

## **4.- LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO TRAS LA LEY 7/2017, DE REFORMA DE LA COMPILACIÓN**

**Carlos Jiménez Gallego**

La ley 7/2017, de 3 de agosto, ha modificado algunos artículos en materia de legítimas, pero las novedades son de escasa entidad. No se han modificado las categorías de personas que pueden ser legitimarios, ni la cuantía de la legítima, ni tampoco su naturaleza. La reforma de más calado afecta al artículo 45, referido a los derechos del cónyuge viudo.

Lo primero que se aprecia al leer la nueva redacción de este artículo es que ha desaparecido la referencia a la culpabilidad en los casos de separación matrimonial. La exposición de motivos justifica la reforma diciendo que “El artículo 45 de la Compilación todavía mantiene la causalidad de la separación por parte del premuerto para determinar el derecho a la legítima del consorte viudo. Por esta razón, y dado que la separación es hoy no causal, es necesario modificar los párrafos 1 y 2 del artículo 45, de acuerdo con la Ley 15/2005, de 8 de julio.”

Pero hay dos novedades más, aunque la exposición de motivos no las comente: se ha privado de efectos a la separación de hecho, sin que se justifique este cambio, si bien sabemos que ha sido una decisión “deliberada”, y se ha facilitado la eficacia de la reconciliación (de “aprobarse” a “acreditarse”).

El art. 45 de la Compilación, que es norma del Derecho de Mallorca y Menorca, pero no de las Pitiusas, disponía, antes de la ley 7/2017:

“El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado de hecho ni en virtud de sentencia firme, salvo que en ambos casos lo estuviere por causa imputable al difunto, será legitimario en la sucesión de éste. Interpuesta la demanda de separación o aprobada la reconciliación, se estará a lo prevenido en el artículo 835 del Código Civil. Concurriendo con descendientes, la legítima viudal será el usufructo de la mitad del haber hereditario; en concurrencia con padres, el usufructo de dos tercios; y en los demás supuestos, el usufructo universal.”

La versión vigente, dada por la ley 7/2017, es la siguiente:

“1. El cónyuge que al morir el consorte no se encuentre separado legalmente, ni se hayan iniciado, por parte de ninguno de los cónyuges, los trámites regulados a tal efecto en la legislación civil del Estado, será legítimo en la sucesión de éste.

2. Si entre los cónyuges separados ha habido una reconciliación debidamente acreditada, el superviviente conservará sus derechos.

3. En concurrencia con descendientes, la legítima viual será el usufructo de la mitad del haber hereditario; en concurrencia con padres, el usufructo de dos tercios; y, en los otros supuestos, el usufructo universal.”

Puede ser útil comparar el cambio normativo de la Compilación con la evolución de los artículos 834 y 835 CC. El art. 834, en la redacción vigente en julio de 1990, decía “El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.” Y el art. 835 añadía: “Cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito. Si entre los cónyuges separados hubiere mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos”.

La Ley 15/2005, de 8 de julio modificó ambos artículos del CC, que a su vez fueron modificados por la LJV (ley 15/2015, de 2 de julio), pero en aspectos que no afectan a lo que ahora comentamos. El vigente art. 834 dispone: “El cónyuge que el morir su consorte no se hallase separado de éste legalmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.” Y el art. 835 dice ahora “Si entre los cónyuges separados hubiere mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación o al Notario que otorgó la escritura pública de separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos.”

Es decir, el año 2005 el Código Civil, en materia de legítimas, equiparó la separación de hecho a la separación judicial, prescindió de toda referencia a la culpabilidad y dificultó la eficacia de la reconciliación, ya que exigió notificarla al juzgado. La Compilación, por el contrario, ha privado de efectos a la separación de hecho y ha facilitado (algo) la reconciliación. La evolución de ambos cuerpos normativos sólo ha ido pareja en cuanto a prescindir de la culpabilidad, aunque la igualación se ha producido transcurridos doce años.

En el Derecho de Ibiza-Formentera el cónyuge viudo no tiene la condición de legitimario, pues no aparecía ni aparece en la enumeración de legitimarios que realiza el art. 79 de la Compilación. La omisión de la regulación de la legítima del viudo en la Compilación no puede llevar a aplicar las normas del CC sobre esta materia ni tampoco a aplicar como Derecho supletorio el de Mallorca. Por eso, en este comentario nos referimos sólo al Derecho de Mallorca y Menorca.

En esquema, las diferentes situaciones que pueden darse ahora (**o sea, en sucesiones abiertas a partir del 6 de agosto de 2017**) con relevancia para determinar los derechos del cónyuge viudo son:

-En matrimonios en situación de normalidad, el cónyuge viudo tiene derecho al usufructo de la mitad de la herencia si concurre con hijos (o, en su caso, descendientes ulteriores) del difunto. Es irrelevante que haya sólo hijos comunes, que haya hijos comunes e hijos de un matrimonio anterior, o sólo hijos de un matrimonio anterior, o que alguno o todos los hijos sean extramatrimoniales, incluso concebidos durante el matrimonio del difunto con el ahora cónyuge viudo.

Si concurre con los padres del difunto, o sólo con el padre o con la madre, tiene derecho al usufructo de dos tercios de la herencia.

Si concurre con personas distintas, el usufructo universal.

-En caso de matrimonio nulo.

No hay derechos, salvo que la declaración de nulidad se produzca con posterioridad al fallecimiento, pues entonces los efectos del matrimonio se mantienen si el cónyuge sobreviviente tuvo buena fe (aunque sólo en este caso) por virtud del art. 79 CC.

-En caso de divorcio.

El sobreviviente no tiene ningún derecho sobre la herencia del premuerto.

El divorcio sólo puede declararse en vida de ambos cónyuges, por lo que no puede darse situación análoga a la contemplada por el art. 79 CC.

-En caso de separación judicial.

El sobreviviente no tiene derechos sobre la herencia del premuerto.

Es irrelevante la fecha de la sentencia que declaró la separación, puede ser anterior o posterior al 6 de agosto de 2017.

Si, vigente la ley 7/2017, al tiempo de fallecimiento del causante ha recaído sentencia no firme que declaró la separación, hay que entender que el sobreviviente tampoco tiene derechos en la herencia del premuerto, tanto si la demanda se interpuso por el causante como por el cónyuge que ha sobrevivido.

Si el procedimiento se encontraba en segunda instancia a 6 de agosto de 2017, hay que entender que, respecto de la separación en sí misma, no puede proseguir. Sólo podrá continuar en lo que se refiera a las consecuencias patrimoniales de la separación. Pero en cualquier caso, el sobreviviente no tiene derecho a legítima.

Si en el procedimiento de separación no ha recaído, a fecha 6 de agosto de 2017, sentencia en primera instancia, el sobreviviente tampoco tiene derechos en la herencia del premuerto, dada la nueva redacción del primer párrafo del art. 45 de la Compilación.

Obsérvese que, en todos los casos, da igual quién interpuso la demanda: si ambos cónyuges de común acuerdo, o uno con el consentimiento del otro, o si sólo el causante o si sólo el cónyuge que sobrevivió. Si la interpuso el causante, no parece que quepa criticar la privación de derechos al sobreviviente (pasando por alto la cuestión de la culpabilidad). Si la interpuso el sobreviviente, algunos criticarán la privación de derechos al sobreviviente en caso de que la separación fuera imputable al premuerto. Sin embargo, téngase en cuenta que la reforma de 2017 ha querido eliminar toda referencia a la culpabilidad de cualquiera de los cónyuges, por lo que la separación impuesta por el premuerto al sobreviviente no tendrá relevancia jurídica en ningún caso.

Antes de la reforma de 2017, la norma no era exactamente la misma.

Si no había recaído sentencia en primera instancia al tiempo de fallecimiento, no había legítima del viudo si había separación de hecho (salvo que la separación hubiera sido imputable al difunto). El único caso en que el sobreviviente seguía conservando su derecho a legítima era aquel en que se daban las tres siguientes circunstancias: no había recaído sentencia en primera instancia (o sea, se había iniciado ya un procedimiento judicial), no había separación de hecho y la separación era imputable al difunto (supuesto raro).

Tras la reforma de 2017, como la separación judicial no exige (según la ley estatal) causa que la motive y la ley autonómica ni siquiera exige separación de hecho, queda abierta una puerta para que cualquier cónyuge prive, más o menos a su arbitrio, de la legítima al otro. Se ha introducido “por la puerta de atrás” una causa de desheredación no prevista como tal.

Es cierto que en situaciones de normalidad, no cabe pensar que se van a iniciar unilateralmente por un cónyuge los trámites para que se declare la separación. Pero hay en la realidad situaciones de aparente normalidad en las que no es imposible pensar que ocurra. Ya no hacen falta (falsos) motivos para desheredar al cónyuge en el testamento. He aquí una vía para privar de derechos al cónyuge sin posibilidad de impugnación. ¿Podría alegarse fraude de ley por el sobreviviente? Es muy difícil cuando la separación puede solicitarse sin alegar motivo. Sólo cabría mantener el derecho a legítima si la solicitud de separación se presenta ante autoridad o funcionario incompetente para recibirla; por ejemplo, ante el Registro civil.

La desaparición de la culpabilidad y el caso de la separación de hecho merecen comentarios por separado.

## **LA DESAPARICIÓN DE LA CULPABILIDAD**

El requisito de la culpabilidad de la separación era algo discutido por los juristas de Baleares, especialmente desde la reforma del CC el año 2005.

El CC, antes de la reforma de 2005, privaba de legítima al cónyuge separado judicialmente (pues había que entender que no se refería a la separación de hecho), salvo que la separación hubiera sido imputable al difunto. Así lo disponía el art. 834, cuya redacción venía de la ley de 24 de abril de 1958, que no fue modificada por la ley de 13 de mayo de 1981. Se perseguía con esto no perjudicar al cónyuge a quien el otro cónyuge hubiera impuesto la separación. Así las cosas, era necesario examinar la causa de la separación. Podía haber sido una separación de mutuo acuerdo “expreso” (art. 81) o tácito (causa 5ª del art. 82; quizá también la causa 6ª), en cuyos casos no había separación imputable al difunto y por tanto el sobreviviente quedaba privado de derechos sucesorios; podía haber una separación culpable de ambos, en cuyo caso el sobreviviente carecía de derechos sucesorios; pero había otros casos en que la separación era “culpa” de uno de los cónyuges (restantes causas del art. 82). Dado que esto se declaraba en la sentencia, era fácil deducir si el cónyuge sobreviviente conservaba o no los derechos a suceder al premuerto. Los problemas prácticos aumentaron cuando

en muchas sentencias se declaraba la separación sin mención de cónyuge culpable.

De todas formas, dado que el art. 945 (cuya redacción se cambió por la reforma de 1981) excluía al cónyuge de la sucesión intestada si había separación judicial o separación de hecho “por mutuo acuerdo que conste fehacientemente” (o sea, se prescindía de la culpabilidad en uno y otro caso), había un amplio debate doctrinal acerca de las consecuencias de la desarmonía entre los arts. 834 y el art. 945. Por unos se alegaba que cada norma tenía su respectivo ámbito de aplicación. Otros daban prevalencia al art. 945, alegando que era norma posterior y que la mentalidad de nuestro tiempo tendía a dar relevancia a las situaciones “de hecho” y a dejar de lado las “culpas”. Este debate dejó de tener razón de ser a partir de la reforma del CC por la ley 15/2005, de 8 de julio, pues ni el art. 834 ni el art. 945 pasaron a contener ya referencia alguna a la culpabilidad.

La Compilación, tras la reforma de 1990, al privar de efectos a la separación judicial cuando (y sólo) ésta hubiera sido imputable al causante difunto, obligaba a examinar cuál había sido la causa de la separación y si había sido imputable a alguno de los cónyuges. Y daba el mismo trato a la separación de hecho. Por cierto, que en uno y otro caso se planteaba el problema de la prueba, máxime porque uno de los cónyuges ya no vive y el sobreviviente podía estar muy interesado en demostrar que la separación de hecho fue imputable al difunto.

Pero, en cuanto a la imputación, la discusión estaba servida.

Antes de la reforma del CC por la ley 15/2005, se alegaba, en relación al art. 45 de la Compilación, que en la sucesión intestada se aplicaba el CC y que se producía la misma desarmonía que en el Derecho común en cuanto a la culpa. Por ello, si en el Derecho mallorquín el cónyuge sobreviviente no podía heredar intestado si se daban los requisitos del art. 945 CC, hubiera o no culpa imputable al difunto, no casaba muy bien con esto que tuviera derecho a la legítima en la sucesión testamentaria si la separación fue imputable al difunto. Se podía responder, al igual que en el Derecho común, que cada norma tenía su ámbito de aplicación y, además, con base en la propia Compilación, que ésta realizaba una remisión expresa, en cuanto a legítima, al art. 45 (remisión que no se daba en el CC).

Tras la reforma de 2005, aumentó el peso de las razones contrarias a valorar la culpabilidad de la separación. Incluso hay quien ha defendido, especialmente, en la práctica forense, que no cabe ni dudar que toda

separación excluye la legítima del sobreviviente. Un argumento importante a favor de esta postura ha podido ser el siguiente: el concepto de “separación” que fijaba la ley estatal había quedado abstraído de la “culpa” de uno o ambos cónyuges, y la ley autonómica tenía que respetar la normativa estatal (o sea, ese concepto de “separación”) en lo que fuera competencia del Estado según la Constitución (relaciones jurídico civiles relativas a las formas de matrimonio). En contra, se podía sostener que una cosa es la separación “en sí”, que sería competencia estatal, y otra, las consecuencias sucesorias de la separación, que serían competencia autonómica.

La conocida sentencia del TSJ de 5 de junio de 2014, de la que fue ponente nuestro compañero académico D. Antonio Monserrat, resolvió la cuestión de la relevancia de la culpabilidad en la separación en favor de ésta. La sentencia de primera instancia declaró que la viuda era legitimaria porque el marido (causante) era culpable de la separación. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia del Juzgado y los herederos recurrieron en casación. El TSJ denegó la casación y confirmó la sentencia de la Audiencia.

Se alegó por los recurrentes que la sentencia que había recaído en el procedimiento de separación no incluía ninguna declaración acerca de la imputación de la separación al marido. El TSJ respondió que ello era irrelevante: “lo relevante no es –en caso de separación judicial– que la causa imputable al difunto esté o no en el Fallo, sino si había o no tal causa”.

También se alegó el cambio normativo en el CC por la Ley 15/2005 de 8 de julio, lo que sirvió para sostener que procedía una nueva interpretación del art. 45 de la Compilación “que esté conforme con el artículo 834 del Código Civil y se ajuste a la realidad social del tiempo”. El TSJ respondió que el art. 1 de la Compilación establece que el Derecho civil de las islas Baleares regirá con preferencia al Código Civil y demás leyes estatales, “de manera que la pretensión de reinterpretar los claros y rotundos términos en que se produce el art. 45 de la Compilación mediante una superposición del artículo 834 del Código Civil, está obviamente condenada al fracaso”. En todo caso, el TSJ hizo notar, aunque al final de su argumentación, que el causante de esta herencia había fallecido el 24 de febrero de 2004, antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2005.

También alegó el TSJ:

-Que “no cabe imputar a descuido o ignorancia el mantenimiento del sistema de separación causal que rige en nuestro Derecho Civil propio”, pues ha habido diversas leyes autonómicas que han afectado a la Compilación y no han introducido ningún cambio en esta materia.

-Que puede haber motivos de justicia para mantener la separación causal; pone el ejemplo de un matrimonio de larga duración en que un cónyuge con mucho patrimonio decide separarse: el otro cónyuge se queda sin legítima “de no ser causal la separación”.

-Que “no se atisba obstáculo alguno a la decisión del legislador balear en este punto desde la perspectiva constitucional”.

¿Tenía que haberse acabado con la “culpabilidad”?

La norma estatal, en al ámbito de la competencia estatal, tiene que ser aplicada. Este ámbito es el de la separación propiamente dicha. Si la ley estatal prescinde de la culpabilidad a la hora de declarar la separación, cualquier ley autonómica tiene que partir de que hay, efectivamente, separación, aunque no haya culpa de ninguno de los dos cónyuges. Pero no creemos que el ámbito competencial del estado incluya las consecuencias patrimoniales (sucesorias) de la separación. Es decir, en nuestra opinión, la sentencia del TSJ fue, de lege data, correcta. Y creemos que lo hubiera sido igualmente si la separación de los cónyuges se hubiera producido tras la entrada en vigor de la ley estatal de 8 de julio de 2005. El intérprete no puede forzar la norma hasta el extremo de cambiar el criterio de justicia que fundamenta aquélla, máxime cuando ha habido varias oportunidades de modificar la ley y no se ha hecho.

Al decir esto, estamos rechazando que pudiera alegarse el art. 945 CC, en la redacción anterior a la ley 15/2005, para interpretar (o mejor “reinterpretar”), antes de la ley 7/2017, el art. 45 de la Compilación en cuanto a la cuestión de la culpabilidad. No negamos que el argumento de que en la sucesión intestada no se valora la culpabilidad tiene su peso. Parece que no fue muy tenido en cuenta por la citada sentencia del TSJ. Pero es que la regulación del abintestato está en un texto normativo distinto de la Compilación. Alegar el CC para interpretar una norma de la Compilación no parece algo adecuado. Las eventuales incoherencias de la Compilación deben resolverse por normas autonómicas.

En consecuencia, para herencias abiertas antes del 6 de agosto de 2017:

Si la separación es imputable sólo al premuerto, el sobreviviente conservará sus derechos legitimarios. Seguirá el problema de la prueba, algo que complica el trabajo a los notarios y, en general, en la vida extrajudicial.

Si la separación es imputable sólo al sobreviviente, éste/a no tendrá legítima.

Si la separación ha sido de mutuo acuerdo, el sobreviviente no tendrá legítima, ya que la separación no es imputable al premuerto.

Si la separación resulta imputable a los dos cónyuges, el sobreviviente tampoco tendrá legítima, pues la concurrencia de culpas obliga a actuar como si la separación hubiera sido de mutuo acuerdo. No creemos que se pueda entrar a valorar cuál de los dos cónyuges fue “más culpable”.

Si la separación fue impuesta por uno, pero “tolerada” por el otro durante largo tiempo, debe mantenerse que tal tolerancia no cambia la culpabilidad del cónyuge que impuso la separación. Este es el supuesto, no obstante, más dudoso, pues el criterio de justicia de la norma del art. 45 parece que quiebra si el cónyuge perjudicado acaba “aceptando” la separación. Dada la redacción de la norma y la postura del TSJ nos inclinamos por entender que tal separación, a efectos de la legítima, debe considerarse, en principio, una separación impuesta. No obstante, cada supuesto de hecho deberá ser examinado teniendo bien en cuenta todos sus elementos. En nuestra opinión, la imputabilidad al premuerto se valora en el momento en que se produjo la separación; pero una aceptación expresa posterior o una aceptación tácita o incluso derivada de hechos concluyentes tiene que tener relevancia. Sobre esto hay materia para discutir en cada pleito.

Los problemas que surgen en la sucesión intestada los comentamos más adelante.

La desaparición legal de la culpabilidad hace que esta cuestión no se plantee en las herencias abiertas a partir del 6 de agosto de 2017.

## **LA PRIVACIÓN DE EFECTOS A LA SEPARACIÓN DE HECHO**

Del art. 45 de la Compilación se deduce que la separación de hecho no tiene efecto, salvo que los cónyuges o al menos uno de ellos haya iniciado los “trámites regulados a tal efecto en la legislación civil del Estado” para que se declare la separación.

¿Cuáles son estos trámites? Si se trata de separación judicial, la interposición de la demanda. Si se trata de separación notarial, la firma de la escritura. ¿Es posible admitir la mera solicitud a la notaría para que prepare la escritura de separación? ¿De uno o de los dos cónyuges?

Esto sería admisible si (y sólo si) el encargo ha sido realizado por los dos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro (y así se pueda demostrar) y además se trate de notario competente y se den todos los requisitos legales, según el CC y la ley del notariado -que no son pocos- para que la actuación notarial sea posible.

Si en el futuro cambia la legislación del Estado reguladora de los trámites para la declaración de la separación, ello no debe tener consecuencias para la norma de la Compilación, pues ésta no realiza una remisión a uno o unos artículos del CC. No hay que entender que son aplicables los artículos del CC en su redacción vigente a 6 de agosto de 2017. La disposición adicional 2ª de la Compilación no es, en nuestra opinión, aplicable a este supuesto. La propia Compilación utiliza la expresión “los trámites regulados a tal efecto en la legislación civil el Estado”. Se está remitiendo a lo que la ley estatal regule en cada momento, no a lo que tiene regulado a fecha 6 de agosto de 2017. Además, se trata de una regulación de competencia exclusiva estatal, que no podría ser objeto de una ley autonómica.

Por otro lado, observamos que, en caso de que uno de los cónyuges (o ambos) hayan iniciado los trámites para que se declare la separación, la privación de la legítima no exige que haya una separación de hecho. Se pierde aunque los cónyuges todavía convivan. Resulta un poco paradójico, pues no se priva de la legítima por estar separados los cónyuges, sino por haber iniciado unos trámites judiciales o (desde la LJV de 24 de junio de 2015) notariales.

Por tanto, no cabe exigir una prueba de la separación de hecho (efectiva) en ningún caso. Este problema ha quedado eliminado.

Cabe plantear si la privación de efectos a la separación de hecho es porque la ley considera que la legítima vidual es un efecto del matrimonio y no un derecho sucesorio. Sobre esto hay divergencias en los distintos Derechos civiles españoles, debidas sin duda a las diferencias de las propias regulaciones. En el Derecho navarro, el usufructo del cónyuge sobreviviente (de “fidelidad”) se califica generalmente como institución de familia y no como institución de Derecho sucesorio. En el Derecho aragonés hay razones para considerarlo así, máxime porque ya despliega efectos en vida de ambos cónyuges (el usufructo expectante). En el Derecho del Código civil y, en general, en los demás Derechos civiles españoles, nunca se ha considerado así. Además, como la extensión del usufructo vidual es reducida, comparada con los Derechos navarro y aragonés, se habla más bien de “lucro sucesorio”

En mi opinión, la legítima del Derecho de Mallorca y Menorca es una institución de Derecho sucesorio. Su extensión reducida y su desconexión de las situaciones personales en que en el futuro se encuentre el cónyuge sobreviviente (nuevas nupcias, convivencia marital, eventual descuido de los hijos, incumplimiento de obligaciones hacia éstos, etc. ) la desconectan del Derecho de familia. Incluso la desconectan del Derecho matrimonial; en caso de separación judicial, la institución para compensar al cónyuge menos favorecido es la pensión (art. 97 CC). Si quien hace las leyes quisiera, se podían crear, incluso ex lege, patrimonios, constante matrimonio, para el caso de separación. Pero entender que la vigente legítima viudal es algo así como una dote (inestimada) resulta demasiado forzado. La legítima viudal se basa, sí, en el vínculo matrimonial, pero no hay más razones para sacarla del Derecho de sucesiones que la legítima de los hijos, basada en la filiación, que tampoco es una institución de Derecho sucesorio. El hecho de apegarla al vínculo matrimonial más que antes, aunque vaya en la dirección de acercarla desde el Derecho sucesorio al matrimonial, no consigue, a nuestro parecer, sacarla de donde estaba.

La privación de efectos a la separación de hecho suscita comentarios contrapuestos.

Por un lado, parece laudable que la ley no contemple una situación puramente fáctica. Parafraseando una conocida frase de la exposición de motivos de la ley hipotecaria de 1861: “el que no usa del derecho que la ley le concede, impútese a sí mismo el perjuicio que su omisión le origine”. Con otras palabras: si el difunto no quiso dar “forma jurídica” a la separación, carguen sus sucesores con las consecuencias.

Claro, que esto está bien si hubiera una mentalidad colectiva que “impulse” a la constancia -de cada acto de la vida- en la forma jurídica adecuada.

¿Es ésta la mentalidad colectiva de la gente que vive hoy en Baleares?

También se puede pensar que quizá la ley está incitando a que la mentalidad colectiva evolucione en esa dirección. Ahora bien, ¿es así realmente? Y si lo fuera, ¿es bueno o malo? ¿es conveniente o inconveniente?

Por otro lado, parece ir contra una tendencia, iniciada hace muchos años en los Derechos civiles españoles, de dar relevancia a situaciones de mero hecho, no previstas como presupuesto de aplicación de las normas. Es cierto que esto se ha usado para insuflar ideologías, especialmente contra el matrimonio, pero en el plano de la determinación del Derecho, tomar en consideración

lo fáctico puede ser de sentido común. Pues parece injusto que una norma pensada para los casos de normalidad matrimonial se aplique a casos en que los cónyuges están separados, ya por mutuo acuerdo, ya por imposición de uno. Qué elementos tienen que darse en el supuesto de hecho para estimar que ha desaparecido el supuesto de hecho de la norma (hay “injusticia”) es algo difícil de precisar “en teoría”. Pero si la separación es larga y ha habido poca relación entre los cónyuges, la injusticia se va haciendo evidente.

Una STS de 13 de junio de 1986 resolvió que había abuso de derecho en la reclamación por un cónyuge tras 40 años de separación de hecho. Cualquiera de nosotros suscribiría esto.

En cualquier caso, la irrelevancia de la separación de hecho es indudable en relación a toda herencia abierta a partir del 6 de agosto de 2017, en lo que se refiere al ámbito de actuación extrajudicial.

De rebote, no se plantea la problemática de la demostración de la separación de hecho. Esto no era, por lo general, un problema grave en caso de procedimientos judiciales, pero sí lo era para notarios y registradores.

La irrelevancia de la separación de hecho va a resultar injusta si ha habido un total o casi total desentendimiento -por el cónyuge sobreviviente- del otro cónyuge. Se puede decir que es muy fácil instar la separación (¡y de forma unilateral!) y, aun así, ningún cónyuge lo hizo. Es verdad. Pero no se olvide que hay muchos matrimonios separados que no pueden o no quieren incurrir en los gastos que les causaría la separación. Y aunque no fuera ésta la razón, no deja de resultar un poco duro (¿no es ésta la mentalidad hoy?) decir que los herederos no tienen más remedio que contar que con el cónyuge separado de hecho. En todo caso, la nueva ley dificulta extraordinariamente cualquier alegación en favor del cónyuge separado de hecho: estamos en presencia de una norma recién promulgada, no de una norma antigua que hubiera podido quedar alejada de una mentalidad social que hubiera cambiado; y ni el intérprete ni el juez pueden cambiar el criterio de justicia del poder legislativo.

Una posible alegación para privar de la legítima viudal pudiera tal vez venir por la vía del abuso de derecho. Para ello, se pueden tener cuenta datos como los siguientes: la duración de la separación, la asiduidad del trato entre los cónyuges tras la separación, la contribución del cónyuge sobreviviente -tras la separación- a la obtención por el difunto de su patrimonio o de una parte importante de éste, o los cuidados prodigados por el sobreviviente al causante en caso de enfermedad.

Será excepcional, no obstante, que estos argumentos puedan prosperar en un litigio. En todo caso, será necesario que la separación haya sido muy larga.

En mi opinión, hubiera sido mejor privar de la legítima viudal en caso de separación de hecho. Y para facilitar la prueba de la separación, se podría quizá haber exigido algún requisito que la calificara: declaración conjunta de separación, declaración unilateral ante notario o ante el Registro civil seguida de notificación al otro cónyuge, etc.

Dejar sin efectos a la separación de hecho crea una diferencia importante con los demás Derechos civiles de nuestro entorno. Esto también debiera haberse valorado por los autores de la nueva ley. Cada Parlamento autonómico debe tener en cuenta la situación socio-económica de su respectiva Comunidad. Pero ¿esto ha sido una correcta valoración o ha sido un uso de la facultad de legislar según un criterio partidista?

¿Qué va a ocurrir ahora, con tantísimos testamentos otorgados en los que nada se ha dejado al cónyuge alegando que había separación de hecho? (máxime confiando en que no habría un cambio valorativo del legislador como el que se ha producido)

Si el causante falleció antes del 6 de agosto de 2017, se aplica el Derecho anterior y el problema no se plantea, sin perjuicio de la cuestión de la imputabilidad de la separación, salvo que el cónyuge sobreviviente mantenga que no había, en realidad, separación de hecho. Pero esto es otro tema.

Si fallece a partir del 6 de agosto de 2017, inclusive, ¿hay desheredación injusta “sobrevenida”? Al tiempo de otorgarse el testamento no había desheredación alguna. Pero la nueva ley no puede quedar inaplicada. El sobreviviente separado de hecho podrá reclamar su legítima. Es más, los herederos tendrán que contar con él para la partición o la adjudicación de la herencia.

Esto es contrario a la intención evidente del testador. Sin embargo, no encontramos argumentos para evitar la legítima del sobreviviente.

La única manera que tiene el testador (que todavía viva) de que su consorte no tenga derechos sobre su herencia es iniciar los trámites para que se declare la separación.

Estos trámites sólo pueden ser judiciales, no ante notario. Mantenemos esta postura porque la declaración notarial de la separación sólo es posible si se dan todos los requisitos del artículo 82 CC, en especial, que tiene que ser

de mutuo acuerdo. Por ello, una actuación para que se declarara por notario la separación, encargada unilateralmente por un cónyuge, como hemos mantenido más arriba, es un medio inidóneo para obtenerla.

La desaparición de la culpabilidad y la irrelevancia que la Compilación da a ahora a la separación de hecho plantean alguna descoordinación con la normativa de la sucesión intestada, que pasamos a comentar.

### **¿Qué ocurre en la sucesión intestada?**

En el Derecho de Mallorca y Menorca, la sucesión intestada se rige por el Código Civil, según dispone el art. 53.1 de la Compilación “sin perjuicio, en su caso, de los derechos que se reconocen al cónyuge viudo en el artículo 45”. Esta norma no ha cambiado. Se redactó por la ley de 1990 y no ha sido modificada por la ley de 2017, salvo en algún retoque formal.

Pero, dado que se ha privado de efectos a la separación de hecho, la ley de 2017 ha creado una desarmonía –que podía haber evitado fácilmente pero que no ha hecho– entre la regulación de la legítima y la regulación de la sucesión intestada, como ahora comentaremos. Pues el separado de hecho tiene derecho a legítima pero no puede heredar abintestato.

En el Derecho de Ibiza-Formentera, según el art. 84 de la Compilación, la sucesión intestada se rige por el Código Civil, si bien el “el cónyuge viudo adquirirá, libre de fianza, en la sucesión del consorte difunto, el usufructo de la mitad de la herencia en concurrencia con descendientes y de dos terceras partes de la herencia en concurrencia con ascendientes.”

Puesto que en la sucesión testamentaria no hay legítima del cónyuge viudo, no se produce la desarmonía que aparece en el Derecho de Mallorca y Menorca.

## **REPASAMOS LA EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA DEL CC**

Para comprender mejor la situación que se produce ahora en el Derecho de Mallorca y Menorca, hay que examinar la evolución habida en el Código Civil.

El CC, en la redacción vigente en julio de 1990, dispuso en su art. 944 que el cónyuge viudo sucedía al premuerto en defecto de descendientes y ascendientes y antes que los colaterales, y el art. 945, referido a la materia

que nos ocupa, decía textualmente “No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior, si el cónyuge estuviera separado por sentencia firme, o separado de hecho por acuerdo que conste fehacientemente.” Esta redacción fue dada por la ley de 13 de mayo de 1981 (ley 11/1981).

La palabra “fehacientemente” suscitó una cierta discusión sobre su interpretación, que es algo en lo que ahora no corresponde entrar. Nos limitamos a decir que prevaleció una interpretación amplia, que no limitó el significado de la expresión a “fe pública notarial”.

La cuestión de si el viudo separado de hecho tenía derecho a legítima en la sucesión intestada era algo sobre lo que no había unanimidad. No corresponde comentar ahora esto.

La Ley 15/2005 de 8 de julio modificó el art. 945 CC, que pasó a disponer: “No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado judicialmente o de hecho.” La redacción hoy vigente es la que se acaba de reseñar, con la excepción de que la palabra “judicialmente” fue sustituida por “legalmente” por la ley 15/2015, de 2 de julio (la ley de jurisdicción voluntaria), en vigor desde el 23 de julio de 2015, ya que la declaración de separación puede realizarse ahora no sólo por un juez sino también por un notario.

Dejó de plantearse el problema de la legítima del separado de hecho en la sucesión intestada, pues tanto el art. 834 como el art. 945 privaron de todos sus derechos al separado de hecho.

## **LA PRIMERA CUESTIÓN ES CUÁL DE LAS REDACCIONES DEL CÓDIGO CIVIL HAY QUE APLICAR EN EL DERECHO DE MALLORCA Y MENORCA**

Tras la reforma de la Compilación el año 1990, la versión aplicable era la del art. 945 CC en la redacción que le dio la ley 11/981.

Es decir, en el abintestato, el cónyuge viudo heredaba en defecto de descendientes y ascendientes y siempre que no estuviera separado por sentencia firme o de hecho por acuerdo que conste fehacientemente. Esto último se podía dar no sólo en los casos en que los cónyuges hubieran regulado formalmente su separación, sino también cuando hubieran presentado la demanda de separación de mutuo acuerdo, aunque no hubiera recaído sentencia firme o ni siquiera sentencia en primera instancia.

Desde la entrada en vigor de la ley de reforma del CC de 8 de julio de 2005, la cuestión quedó sujeta a una cierta discusión, dada la redacción de la disposición adicional 2ª de la Compilación, según la cual (en versión de 1990) “las remisiones que hace esta Compilación a las disposiciones del Código Civil se entienden hechas en la redacción vigente a la entrada en vigor de esta ley”. La ley balear 7/2017 ha añadido, con buen criterio, “excepto las modificaciones posteriores, respecto de las cuales las remisiones que éstas hagan al Código Civil se entienden hechas a la redacción vigente a la entrada en vigor de cada ley de modificación”, pero no ha cambiado la primera frase. Este inciso añadido creo que se podía dar por sobreentendido antes de la reforma de 2017, pero en cualquier caso es útil para evitar discusiones.

Hay argumentos para defender, en virtud de la disposición adicional 2ª, que debe aplicarse el art. 945 en la versión vigente en 1990, sin tener en cuenta la modificación del CC de 2005. Apoya esta conclusión el hecho de que la materia regulada por el Estado, o sea, los derechos del viudo en el abintestato, no es una materia de competencia exclusiva estatal, sino que puede ser regulada por las CC.AA. que tengan Derecho civil propio, como es el caso de Baleares.

En realidad, el quid de la cuestión radica en la interpretación de la disposición adicional 2ª. Sin perjuicio de la autoridad de opiniones distintas, la nuestra distingue entre las remisiones a disposiciones concretas del CC y remisiones a la total regulación de una institución o una materia. Así, por ejemplo, sostenemos que la regulación de los testigos en los testamentos que realiza el art. 52 no impide aplicar las formalidades del CC según la regulación de éste en cada momento. Somos bien conocedores que no todos suscriben esta interpretación.

En consecuencia, nuestra opinión sobre la materia que nos ocupa es la siguiente: en el período de tiempo que va desde la entrada en vigor de la ley de 8 de julio de 2005 hasta el 5 de agosto de 2017, el cónyuge viudo hereda en defecto de descendientes y ascendientes y siempre que no hubiera separación legal, declarada por juez o por notario, ni separación de hecho, aunque, respecto de ésta última, no haya “acuerdo que conste fehacientemente”.

Tras la ley balear 7/2017, ha ganado peso el argumento a favor de que la redacción del CC que debe ser aplicada es la vigente a 6 de agosto de 2017. Pero aún se podría seguir manteniendo que debe aplicarse la redacción del CC vigente en 1990, porque la ley 7/2017 no ha modificado la redacción del párrafo primero del art. 53, salvo en cuanto a la forma de expresión: “se rige” en lugar de “se regirá” y “que reconoce al cónyuge viudo” en lugar de “que

se reconocen al cónyuge viudo”. Sin embargo, el hecho de que la totalidad del artículo aparezca escrito en la ley 7/2017, e incluso la realización de esas dos modificaciones formales, llevan más bien a concluir que la remisión al CC debe ser a la versión vigente el 6 de agosto de 2017.

En definitiva, para las herencias abiertas a partir del 6 de agosto de 2017, el cónyuge viudo no puede suceder abintestato si al fallecer su consorte había separación legal o de hecho.

Tanto si se aplica una u otra versión del CC se aprecia en seguida que hay una desarmonía con la norma reguladora de la legítima (art. 53). El cónyuge viudo no tiene derecho a legítima en caso de separación legal pero sí la tiene en caso de separación de hecho. En el abintestato, el cónyuge viudo no hereda en caso de separación judicial ni tampoco (art. 945 CC) en caso de separación de hecho.

Dicho con otras palabras:

En caso de separación legal, el cónyuge sobreviviente no tiene derecho a legítima y tampoco puede heredar abintestato.

En caso de separación de hecho, el cónyuge sobreviviente tiene derecho a legítima pero no puede heredar abintestato.

Una desarmonía se daba también en el Derecho que estuvo vigente antes de la reforma de 2017. Por eso, vamos a comenzar dando nuestra opinión sobre el Derecho anterior.

En el Derecho de Mallorca y Menorca, desde la reforma de 1990 y hasta la entrada en vigor de ley estatal 15/2005, el problema de la descoordinación entre los artículos 834 y 945 CC en su redacción anterior a la reforma de 2005 se planteaba en términos similares al Derecho del CC, en cuanto a la culpabilidad de la separación, como antes hemos explicado. Reiteramos que la culpabilidad no podía ser apreciada a efectos del llamamiento intestado. Respecto de éste, se aplicaba el art. 945 CC en sus propios términos.

Pero el cónyuge tenía derecho a legítima en la sucesión intestada, en los términos del art. 45 de la Compilación, al que se remitía el art. 53. Es decir, tanto en concurrencia con descendientes, como con ascendientes o colaterales, el cónyuge viudo tenía derecho a legítima, salvo que hubiera habido separación de hecho; pero aun en caso de separación de hecho, el viudo mantenía su derecho a legítima si la separación fue imputable al causante.

Tras la reforma del CC el año 2005 y hasta el 5 de agosto de 2017, en el Derecho de Mallorca y Menorca, si los cónyuges estaban separados, teníamos lo siguiente: en caso de separación judicial (desde el 23 de julio de 2015, “separación legal”) el sobreviviente carece de derechos legitimarios, tanto si concurre con descendientes como con ascendientes (aunque como excepción se mantienen si la separación fue imputable al difunto) y no puede ser llamado a suceder intestado, tanto si la separación es imputable al difunto como si no. En caso de separación de hecho, no tiene derecho a legítima, tanto si concurre con descendientes como con ascendientes, salvo que la separación fuera imputable al difunto, en aplicación del art. 45 de la Compilación, pero sí se da el llamamiento intestado, salvo que la separación de hecho sea por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. Por tanto, a efectos de negar el llamamiento intestado, será necesario acreditar que hubo separación de hecho, pero una vez demostrada no hay que probar si la separación fue imputable al difunto, ya que esto es irrelevante a efectos de la sucesión intestada, sino que lo que debe probarse es si hubo (o no) un “mutuo acuerdo que conste fehacientemente”. Si lo hubo, no se dará el llamamiento intestado y sí se dará en caso contrario. Como se ve, se da el caso de que un separado de hecho, que no tiene derecho a legítima (salvo que la separación fuera imputable al difunto), puede heredar abintestato si la separación no fue de mutuo acuerdo que conste fehacientemente. Por ejemplo, el cónyuge que impuso la separación al otro, no tiene derecho a legítima en la herencia de éste último pero le puede heredar abintestato (lo cual, por cierto, no parece muy justo). Esta descoordinación debiera haberse corregido en la reforma de 2017, pero no sólo no se ha corregido sino que la desarmonía se ha aumentado.

En el Derecho de Mallorca y Menorca, **ahora** se dará la paradoja de que el cónyuge separado de hecho será legitimario en la sucesión de su consorte (ex art. 45), incluso aunque haya sido el causante de la separación, pero no podrá heredarle abintestato, pues el art. 945 CC excluye de la sucesión intestada al cónyuge separado de hecho. Pero, repetimos, en la sucesión intestada, será legitimario.

Esto lleva a resultados extraños:

En defecto de descendientes y ascendientes, el cónyuge separado de hecho no podrá heredar. Se producirá un “salto” en el orden intestado y heredarán los colaterales.

Si a un causante le suceden, por ejemplo, colaterales, éstos tendrán que permitir que el cónyuge viudo tenga el usufructo universal vitalicio, aunque tal vez fuera quien impuso la separación de hecho, o que quizá llevase

separado de hecho muchos años y sin trato con el difunto y menos con los familiares de éste.

Si en un matrimonio, uno de los cónyuges tiene vecindad mallorquina y el otro, vecindad civil común, y es éste el primero en fallecer (habiendo separación de hecho), el cónyuge viudo no tendrá ningún derecho sobre la herencia del premuerto en la sucesión intestada, concurra con quien concurra. En cambio, si el primero en fallecer es el cónyuge de vecindad mallorquina, el sobreviviente conserva su legítima.

¿Es esto satisfactorio?

Esta falta de sintonía es especialmente criticable. Si se ha querido mantener la legítima en caso de separación de hecho, se debería haber dispuesto por el art. 53 que la separación de hecho no afecta al llamamiento intestado a favor del cónyuge sobreviviente. Pero no se ha hecho.

Aunque esto hubiera sido, en nuestra opinión, difícil de asumir por la mentalidad común. Mucho más que en el caso de la legítima.

Podría argumentarse que, si no hay derecho a suceder abintestato (ex art. 945 CC) no debe haber tampoco derecho a legítima. Si se excluye el todo, no cabe admitir una parte. Pero resulta que es muy difícil defender esto, pues el art. 53 remite, en cuanto a la legítima, al art. 45 y éste concede legítima al separado de hecho. Las palabras “en su caso” (art. 53) no parecen suficientes para excluir la legítima a que da derecho el art. 45. Más bien significan que el cónyuge viudo tiene derecho a legítima en la sucesión intestada cuando lo tiene según las normas reguladoras de la legítima.

En fin, nuestra conclusión, como se ve, es que, en la sucesión intestada, el cónyuge viudo separado de hecho tiene derecho a legítima. No la tiene si hubo separación legal o se hubieran iniciado trámites para la declaración de ésta. Pero sólo en estos casos.

**En el Derecho de Ibiza-Formentera** rige también el art. 945 Cc.

Teniendo en cuenta que el cónyuge viudo no es legitimario en la sucesión del cónyuge premuerto, no se produce descoordinación: en caso de separación legal, el sobreviviente no puede ser llamado a suceder intestado (art. 945 CC). En caso de separación de hecho, tampoco se plantea la cuestión de si tiene derecho a legítima, y tampoco habrá lugar al llamamiento intestado

(art. 945 CC). Y en todos los casos es irrelevante a cuál de los cónyuges fue imputable la separación.

Antes de la reforma de 2017, también se aplicaba el art. 945 CC. Lo que ocurre es que, como ya hemos dicho, antes de la modificación del CC por la ley de 2005, el llamamiento abintestato sí se producía en los casos de separación de hecho, salvo “mutuo acuerdo que conste fehacientemente”.

Ahora, tras la reforma de 2017, el cónyuge viudo tiene el derecho de usufructo en los términos del art. 84.2 de la Compilación. Esto es, no lo tiene si hubo separación legal o si se hubieran iniciado los trámites para la declaración de ésta. Al igual que en el Derecho de Mallorca y Menorca (prescindiendo ahora de la cuestión de si en el Derecho pitiuso se califica el derecho del viudo como “legítima”) el separado de hecho mantiene su derecho de usufructo en el abintestato, siempre que concorra con descendientes o con ascendientes. A diferencia del Derecho de Mallorca y Menorca, y al igual que ocurría antes de la reforma de 2017, el cónyuge viudo no tiene ese derecho de usufructo si concurre con colaterales.

## **LA RECONCILIACIÓN**

La reconciliación de cónyuges separados judicialmente es algo que no ocurre con frecuencia. En cualquier caso, tiene que acreditarse “debidamente”. Se trata de un problema de prueba.

La “carga” de probarlo es un requisito exigido por la ley 7/2017. El cambio, de todas formas, es más de forma que de fondo, porque parece claro que la reconciliación tenía que probarse siempre y sostener esto es lo mismo que sostener que tiene que acreditarse “debidamente”.

## **LA CONMUTACIÓN**

La conmutación de los derechos del viudo sigue siendo posible en los mismos términos que en el Código civil (arts. 839 y 840), pues el art. 48 in fine de la Compilación remite a éstos. Este artículo ha sido retocado pero sólo formalmente. Donde decía “y el cónyuge viudo en la del artículo 840...” ahora dice “y el cónyuge viudo podrá hacer uso de la del artículo 840...”

La conmutación podía y debiera haber sido regulada por la ley de reforma de la Compilación. No se olvide que la regulación del CC plantea dudas importantes.

Nos hemos permitido “la libertad” de formular una propuesta.

### **Sugerencias de lege ferenda**

Recién publicada una ley puede parecer una broma hacer sugerencias de lege ferenda, pues si los autores de la ley no han tenido en cuenta autorizadas opiniones formuladas tiempo atrás, con menos motivo van a apreciar la presente oferta, pero aun así nos atrevemos a formular, para concluir este comentario, una propuesta con vistas a una eventual reforma futura, aunque hoy por hoy sea ad pompam vel ostentationem.

Hay dos cuestiones, aparte de todo lo que llevamos comentado, que podrían tomarse en consideración.

#### **1ª ¿Usufructo o propiedad?**

El Derecho de Mallorca y Menorca no acogió la institución de la cuarta viudal del Derecho romano, que sí conserva el Derecho de Cataluña, y que puede concretarse en una cuota en propiedad.

El resto de Derechos civiles españoles concede al cónyuge viudo un derecho de usufructo, de diferente extensión según los casos.

Podría hacerse una distinción según con quien concurriera el cónyuge viudo. Por ejemplo, mantener la cuota de usufructo en caso de concurrencia con hijos comunes (así, los bienes del difunto no cambian de línea y el padre o madre que sobrevive conserva el control de la familia); y conceder una cuota en propiedad si no hay hijos o si hay sólo hijos no comunes, pues no parece conveniente desmembrar el dominio. Así ocurre en algún Derecho de nuestro entorno, como en seguida diremos.

2ª Se podría precisar algo la posición jurídica del cónyuge viudo. Por ejemplo, hacer constar que puede promover el juicio de división de la herencia o, quizá (si se formulara con claridad) que no puede hacerse la partición de la herencia sin su consentimiento.

La siguiente sugerencia se limita al art. 45 de la Compilación (Derecho de Mallorca y Menorca).

#### **ART. 45.**

“1. El cónyuge viudo será legitimario en la sucesión de su consorte premuerto, salvo en los siguientes supuestos:

-Si los cónyuges, al tiempo de fallecimiento del primero, se encontraban separados legalmente (1) *o de hecho. (Ibis)*

-Si al tiempo de fallecimiento del primero, cualquiera de ellos hubiera solicitado judicialmente la separación, aunque no hubiera separación de hecho. (2)

2. Si entre los cónyuges separados hubiere mediado reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos sucesorios siempre que la reconciliación resultare de documento público u oficial, aunque ésta no fuera el objeto principal del otorgamiento de éstos. (3)

3. En concurrencia con descendientes, la legítima viudal será el usufructo de la mitad de la herencia. (4)

En cualquier otro caso, la legítima será una cuarta parte de la herencia, en propiedad plena y libre.” (5)

4. Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo. La decisión de conmutación, así como la elección de una o varias de las tres opciones anteriores, corresponde a los herederos, por mayoría, como mínimo, de tres cuartas partes del número total de éstos. La ejecución de la conmutación debe realizarse de mutuo acuerdo entre todos los herederos que hayan decidido la conmutación, de una parte, y el cónyuge viudo, de otra.

Cuando el cónyuge viudo concorra con hijos, o en su caso descendientes ulteriores, de sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de tres cuartas partes, como mínimo, de dichos hijos o descendientes, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios. La ejecución de la conmutación debe realizarse de mutuo acuerdo entre los hijos o descendientes que hayan realizado la elección, de una parte, y el cónyuge viudo, de otra. (6)

5. El cónyuge viudo con derecho a legítima puede promover el juicio de división de la herencia, salvo que su legítima consista en el usufructo universal.

## NOTAS

(1) Se utiliza esta expresión para englobar los casos, posibles desde la entrada en vigor de la ley de jurisdicción voluntaria, de separación declarada judicialmente y de separación, con igualdad de efectos, formalizada ante notario.

(1bis) Creo que debe mantenerse la exclusión en caso de separación de hecho. Sé que lo contrario ha sido una decisión política meditada (por eso lo hemos escrito en cursiva), pero crea excesiva desigualdad respecto de los demás Derechos civiles españoles. En todo caso, si no se quisiera así, habría que mantener el llamamiento intestado en favor del cónyuge separado de hecho, mediante modificación del art. 53.

(2) No se menciona el caso de que la separación hubiera sido solicitada ante notario (que sólo puede ser por ambos cónyuges de mutuo acuerdo) por dos razones: la primera, el encargo al notario se produce de manera privada, a diferencia de lo que ocurre en un juzgado. Y la segunda, la actuación notarial es rápida, de manera que desde el encargo hasta la firma de la escritura de separación van a transcurrir muy pocos días, y si se pide con urgencia es posible tal vez otorgarla el mismo día o al siguiente.

(3) La acreditación de la reconciliación debe hacerse mediante documentos indubitados, pues va a tener la consecuencia de perjudicar a los demás sucesores del causante cuando precisamente éste falta y no se puede ya contar con su versión de lo ocurrido; para seguridad y agilidad de todos debe impedirse la discusión sobre meros hechos (al igual que para testar se piden ciertas formalidades).

En todo caso, parece excesivo exigir que la separación sea el motivo del otorgamiento del documento. Por ello, bastaría, por ejemplo, un acta de protocolización de un acuerdo de separación, siempre que el notario pudiera al menos legitimar las firmas de ambos cónyuges, no siendo necesario que la fe notarial se extendiera al acuerdo.

(4) Se mantiene la naturaleza y cuantía del derecho para no introducir un cambio en algo en que, hoy por hoy, apenas suscita discusión cuando

hay hijos. Quizá pudiera pensarse en el usufructo universal si sólo hay hijos comunes, pero ello obligaría a introducir diferencias entre hijos, que es algo que hoy “no gusta”. En todo caso, esta norma es complementada con la que regula la conmutación, que puede y debiera ser incluida en la Compilación.

La diferencia legal entre hijos no debiera suscitar tanto rechazo. En el Derecho francés, tras la reforma de 2006 (ley 23 de junio de 2006) los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente consisten en el usufructo universal o una cuarta parte de la herencia en propiedad, a elección del cónyuge, pero si hay algún hijo no común, el cónyuge adquiere la propiedad de una cuarta parte (art. 757 CC).

(5) Seguramente se rechazará esto por tratarse de una reforma “excesiva” pero, en la práctica, es más fácil asignar una cuota en propiedad que concretar un derecho de usufructo sobre bienes cuya nuda propiedad se adjudica a otro con quien seguramente no hay una buena relación personal. Por otro lado, el Derecho histórico nos suministra el ejemplo de la cuarta viudal del Derecho romano. Y hay ejemplos, cada vez más, en Derecho comparado. Así, en el Derecho francés, tras la reforma de 2016, el art. 757-1 CC dispone: “Si en defecto de hijos o descendientes, el difunto deja padre y madre, el cónyuge sobreviviente adquiere la mitad de los bienes. La otra mitad corresponde al padre en cuanto a una cuarta parte y en cuanto a la otra cuarta, a la madre. Si el padre o madre hubieran premuerto, la parte que les hubiera correspondido recae en el cónyuge sobreviviente.” En Derecho francés, que es bastante “equilibrado” en defecto de descendientes y de padres, sucede el cónyuge sobreviviente en la totalidad de la herencia (art. 757-2 CC) aunque si, en tal caso, hubiera algún ascendiente de grado más lejano, tiene un derecho de alimentos contra la herencia. Y en todo caso, los bienes que el difunto hubiera adquirido por sucesión mortis causa o donación de sus ascendientes, y que se conservan in natura, son adquiridos por los hermanos del difunto. En el Derecho alemán, el derecho del cónyuge sobreviviente tiene la misma naturaleza que el derecho de los hijos y consiste en un derecho de propiedad.

(6) Con esta redacción se trata de evitar las principales dudas que plantea la vigente redacción de los artículos 839 y 840 CC.