandada no ha acreditado que los esposos siguieran juntos o pretendieran una reconciliación». Ojo, pues: la separación de hecho produce sus efectos incluso habiéndose producido apenas unos meses antes.

Tampoco consideran los magistrados prueba suficiente la alegación de la sobreviviente, consistente en haber sufragado los gastos de entierro y funeral, pues «no nos parece un dato concluyente para desvirtuar los hechos probados que extraemos del resto de la prueba examinada, pues esta acción [el abono de dichos gastos] no es unívoca, sino que puede responder a diversas motivaciones y no permite las inferencias que se realizan en la sentencia apelada», que había atribuido a tales pagos el carácter de prueba del mantenimiento de la convivencia matrimonial (fundamento jurídico 3). Tampoco consideran prueba suficiente —ni siquiera pertinente— el hecho de que algún testigo declarase que la noche anterior al fallecimiento del marido, ambos cónyuges habían acudido a una fiesta, como un matrimonio «aparentemente feliz»: el desenlace inmediato —suicidio del causante— contradice frontalmente esa pretendida apariencia.

En un caso (notarial) reciente, la prueba de la separación de hecho devino innecesaria. El requirente —hijo— alegaba la separación de hecho

del causante y su cónyuge (cuyo matrimonio se acreditaba debidamente), ambos de nacionalidad vietnamita. Dado que el fallecido residía en España (artículo 21 del Reglamento de sucesiones europeo —RSE—) se aplicaba la ley española, y, dentro de ella, la catalana (art. 37 RSE). Sin embargo, el cónyuge viudo nunca había llegado a residir aquí, extremo que solo resultaba de las manifestaciones de los testigos. Y de muy difícil prueba documental, pues había que acreditar hechos negativos (la *diabólica probatio*). Se consultó acerca de cuál era el patrimonio hereditario; y la respuesta fue la solución: ninguno. Lo que se perseguía con la declaración de herederos era la atribución de la condición de llamados, como herederos, a los hijos, para poder percibir la indemnización de un seguro de vida. Recordemos que dichas indemnizaciones no forman parte de la herencia, de manera que, a falta de designación explícita en la póliza, los beneficiarios son los herederos (en sentido estricto: art. 411-1 CCCat); en este caso, los hijos. Era, pues, totalmente irrelevante la separación de hecho, pues, acreditada o no, el viudo no tendría ningún derecho efectivo sobre el patrimonio del causante. En consecuencia, se le atribuyó el (bien que vacío de contenido) usufructo universal, designando herederos a los hijos.

En otro supuesto referente a un causante y a su cónyuge, ambos filipinos, y residentes en Cataluña, de las manifestaciones iniciales de los hijos, se desprendía que el supérstite no ostentaría ningún derecho, toda vez que, decían, al tiempo de su fallecimiento, el causante estaba divorciado. De hecho, presentaban un documento judicial filipino, en inglés, del que resultaba la disolución del vínculo. Sin embargo, esta resolución no disponía de apostilla (ni de ninguna otra legalización internacional), alegando, además, los interesados que era muy difícil la obtención de la misma, por lo que se cerraba el paso a la necesaria prueba documental del divorcio. Sin embargo, sí era posible acreditar la separación de hecho: los dos cónyuges vivían en Barcelona, y se pudo probar la residencia, desde hace años, en casas separadas, así como la vida totalmente independiente de ambos. Con lo cual, quedaba excluido el llamamiento al sobreviviente, no por divorcio —que no se pudo acreditar— sino por separación de hecho. El derecho son efectos: se obtuvo el mismo resultado (exclusión del llamamiento intestado) por una vía distinta (separación de hecho) de la inicialmente pretendida (divorcio): los cónyuges —seguramente— estaban divorciados, pero *también* separados de hecho.

Al respecto, recordemos que los documentos extranjeros relativos al estado civil, de acuerdo con Reglamento 2016/1191 del Parlamento europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre

circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea (DOUE, 26 de julio de 2016), no necesitan, dentro de los países de la Unión Europea, ni apostilla ni otra forma de legalización. Tampoco los documentos procedentes de Rusia, en virtud de un canje de notas entre España y ese país de 24 de febrero de 1984 (BOE de 18 de abril de 1985). Pero, respecto a los demás países, sigue siendo indispensable la apostilla, o la legalización internacional.

## **2.2. Renuncia a la sucesión intestada, pero conservación de la legítima por parte de los legitimarios**

Es relativamente frecuente la renuncia a la herencia los hijos del causante, llamados como herederos en la correspondiente declaración, para, en virtud del «rebote» previsto en el artículo 442-2.2 CCCat, resulte llamado el cónyuge sobreviviente —o conviviente—, que sea a su vez, progenitor de los renunciantes. Pero, en algunas ocasiones, estos desean, no obstante su renuncia, conservar sus derechos legitimarios. Y no necesariamente por razones tributarias, para reducir la base imponible del viudo heredero, pues, *de facto*, cónyuge o conviviente están prácticamente exentos, salvo en sucesiones de valores elevados muy elevados. No parece que haya obstáculo para que así sea. En primer término, por virtud del principio de libertad civil que rige el derecho catalán (artículo 111-6 CCCat). Y, en segundo lugar, porque los llamamientos son diferentes: sistemáticamente vienen regulados de manera separada (títulos IV y V); y el artículo 451-7.1 CCCat, después de señalar que la institución de heredero a favor de legitimario implica la atribución de la legítima, incluso en el supuesto de que repudie la herencia, añade que en estos casos «se entiende» que legitimario renuncia también a la legítima, presunción que puede ser contradicha mediante manifestación en contrario, consistente en que el renunciante se reserva la legítima. En cualquier caso, los supuestos, varios, que he tenido en la notaría, no implicaban desacuerdo entre hijos y cónyuge supérstite (todo lo contrario): de hecho, ya la iniciativa de los hijos de renunciar supone una voluntad de beneficiar a su progenitor.



### **2.3. Provocación de la ineficacia de la institución de heredero con la finalidad de que se abra la sucesión intestada**

En ocasiones, los herederos llamados en testamento provocan la ineficacia de la institución con la finalidad de abrir la sucesión intestada, pues esta se adapta mejor a su voluntad. No olvidemos que «[e]l llamado que repudia la herencia testamentaria puede aceptar la intestada, pero sujetándose a los legados, los fideicomisos, las condiciones y las otras cargas que el testador haya impuesto» (artículo 461-11.1 CCCat).

Expondré dos casos recientes.

En el primero, el título sucesorio era un testamento formalizado en el año 1968; sujeto, por tanto, a las normas interpretativas de la Compilación (disposición transitoria 4ª del libro IV del CCCat). En dicho testamento se designaba, sin más, nominativamente, a los dos hijos del causante, siendo así que, al tiempo del fallecimiento, uno de ellos le había premuerto, dejando, a su vez, dos hijos —nietos del causante—. De acuerdo con el actual artículo 423-8 CCCat, dicha cláusula implicaría la apertura del llamamiento a favor de los respectivos descendientes, por el orden de la sucesión intestada. Sin embargo, si aplicásemos —como teníamos que hacer— el criterio interpretativo de la Compilación, el efecto sería el acrecimiento. Con todo, el hijo sobreviviente estaba dispuesto a facilitar la interpretación consistente en la apertura del llamamiento a favor de sus sobrinos; lo cual, no obstante, podría chocar con una eventual interpretación hecha por la Hacienda autonómica (ATC), que podría entender que, en realidad, eso implicaba una aceptación y renuncia a favor de sus sobrinos, hijos del hijo del muerto. Es cierto que los herederos están facultados para interpretar la voluntad causante; pero aquí tenemos un tercero —Hacienda— que podría, hacer valer —legítimamente— la interpretación de la Compilación, liquidando dos hechos imposables: la aceptación, por el hijo sobreviviente, y —una vez titular de los derechos— renuncia a favor de sus sobrinos (hijos del hijo premuerto). La solución que se propuso, para sortear esta eventualidad, fue la renuncia por parte del hijo sobreviviente, dando lugar a la ineficacia del testamento, por falta de herederos; y provocando, por tanto, la apertura de la sucesión intestada (art. 441-1CCCat): la declaración de herederos designa al hijo sobreviviente y, por derecho de representación, a los hijos del premuerto.

Más alambicado fue el caso en el que el testador había designado herederos a sus hijos, sustituidos vulgarmente por sus descendientes. Los primeros, sin embargo, pretendían, mediante una renuncia de todos los llamados, que fuera heredero —tras la apertura de la intestada— el

cónyuge supérstite. Los hijos eran mayores edad; pero no los nietos del causante. Se acudió, en consecuencia, a al expediente previsto en el art. 236-30 CCCat, sustitutivo de la autorización judicial: consentimiento de los nietos mayores de dieciséis años —había varios— y, en los demás casos, de los dos parientes más próximos, uno por parte de padre y otro por parte de madre.

La duda que se les podía plantear a los parientes, a la hora de prestar su anuencia, es cómo era admisible la renuncia a una herencia solo beneficiosa para los menores. Sin embargo, el argumento era concluyente: estos menores, en calidad de sustitutos, solo recibían el llamamiento porque sus padres renunciaban para beneficiar al cónyuge vivo: en ningún caso se abriría la delación —vía sustitución vulgar— a favor de los nietos si sus padres —hijos del causante y herederos en primer término— no tuvieran la certeza de que, a su vez, sus hijos renunciarían, dando así lugar a la apertura de la intestada: la unidad de acto era esencial.

La renuncia de los nietos era, pues, puramente instrumental, a los solos efectos de abrir la sucesión intestada, y que esta —tras una nueva cadena de renunciaciones, que también se formalizaban en la escritura de renuncia a la sucesión testada— beneficiase al cónyuge sobreviviente. En definitiva: los nietos solo llegaron a ser llamados como herederos porque los padres renunciaban si sus hijos lo hacían. Su posición, a la postre, era neutra: jamás hubieran recibido la delación si no estaba asegurada su renuncia a la misma.

Distinto supuesto hubiese sido, sin embargo, que la renuncia por parte de los progenitores de los menores en su calidad de representantes legales de estos, aun mediando el consentimiento de los parientes o el del propio menor (art. 236-30 CCCat) *beneficiase al progenitor representante*, como consecuencia de la apertura de la sucesión intestada.

Fue el caso de la viuda que pretendía renunciar, en nombre de su hijo, a la herencia del padre de este, con la anuencia de los parientes: aquí, el conflicto de intereses excluye la representación legal. Así lo subrayó la RDGEJ de 28 de febrero del año 2012 [DOGC núm. 6015, de 1.04.2012] según la cual (fundamento jurídico 3º) una cosa es que los parientes más próximos *completan* una determinada declaración de voluntad —emitida por la madre en representación del hijo—, y otra *suplir* esta manifestación de voluntad, cuando la madre, por mediar conflicto de intereses, no puede tomar la decisión. Hay un principio general, agrega la DGEJ, extraíble de numerosos preceptos del CCCat, consistente en que los títulos de representación ceden en los casos en los que media un conflicto de intereses

entre representante y representado; en particular, para la potestad parental, así lo determina el artículo 236-18 CCCat.

En cualquier caso, debemos tener claro que la ineficacia de la institución de heredero testamentaria por renuncia (o premoriencia, o inhabilidad) de todos los llamados, no supone la resurrección de un testamento anterior, sino la apertura de la sucesión intestada. En este sentido, la RDGEJ 15 de octubre de 2015 [JUS/2437/2015; DOGC núm. 68993, de 9.11.2015] salió al paso de un intento de hacer revivir un testamento previo sobre cuya base se formalizó una adjudicación hereditaria. En estos casos, la ineficacia de la institución de heredero por renuncia del mismo no implica la ineficacia total del testamento, que conservará intacta su fuerza en lo relativo a los legados —si existen—, y a su eficacia derogatoria de los testamentos anteriores (fundamento jurídico 2.1).

#### **2.4. Nulidad de declaración de herederos por «preterición» de dos hijos**

La sentencia de 9 de marzo de 2018, de la sección 17, de la Audiencia de Barcelona [N. Resolución: 273/2018. Ponente: Ana María Ninot Martínez] resuelve un supuesto de nulidad de acta de declaración de herederos.

La sentencia confirma, en todos sus extremos, la resolución recurrida, del juzgado de primera instancia número 6 de Mataró, que había declarado nula la declaración de herederos en la que se designaba como tal exclusivamente a una hija del causante, siendo así que éste tenía, además, otros dos hijos (fruto de su primer matrimonio).

De forma inmediata, la declarada heredera había renunciado pura y simplemente a la herencia, abriéndose la delación —siempre de acuerdo con esa declaración herederos— a favor de su madre, que era la recurrente; la cual, sin negar los hechos ahora probados —la existencia de dos hijos más—, solicitaba una mera adición de la declaración de herederos; y, subsidiariamente, la nulidad del acta (basándose en la concurrencia de vicios del consentimiento), y de la renuncia de su hija, así como de la aceptación de la herencia, por parte de ella. Y agrega una petición, consistente en que se le deben abonar todos los pagos del préstamo hipotecario que correspondían al causante y que fueron satisfechos por parte de ella desde el momento del fallecimiento.

En relación al acta, la Audiencia declara que la misma es nula, no porque se haya otorgado con error, dolo u otro vicio del consentimiento —causas alegadas por la recurrente—, sino porque contraviene el orden legal

de suceder (art. 6.3 CC). Y para ello no son óbice ni las alegaciones de la recurrente, sobre su desconocimiento de la existencia de otros descendientes (eso solo evidencia su buena o mala fe, al tiempo del otorgamiento), ni tampoco que se haya cumplido el procedimiento previsto en el Reglamento Notarial, pues ello no sana el motivo de nulidad denunciada.

La Audiencia rechaza, por improcedente en ese juicio, la nulidad de la renuncia por parte de la hija, sin perjuicio de que pueda ser presentada dicha reclamación en el juicio declarativo correspondiente. También rechaza, aunque también pueda reclamarse donde corresponda, que en ese proceso se exijan las cuotas hipotecarias satisfechas por la recurrente desde la muerte del causante.

## 2.5. Indignidad en la sucesión intestada

La sentencia de 24 de noviembre de 2014, de la sección 1ª, de la Audiencia de Barcelona [Resolución: 536/2014. Ponente: Amelia Mateo Marco] resuelve un supuesto de indignidad en el marco de la sucesión intestada.

El hermano del causante alegaba, como causa de indignidad concurrente en su padre —progenitor del causante—, el supuesto previsto en el artículo 765.1 del Cc español, que considera indignos a los padres que «abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos».

El tribunal salva el error del demandante, que aduce una causa prevista en el Cc, cuando el aplicable es el CCCat (arts. 16.1 y 9.8 Cc); y analiza si la conducta del progenitor encaja en la causa prevista actualmente en el artículo 412-3 CCCat, cuya letra f considera indignos de suceder a «los padres que han sido suspendidos o privados de la potestad respecto al hijo causante de la sucesión, por una causa que les sea imputable».

La sentencia declara que «todavía no existe jurisprudencia sobre la interpretación de esta causa de indignidad, tal y como ha quedado redactada en la actualidad, pero la doctrina mayoritaria señala que, aunque el precepto no lo exige, es necesaria una resolución judicial en que se suspenda o prive de la patria potestad, aunque no tenga que ser penal, como sí se exige en los apartados anteriores «del precepto». Sobre esa base, añade que la suspensión de las funciones parentales había sido acordada por una resolución de 1997 de la Dirección General de atención a la infancia, pero no mediante una decisión judicial. En consecuencia, el tribunal considera que no ha mediado la causa de indignidad, por lo que la delación a favor del progenitor será eficaz.

En el presente caso, el causante no tenía patrimonio, pero la importancia de la declaración de herederos radicaba en la percepción del seguro que se iba a percibir por los herederos, toda vez, cuenta de que el fallecido, de 22 años, había muerto a consecuencia de un accidente. En tales casos, recordemos, no es necesaria la aceptación de la herencia, sino sencillamente tener la consideración de herederos «legales» (entre los cuales, si hay testamento, deben entenderse los testamentarios): no olvidemos que la indemnización por seguro no forma parte de la herencia.

## **2.6. El laberinto del *ius transmissionis* en la sucesión intestada: usufructo universal intestado del viudo**

En los ordenamientos jurídicos que, como el catalán, consideran que nadie puede enriquecerse contra su voluntad, es indispensable el consentimiento del llamado a una herencia para la adquisición de esta. Lo cual no impide que ese llamado, tras el fallecimiento de su causante, muera *antes* de hacer aceptado (o repudiado) dicha sucesión. En tal caso, ese derecho no ejercitado de aceptar o repudiar la herencia (*ius delationis*) se transfiere al heredero del primer llamado, el cual podrá aceptar la herencia de su causante; y, si lo hace, aceptar —o no— la sucesión del primer fallecido.

Participan, pues, en esta doble herencia tres personas: el *primer causante*; el primer heredero, que fallece sin aceptar o repudiar la herencia del primer causante, que se denomina *transmitente*; y el heredero del segundo causante al que se le califica como *transmisario*

A este último, por la muerte del transmitente *sin aceptar ni repudiar la herencia* del primer causante, le llega el llamamiento a esta, *que se le transmite*. Por eso, más que un derecho de transmisión, esta figura podemos identificarla como la aptitud del *ius delationis* de ser desplazado, desde un sujeto inicialmente llamado —transmitente— a otro —transmisario—, por tener este la condición de heredero del primer sucesor: se trata, pues, de la transmisibilidad del derecho de aceptar o repudiar la herencia, de manera que «[s]i el llamado muere sin haber aceptado ni repudiado la herencia deferida, el derecho a suceder mediante la aceptación de la herencia y el de repudiar se transmiten siempre a sus herederos» (art. 461-13 CCCat).

Como es natural, para acceder a la herencia del primer causante, ha de aceptarse la del transmitente; y una vez aceptada esta, se podrá aceptar o repudiar aquella; pero de ninguna manera puede accederse a esta si no se

acepta la del transmitente: es más, la aceptación de la del primer causante implicaría la aceptación tácita de la del transmitente.

El *ius transmissionis* opera con independencia de que la sucesión sea testamentaria o intestada. La contractual ofrece peculiaridades, pues la aceptación, por regla general, se verifica por el heredero en el pacto sucesorio (si es otorgante del mismo, claro)

El juego del *ius transmissionis* no ha sido pacífico, dando lugar a dos grandes interpretaciones o líneas doctrinales: la que, conocida como *tesis clásica*, considera que el transmisario, sucede al primer causante siempre a través del transmitente, insertando la herencia de primer fallecido en la del segundo; y la denominada *moderna*, que considera que el transmisario, aceptadas ambas herencias, sucede, por un lado al transmitente, y por otro, de modo directo, al primer causante, identificándose como de doble transmisión.

El caballo de batalla lo constituyen los derechos que ostentan terceros (cónyuge viudo, legitimarios, legatarios, sustitutos fideicomisarios) *sobre el patrimonio hereditario del transmitente*. Si seguimos la tesis clásica, este patrimonio estará «engordado» con los bienes recibidos de la herencia del primer causante; y los derechos de esos terceros (por ejemplo, cónyuge viudo en la sucesión intestada del transmitente) recaerán *también* sobre esos bienes o su valor. En caso contrario —tesis moderna— tales derechos recaerán solo sobre los bienes del transmitente.

En un supuesto de sucesión intestada, la Resolución DGEJ de 28 de septiembre de 2018 [JS/2291/2018; DOGC núm. 7724, de 11.10.2018] acoge la tesis moderna.

En el caso que resuelve, la hija (transmitente) había fallecido intestada sin haber aceptado la herencia de su padre (primer causante), dejando a su vez una hija (transmisaria). La registradora entiende que el usufructo universal abintestato del viudo de la transmitente se extiende a la herencia del primer causante, razón por la cual debería comparecer en la adjudicación hereditaria de ese primer causante. La DG es categórica deslindando las dos herencias: no repara en las diferencias entre la legítima catalana y la del Código Civil español de forma que cualquiera que sea la naturaleza del derecho reclamado (un usufructo o un crédito), o su origen (voluntario o legal), no podrá recaer sobre el patrimonio hereditario del primer causante, integrado por bienes que el transmitente nunca llegó a adquirir.