

EL VALOR DE LA “CONYUGALIDAD”: LA CONVENIENCIA  
DE UNA REVISIÓN DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL  
CÓNYUGE SUPÉRSTITE Y SU POSIBLE DISCAPACIDAD  
ANTE LA NUEVA REALIDAD SOCIO-FAMILIAR

*THE VALUE OF “CONJUGALITY”: THE CONVENIENCE OF A  
REVIEW OF THE INHERITANCE RIGHTS OF THE SURVIVING  
SPOUSE AND THEIR POSSIBLE DISABILITY IN THIS NEW SOCIO-  
FAMILIAR REALITY*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 554-601*

Pilar María  
ESTELLÉS  
PERALTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

**RESUMEN:** Cuando la pareja marital se mantiene firmemente anclada en la permanencia de su vínculo conyugal, esa "conyugalidad" es la verdadera protagonista de la solidaridad familiar en el seno del cada vez más reducido núcleo familiar hasta el fallecimiento de uno de sus miembros. Por ello, no resulta nada conveniente desatender esta realidad que el legislador se resiste a reconocer y favorecer como merece. Máxime si atendemos a la posible avanzada edad del superviviente, probable discapacidad y/o situación económica no muy boyante. Así pues, en este análisis se plantea la revisión de los escasos derechos sucesorios del cónyuge superviviente y la limitada libertad de testar en este aspecto, teniendo en cuenta las transformaciones de la familia española en los últimos decenios y, especialmente, de la relación marital que subsiste pese al aumento de las crisis conyugales y consiguientes divorcios de los tiempos actuales.

**PALABRAS CLAVE:** Legítima del cónyuge viudo; legítima alimenticia; derechos sucesorios, libertad de testar; solidaridad intrafamiliar; conyugalidad; discapacidad; vivienda familiar; cautela socini.

**ABSTRACT:** *When the marital couple remains firmly anchored in the permanence of their marital bond, that "conjugalitv" is the true protagonist of family solidarity within the increasingly reduced family nucleus, until the death of one of its members. Which it's why it is not convenient to ignore this reality that the legislator refuses to recognize and favor as it deserves. Especially if we consider the possible old age of the survivor, probable disability and/or not very buoyant economic situation. Thus, in this analysis the review of the scarce inheritance rights of the surviving spouse and the limited freedom of will in this aspect is proposed, taking into account the transformations of the Spanish family in recent decades and, especially, of the marital relationship that persist despite the increase in marital crises and subsequent divorces in the current times.*

**KEY WORDS:** *Legitimate inheritance of widowed spouse; alimentary legitimate; inheritance rights, freedom of will; intra-family solidarity; conjugalitv; disability; family house; cautela socini.*

**SUMARIO.-** I. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR DE LA REALIDAD JURÍDICO-SOCIAL.- II. LA NECESARIA REVISIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE LA LIBERTAD DE TESTAR.- I. Y así, en la era de la libertad, restringimos la de testar.- 2. Y, por el contrario, otorgamos “carta blanca” al legitimario.- 3. Y seguimos exigiendo la *affectio maritalis* a los cónyuges.- III. EL VALOR DE LA CONYUGALIDAD. 1. La solidaridad intraconyugal y familiar.- IV. LA REALIDAD FÍSICA, PSÍQUICA Y SENSORIAL DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE Y EL POSIBLE SESGO DE GÉNERO.- V. LA INCOMPRESIBLE EXCLUSIÓN DE DERECHOS DEL CÓNYUGE VIUDO.- I. La exclusión de la sucesión intestada.- 2. La exclusión de la legítima.- VI. LA CONVENIENCIA DE REVISAR Y ACTUALIZAR LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO.- I. Revisión de los derechos legitimarios del cónyuge viudo.- 2. La atribución del usufructo y la (in) conveniente utilización de la cautela socini y sus problemáticas. 3. Revisión de los derechos abintestato del cónyuge viudo.- VII. LA DESPROTECCIÓN LEGISLATIVA DEL CÓNYUGE VIUDO CON DISCAPACIDAD.- VIII. VICISITUDES DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA.- I. Atribución del usufructo de la vivienda familiar.- 2. Atribución del uso de la vivienda familiar, protección de la posición del cónyuge viudo con discapacidad y sus problemáticas.- 3. La sucesión en el arrendamiento de la vivienda familiar.- 4. Otras propuestas y soluciones habitacionales mortis causa en favor del cónyuge viudo con discapacidad.-IX. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA.

---

## I. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR DE LA REALIDAD JURÍDICO-SOCIAL.

A través de este análisis se pretende abordar los escasos derechos sucesorios del cónyuge supérstite y la limitada libertad de testar teniendo en cuenta las transformaciones de la familia española del siglo XXI relacionando todo ello con cuestiones tan relevantes como la solidaridad intrafamiliar<sup>1</sup> y el creciente desapego en las relaciones con los consanguíneos. La realidad es que se aprecia un nuevo modelo conyugal y familiar<sup>2</sup> en el que cobra mayor protagonismo la relación marital frente a las relaciones con ascendientes o descendientes<sup>3</sup> y que, por el contrario, desde el punto de vista legal, cuenta con un reconocimiento deficitario que ha dejado de dar una respuesta jurídica adecuada frente a la realidad social familiar de este cónyuge viudo<sup>4</sup>. Porque la relación marital, cuando subsiste, cuando no

- <sup>1</sup> Prefiero denominar como solidaridad intrafamiliar a esta cuestión dado que como pone de manifiesto MARTÍN SANTISTEBAN, S.: “Fundamento de la legítima. De la solidaridad patrimonial a la solidaridad en los cuidados personales”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2023, núm. 3, pp. 396-429, en p. 339, aunque el término solidaridad familiar es más amplio, al ser la legítima una institución que alcanza sólo a determinados familiares es más justo, dado que la solidaridad intergeneracional excluye a los cónyuges, pertenecientes a una misma generación.
- <sup>2</sup> Interesante análisis de AYUSO SÁNCHEZ, L.: “Nuevas imágenes del cambio familiar en España”, *Revista Española de Sociología*, 2019, núm. 28 (2) pp. 269 a 287.
- <sup>3</sup> De acuerdo con ALBERDI, I.: *La nueva familia española*, Santillana, Madrid, 1999, p. 81, la peculiaridad de la actual familia española es la coexistencia de diversas generaciones durante más tiempo debido al aumento de la longevidad y al descenso de la tasa de natalidad, lo supone que en España nunca “menos niños han tenido tantos abuelos” como actualmente.
- <sup>4</sup> Para aproximarnos a la configuración actual de la familia, resulta pertinente la cita del sociólogo IGLESIAS DE USSEL, J.: *La familia y el cambio político en España*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 308, para quien la familia “comparte esa sinuosa y ambivalente característica de ser percibida, en cualquier momento histórico en situación de crisis, transición y dramática encrucijada. Siempre en constante perspectiva de cambio y dudoso futuro”.

• Pilar María Estellés Peralta

Profesora de la Universidad Católica de Valencia “San Vicente Mártir”. Correo electrónico: pm.estelles@ucv.es

hay crisis conyugal y consiguiente divorcio, es la verdadera protagonista de la solidaridad familiar y conyugal en el seno del núcleo familiar<sup>5</sup>. Y todo ello determina la necesidad de revisar el posicionamiento en el orden de suceder abintestato del cónyuge viudo para, en vez de relegarlo al tercer lugar en el orden sucesorio, adelantarlo al de los ascendientes e incluso descendiente si este cónyuge viudo se encuentra en una situación de verdadera vulnerabilidad, ya sea por su situación económica y/o su posible discapacidad atendiendo a la elevada edad del mismo. Tengamos en cuenta, el importante juego de las disposiciones sucesorias legales en defectos de testamento: de acuerdo con los datos de que disponemos del Centro de Información Estadística del Notariado<sup>6</sup>, en 2020, 622.587 personas otorgaron testamento notarial ya sea abierto, cerrado o de otro tipo, en 2021 repunta a 713.578 (quizás a consecuencia de la pandemia) pero desciende en 2022 (última fecha de la que se disponen datos mientras se analiza esta cuestión) a 695.392. Esto, es, pese al incremento de personas mayores en nuestra pirámide poblacional, los españoles no terminan de decidirse a testar y nos movemos en un rango anual que oscila entre los 600.000 y 700.000 testamentos.

Asimismo, se debe revisar el alcance de los derechos legitimarios del cónyuge viudo en la herencia del premuerto, aumentando, igualmente su porción legitimaria; pues si bien el testador puede nombrarle en la libre disposición, de no haber testamento, ello será imposible. En consecuencia, sería conveniente que tanto los derechos sucesorios como la legítima del cónyuge viudo (y demás parientes) se readaptaran a una función más ajustada a los tiempos presentes y atendiera, asimismo, al origen del patrimonio del testador, que en la mayoría de los casos es fruto del esfuerzo, trabajo y ahorro del propio causante pero también del de su cónyuge, en mayor medida, sin duda, que de los descendientes del causante<sup>7</sup>.

Por otra parte, la realidad social y el aumento en la esperanza de vida por encima de los 80 años tanto de los causantes como de sus viudos -en la mayor proporción de la mujer viuda, si atendemos al sesgo de género en esta cuestión- son aspectos que no se tienen en cuenta de manera especial por el legislador para otorgar determinados derechos sucesorios. Y tampoco facilita la ampliación de la libertad de disposición del testador cuando el cónyuge viudo sea persona con discapacidad salvo lo prevenido de manera general para todo legitimario con discapacidad en el art. 822 CC, lo que ha supuesto la pérdida de una oportunidad

5 Algunos autores como MARTÍN LÓPEZ, E.: *Familia y sociedad: una introducción a la sociología de la familia*, Rialp, Madrid, 2000, pp. 137 y ss., afirma que si bien en la familia española se mantiene cierta solidaridad, el actual hedonismo supone la evasión de toda responsabilidad y compromiso; así como el individualismo con el que camina aparejado, conlleva la ruptura de toda dependencia entre los miembros de la ya muy reducida familia, desvirtuando la institución familiar y destruyéndola.

6 CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO. CENTRO DE INFORMACIÓN ESTADÍSTICA DEL NOTARIADO: <https://www.notariado.org/liferay/web/cien/estadisticas-al-completo> (Consulta: 20/12/2023).

7 Vid. al respecto, CABELLO HERNÁNDEZ, J. R.: "Presupuestos para una reforma del sistema de legítimas en derecho español de sucesiones", *Revista Boliviana de Derecho*, 2023, núm. 36, julio, pp. 116-145.

única de proteger la vulnerabilidad del cónyuge viudo con probable discapacidad (debido entre otras causas, a su avanzada edad) y que la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, no ha considerado. Más bien al contrario, en algunos casos, la aplicación del mencionado precepto puede provocar situaciones de convivencia de hijos sólo del causante con discapacidad y el cónyuge viudo con el que pueden o no mantener una relación más o menos cordial; o bien la convivencia del viudo con sus suegros mientras lo necesiten (aunque no reine la concordia).

Por tanto, con esta norma se debilita la posición del cónyuge viudo que tal vez sufra, asimismo, alguna discapacidad y ello si atendemos, además a que la vivienda habitual representa sin duda el valor más significativo de la gran mayoría de patrimonios hereditarios que se generan en la sociedad actual.

Ya señalamos en un estudio anterior, que “lo que procede es diseñar un derecho de sucesiones mejorado que pueda integrar las nuevas realidades conyugales y familiares con los aspectos positivos de la actual regulación sucesoria y erradicar la persistente desconsideración legal al cónyuge viudo. Para ello, son necesarios dos caminos: una reforma en la materia que aborde el trato de desfavor hacia el cónyuge viudo<sup>8</sup> y una reforma que amplíe la libertad de testar sobre el propio patrimonio, patrimonio que pertenece al causante y a nadie más, tema analizado en otros trabajos a los que me remito dada su extensión e interés<sup>9</sup> y que conlleva

- 8 Vid., al respecto ESTELLÉS PERALTA, P. M.: “La familia española del siglo XXI: nuevas realidades en la sucesión mortis causa del cónyuge supérstite”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 2022, núm. 33, pp. 222-251.
- 9 Vid., ESTELLÉS PERALTA, P. M.: “La (in)discutible soberanía de la voluntad del testador en la disposición mortis causa de su patrimonio”, en AA.VV.: *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil español*, (dir. por P. M. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 150-192. pp. 181 y ss.; GARCÍA RUBIO, M. P.: “Legítimas en el Derecho español. Diversidad, complejidad y retos que planean sobre la legítima del código civil”, en AA.VV.: *Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria*, (coord. por V. BARBA y L. PÉREZ GALLARDO), Olejnik, Santiago de Chile, 2021, pp. 23-58, en pp. 23 y ss.; GOMÁ LANZÓN, I.: “¿Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI?”, en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 61-76; PARRA LUCÁN, M. A.: “Las legítimas en la propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de profesores de Derecho civil”, en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 193-212; BARRIO GALLARDO, A.: “El ocaso de las legítimas largas”, en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 287-314; DE LA IGLESIA PRADOS, E.: “Consecuencias en la libertad de testar y la legítima de la violencia en la pareja”, en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 335 y ss.; FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: “La libertad de testar del causante como protección sucesoria del cónyuge viudo en el siglo XXI”, en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 491 y ss.; BERMEJO PUMAR, M. M.: “Legítima crediticia”, en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 117 y ss.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: “Límites constitucionales a la libertad de testar”, en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 7-38; ZURITA MARTÍN, I.: “La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables”, en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 83-112; BARRÓN ARNICHES, P.: “Ponderación de la desheredación como instrumento al servicio de la libertad de testar. El sistema de legítimas desde la perspectiva de las personas mayores”,

ineludiblemente a un debilitamiento e incluso desaparición de las legítimas y su sustitución por un sistema de libertad de testar que según algún sector doctrinal, podría generar cierto rechazo debido a la inercia histórica y social<sup>10</sup>. Y al respecto me planteo por qué temer la libertad de quien decide sobre lo propio en favor de quien considere más apropiado. ¿Acaso conoce mejor el legislador lo que conviene a cada testador, a su familia y circunstancias?"<sup>11</sup>. Obviamente, en mi opinión, la respuesta es negativa. ¿Cómo va a conocer el legislador las necesidades concretas de cada situación familiar y personal? Es impensable, sin embargo, amparándose en este "desconocimiento" el legislador se permite restringir la libertad testamentaria con un importante apoyo doctrinal.

## II. LA NECESARIA REVISIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE LA LIBERTAD DE TESTAR.

La libertad del individuo debería también alcanzar a la disposición de "su" (que no de otros) patrimonio post mortem. Libertad de testar que no atenta contra la familia porque esta se transforma inexorablemente aun con el inderogable sistema legitimario español. Y pese a todo ello, plantear la supresión, e incluso, la reforma del sistema de legítimas supone para un importante sector doctrinal, atacar directamente el núcleo duro de nuestro sistema sucesorio por lo que no es ampliamente aceptada. Por el contrario, se teme que la supresión de las legítimas en favor de los descendientes pueda suponer una desprotección de estos parientes<sup>12</sup>

---

en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 113-146; BOSCH CAPDEVILA, E.: "El cálculo de la legítima de los descendientes en los Derechos civiles españoles", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 147-192; GIMÉNEZ COSTA, A. y VILLO TRAVÉ, C.: "Libertad de testar y protección del cónyuge viudo o conviviente supérstite", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 221-266; BLANDINO GARRIDO, M. A.: "Libertad de testar y condiciones testamentarias", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 267-305; COSIALLS UBACH, A. M.: "La partición de la herencia y la libertad de testar", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 375-408; PUYALTO FRANCO, M. J.: "Libertad de testar y transmisión *mortis causa* de la empresa", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 409-444; MARÍN CONSARNAU, D.: "La residencia habitual en el reglamento (EU) 650/2012 como manifestación de la libertad de testar: problemas y pautas para su determinación", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 445-474; SERRANO DE NICOLÁS, A.: "Libertad de testar y planificación testamentaria", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 475-500; GALICIA AIZPURUA, G. H.: "Legítimas y libertad de testar en el País Vasco", en AA.VV.: *Tratado de legítimas* (coord. por T. F. TORRES GARCÍA), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 417-470.

10 GALICIA AIZPURUA, G. H.: "Las legítimas en la propuesta de reforma de la Asociación de profesores de Derecho civil", en AA.VV.: *Retos y oportunidades del Derecho de sucesiones* (dir. por C. VILLO TRAVÉ), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 47-74, en p. 51.

11 ESTELLÉS PERALTA, P. M.: "La familia", cit., p. 225.

12 Ya CARBONNIER, J.: *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1974, afirmaba hace años que la familia ha sufrido una proletarización porque la fortuna parece contar menos que las personas que la integran y ha dejado de ser una entidad plutocrática, el almacén de dotes y herencias. Actualmente (1974), sus relaciones patrimoniales se circunscriben básicamente a las de los alimentos,

(argumento que no puedo compartir si atendemos a que los descendientes perciben su legítima cuando ya rondan los 50-55 años) y, sin embargo, existe la mencionada precaución. No se rechaza de plano, en cambio, que se pueda reducir la cuantía de la porción legitimaria olvidando que la cobertura constitucional afecta a la libertad de testar pero no a la institución legitimaria: la legítima no es una institución de orden público, según entiende un importante sector doctrinal<sup>13</sup>. O como afirma Parra Lucán, “otra cosa es que el Derecho de sucesiones debe conciliar la libertad de disponer (artículo 33 de la Constitución) con la necesaria protección de la familia (art. 39 de la Constitución) y el sistema de las legítimas es una de las formas de lograrlo”<sup>14</sup>. La conclusión parece ser que existe una clara insatisfacción ante el actual sistema legitimario pero no hay acuerdo sobre cómo mejorarlo<sup>15</sup>. Desde luego, dejarlo tal cual está regulado no parece la mejor solución<sup>16</sup>.

### I. Y así, en la era de la libertad, restringimos la de testar.

A menudo, aunque no en todo caso, las personas mayores son ingresadas en residencias geriátricas u hospitales<sup>17</sup> desatendiendo el deber de asistencia es inherente al principio de solidaridad familiar<sup>18</sup>. Estas personas se sienten solas y desatendidas por sus familias y, en consecuencia, no se muestran muy partidarias de que tras su muerte deban estos parientes poco afectuosos disfrutar de los bienes (pocos o muchos) del causante “abandonado” en vida. Desde la irrupción de la pandemia por la Covid-19, aumentaron las consultas de ancianos que deseaban desheredar a familiares que ni siquiera contactaron con ellos por teléfono<sup>19</sup>. Por el contrario, si atendemos a que el fundamento prioritario de la legítima descansa en la solidaridad intergeneracional que debe exigirse recíprocamente, ello debería servir de acicate a los legitimarios para ocuparse de su causante y deberían haberse

---

por lo que este modelo familiar no se muestra muy de acuerdo con una prodigalidad entendida como protección de una herencia futura.

13 Por todos, BARRÓN ARNICHES, P.: “Ponderación de”, cit., p. 119.

14 PARRA LUCÁN, M. A.: “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, *AFDUDC*, 2009, núm. 13, p. 500. Disponible en [https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/7529/AD\\_13\\_art\\_24.pdf](https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/7529/AD_13_art_24.pdf).

15 Así, DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Una propuesta de política del derecho en materia de sucesiones por causa de muerte”, en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*. (XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander, 9 a 11 de febrero de 2006), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pp. 13-172, en p. 165.

16 Así, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: “Límites constitucionales”, cit., p. 36 entiende que la Constitución española no sólo no impide una modificación del sistema legitimario actualmente vigente, sino que lo impone.

17 Aunque justo es reconocer que otras en porcentaje minoritario, son atendidas en su casa por algunos familiares sin contraprestación.

18 ARROYO Y AMAYUELAS, E.: “La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2010, núm. 1, pp. 1-53, p. 13, entienden que sí se atiende mayoritariamente a nuestros mayores en el seno de la familia, lo que sería deseable aunque lamento disentir.

19 Disponible en <https://elpais.com/economia/2020-11-06/desheredados-por-no-cuidar-de-sus-padres-durante-la-pandemia.html>. Asimismo, fue muy sonado en 2015, el caso de la anciana austriaca de 85 años de edad que destruyó cerca de un millón de euros a tijeretazos para privar de los mismos a sus herederos en justa represalia después de que éstos la ingresaran en una residencia.

producido estas situaciones de maltrato moral<sup>20</sup>. Con todo, y pese a algunos pronunciamientos jurisprudenciales, es evidente y clamorosa la dificultad para desheredar a los parientes en el Derecho común<sup>21</sup> y las limitaciones a la libertad de testar con las que se encuentran algunos ancianos en estas testaduras, por lo que se debería valorar una posible reducción (e incluso supresión) de las legítimas y, en todo caso, la supresión de la igualdad de los descendientes en la legítima, también en la estricta, pues no todos los hijos se portan igual con el causante y dadas las rigideces del sistema de desheredación se debería flexibilizar el mismo y aumentar el elenco de causas<sup>22</sup>. Pero si atendemos a la "affectio familiaris" sobre la cual se asienta el actual modelo de familia<sup>23</sup> ello debería inspirar una nueva interpretación del fundamento de la legítima y la desheredación y por tanto, la "desaffectio familiaris" hacia el causante no debería limitarse a la legítima. Por el contrario, debería alcanzar a los demás mecanismos de transmisión de la riqueza, dentro y fuera del ámbito sucesorio<sup>24</sup>. Es innegable que actualmente, la desheredación es un proceso bastante complejo que puede desembocar en una larga y costosa contienda judicial entre herederos<sup>25</sup>. Y todo ello, perjudica al cónyuge viudo, en

- 20 LASARTE ÁLVAREZ, C.: "Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea", en AA.VV.: *La protección de las personas mayores*, (dir. por C. LASARTE), Tecnos, Madrid, 2007, p. 382: "Debería la persona que ostente la condición de legitimaria y que ha sido desheredada demostrar el mantenimiento de los lazos afectivos, la cercanía sentimental, los cuidados propios de cada caso en relación con la persona causante, sea ésta progenitora, cónyuge o descendiente, pues evidentemente la regla habría de aplicarse con carácter general a cualesquiera supuestos de legítima", tanto de ascendientes como de descendientes. Para MARTÍN SANTISTEBAN, S.: "Fundamento de", cit. p. 416, "la inclusión del abandono emocional al testador, como causa de desheredación autónoma, es acorde con una legítima que no se entiende como un derecho de los legitimarios sino como una compensación por los cuidados proporcionados al causante. Al margen de dotar de utilidad a la figura como instrumento de cohesión de los vínculos familiares, se eliminaría la inseguridad jurídica que ocasiona pronunciarse acerca de un elemento tan subjetivo como es el del daño psicológico al testador".
- 21 Baste como muestra la STS 24 mayo 2022 (*Tol 8996156*), que consideró que, no habiéndose acreditado el daño psicológico a la testadora, tampoco había quedado probado que la falta de relación familiar y afecto fuera imputables a las desheredadas, sino que, el distanciamiento familiar, se produce tras una historia previa de desencuentros que determinaron una situación de falta absoluta de relación. Señala la STS que en el Código civil no procede incluir el mero distanciamiento familiar dentro del maltrato psicológico constitutivo del maltrato de obra y que la aplicación del sistema vigente no permite configurar por vía interpretativa una nueva causa autónoma de desheredación basada exclusivamente, sin más requisitos, en la indiferencia y en la falta de relación familiar, puesto que el legislador no la contempla. Por otra parte, la STS 19 abril 2023 (*Tol 9524362*), reitera la anterior doctrina y señala que, a pesar de la larga ausencia de relación durante 16 años entre el testador y la legitimaria, una vez ésta alcanzó la mayoría de edad, dicha "falta de relación no permite afirmar, salvo en el terreno especulativo, la existencia de un maltrato psicológico ni de un abandono injustificado, sobre lo que no existe prueba alguna, prueba que incumbía a la designada heredera, que no se ha personado en el procedimiento, desconociéndose igualmente si el padre realizó algún intento de ponerse en contacto o conocer la situación de su hija".
- 22 De lo contrario nos encontraremos con más sucesos como el relatado de la anciana que testa en favor de sus mascotas varios millones de dólares relegando a sus hijos. Disponible en <https://www.abc.es/recreo/anciana-cambia-testamento-deja-fortuna-mascotas-hijos-20240126155042-nt.html> (consulta 27 enero 2024).
- 23 Curiosamente, en una reciente sentencia, STS 30 enero 2024 (*Roj: STS 433/2024*), el Tribunal Supremo ha privado de la patria potestad al padre porque desde que el hijo nació no ha mantenido ningún contacto con él, ni se ha interesado por su situación o sus necesidades, con lo que demuestra una falta de afecto tal que merece una de las sanciones más graves en la relación paterno-filial ¿por qué no aplicar el mismo rigor por la falta de relación e interés en materia sucesoria?
- 24 MARTÍN SANTISTEBAN, S.: "Fundamento de", cit. p. 417.
- 25 En opinión de VAQUER ALOY, A.: "Derecho a la legítima e intereses subyacentes, en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 63-82, en p. 78, sería oportuna una mayor relajación de la causa contemplada



todo caso. No sólo porque limita sus derechos sucesorios sino porque en caso de litigio se retrasa su acceso a la exigua porción que el legislador le consiente.

Si se aumentara la libertad de testar; si se permitiera al testador beneficiar a aquellos que le prestaron afecto y atenciones en los últimos años de su vida, que fueron solidarios con el causante, también a nivel afectivo, se solucionaría el complejo sistema de desheredación, -por innecesario- y los agravios que sufren aquellos que verdaderamente estaban unidos al testador más allá de los lazos de sangre. Por qué no entender que la disposición testamentaria constituye la proyección patrimonial de un afecto individual que debe ser respetado<sup>26</sup>.

## 2. Y, por el contrario, otorgamos “carta blanca” al legitimario.

Como ya hemos analizado, si nos preguntamos por el fundamento del sistema legitimario, la función social de la legítima pierde pie en los tiempos actuales: el interés familiar, la solidaridad intergeneracional, las relaciones familiares y los afectos entre ascendientes y descendientes. En nuestro sistema sucesorio y, especialmente, en la institución de la legítima está arraigada la idea de que la justificación histórica de la misma se fundamenta en la cohesión familiar y, en consecuencia, en la solidaridad intrafamiliar o intergeneracional<sup>27</sup>. En base a este principio se alega que los miembros de la familia contribuyen activamente a la creación de la riqueza familiar aportando su esfuerzo común en pro del interés familiar, por lo que es de justicia que a la muerte de uno de sus miembros, la legítima garantice la participación de esos familiares en la prosperidad y bienes del causante. Sin embargo, este planteamiento ha decaído porque ascendientes y descendientes ya no trabajan todos en el negocio común ni contribuyen al acervo familiar ni tampoco conviven todos juntos en la misma vivienda familiar<sup>28</sup>. Y todo ello queda desbordado por las nuevas formas que tienen padres e hijos de relacionarse entre sí si atendemos, asimismo, al crecimiento exponencial de familias reconstituidas y a la mayor longevidad de los causantes. Al final, el argumento queda reducido a los lazos de sangre (*ius sanguinis*) entre el causante

---

en el art. 853.2 CC: el maltrato de obra, de modo que sea suficiente para considerar abandono, la mera inobservancia de la solidaridad familiar.

26 CABELLO HERNÁNDEZ, J. R.: “Presupuestos para”, cit., p. 137.

27 Vid. GOMÁ LANZÓN, I.: “¿Tienen sentido”, cit., p. 70 y ss.

28 Al respecto, LÓPEZ LÓPEZ M. T., GONZÁLEZ HINCAPIÉ, V. Y SÁNCHEZ FUENTES, A. J.: *Personas mayores y solidaridad intergeneracional en la familia. El caso español*, Cinca, Madrid, 2015 p. 54 y ss., señalan que dado el aumento exponencial de los divorcios en España, las cadenas generacionales se multiplican y se hacen más complejas cuando la ruptura tiene lugar en la generación de los hijos, en cuyo caso, los hijos no ayudan a sus padres, por el contrario, son los padres los que ayudan nuevamente a sus hijos no sólo en cuestiones económicas o en especie (cuidado de los nietos, la vuelta de los hijos divorciados al hogar paterno, etc.), sino también en el apoyo afectivo y emocional que se requiere de manera especial en situaciones de tránsito del ciclo vital como puede ser un divorcio. Así las cosas, debemos concluir que la pareja conyugal, por tanto, sí tienen arraigada la solidaridad intrafamiliar y la ejerce de manera efectiva. También entre sí, colaborando y apoyando a su consorte personal y profesionalmente; ahorrando para cuenta común y/o el pago de las cargas del matrimonio y la familia. El cónyuge, en suma, es el verdadero compañero en el camino de vida del causante ahora difunto.

y el legitimario<sup>29</sup> que se sabe perceptor preferente y con garantías de una porción (bastante importante) del patrimonio del causante si atendemos al art. 818.2 CC. También se sabe impune por las dificultades que entraña el actual sistema de desheredación, frente a determinadas acciones o inacciones en relación con el causante, si atendemos a los arts. 853 y siguientes CC; causante a quien no se le permite en el ejercicio de su facultad de testar que desarrolle plenamente su personalidad<sup>30</sup>. Restricción de la libertad de testar que no se corresponde con el art. 348 CC que proclama el principio de la libertad de disposición del titular dominical, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes y, así las cosas, no resultan coherentes los límites a las disposiciones testamentarias mortis causa y la ausencia de tales límites en las disposiciones a título lucrativo, inter vivos. O bien se amplía la libertad de testar o bien se restringe la libertad de disposición inter vivos. Ni mucho menos planteo la conveniencia de cualquier otra restricción, tan sólo me planteo el porqué de esta incoherencia<sup>31</sup>.

A ello se suma que ni siquiera se exige al descendiente legitimario comportamientos acordes con el afecto hacia el causante. Según pone de manifiesto Cabello<sup>32</sup>, la idiosincrasia de los miembros de la familia española es mucho más individualista que cuando se promulgó nuestro Código Civil, por lo que cabe preguntarse hasta qué punto resulta aceptable la reserva de dos tercios del caudal relicto en favor de los hijos que, presumiblemente, no van a atender a sus padres, encontrándose en la convicción de que tienen garantizada legalmente su herencia. Cada década aumentan las tasas de abandono hacia a los parientes ancianos a los que tampoco se les cuida personalmente lo suficiente, ingresándolos en instituciones ad hoc sin apenas atención de sus allegados (ni visitas ni llamadas). ¿No habrá llegado (y rebasado) ya el momento de limitar -aquí sí- la función tuitiva del Estado que, prácticamente suplanta la voluntad del testador permitiendo limitando su soberana y autónoma decisión sobre el destino de su patrimonio y aceptando que conoce a sus descendientes, ascendientes y cónyuge mejor que el legislador y sabe quién merece y necesita sus bienes? ¿Podemos pensar razonablemente que cuando un padre no desea instituir herederos a sus hijos, salvo algún supuesto de error, es porque tiene buenas y dolorosas razones? A la luz de las estadísticas<sup>33</sup>, y teniendo en cuenta que no excede del 15% la población que

29 En el mismo sentido, gran parte de la doctrina. Por todos, VAQUER ALOY, A.: "Acerca del fundamento de la legítima", *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2017, núm. 4, p. 9.

30 Vid. BARRÓN ARNICHES, P.: "Ponderación de", cit., p. 121.

31 CABELLO HERNÁNDEZ, J. R.: "Presupuestos para", cit., p. 139.

32 CABELLO HERNÁNDEZ, J. R.: "Presupuestos para", cit., p. 140.

33 Téngase en cuenta que la esperanza de vida de los espales/as ha aumentado exponencialmente. Así, ha pasado de 34,8 años en 1900, a 69,11 años en 1960 y 83,08 años (85,74 años en las mujeres) en 2022. Disponible en <https://datosmacro.expansion.com/demografia/esperanza-vida/espana> (Consultado 16/02/2024).

testa<sup>34</sup>, podemos concluir que la ampliación de la libertad de testar no constituiría una gran modificación de la vida cotidiana, defiriéndose, para el 85% restante de la población, la sucesión intestada. Es evidente que la ampliación de la libertad de testar puede funcionar como elemento corrector de injusticias.

### 3. Y seguimos exigiendo la *affectio maritalis* a los cónyuges.

La “*affectio maritalis*” está basada en el afecto y el cuidado mutuo y supone no solo la voluntad de convivir juntos como una pareja estable sino la voluntad de permanecer unidos como marido y mujer<sup>35</sup>; es esencial al matrimonio y debe ser recíproca entre los cónyuges<sup>36</sup> pese a que no se exige ni específicamente en el art. 73 CC ni en el resto del articulado<sup>37</sup>. Si bien últimamente, la apreciación de la “*affectio maritalis*” ha perdido relevancia en los procesos de separación y divorcio<sup>38</sup>, no así en relación con la conservación o exclusión de los derechos sucesorios a la herencia del cónyuge premuerto. Efectivamente, la “*affectio maritalis*” constituye un importante presupuesto para acceder a la titularidad de los derechos sucesorios del consorte porque el Código Civil no contempla derechos sucesorios en favor de quien no tiene el estatus de cónyuge por lo que aquellos divorciados y cuyo matrimonio haya sido anulado<sup>39</sup> quedan excluidos de la sucesión del premuerto y sólo recibirán aquello que testador haya dispuesto en su favor por medio de herencia o legado no vinculado a la condición de cónyuge que hubiera ostentado en su día como seguidamente analizamos.

34 Disponible en <https://notariadealboraya.es/blog/algunas-estadisticas-sobre-testamentos-y-herencias> (Consultado 18/02/2024).

35 Vid. STS 16 febrero 1999 (Tol 2162); PERUGA PÉREZ, E.: “La relevancia de la *affectio maritalis* en la ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias por crisis matrimonial o de convivencia: comentario crítico de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 14/2019, de 21 de febrero. Una propuesta de interpretación del artículo 422-13 del Código Civil de Cataluña”, *Revista Catalana de Dret Privat*, 2020, núm. 21, pp. 153-193, en p. 183.

36 SSAP Tenerife 18 mayo 2017 (Tol 6582468), Alicante 30 septiembre 2004 (Tol 568842), Madrid 21 mayo 2004 (Tol 7802157), entre otras.

37 Según ya manifestó la SAP Zaragoza 5 octubre 1994 (Tol 384592) tiempo atrás, señalando que la falta de “*affectio maritalis*” como causa de separación no es “legal” en el sentido en que no se encontraba en el elenco cerrado o *numerus clausus* del antiguo artículo 82 CC. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial mayoritaria posterior ha venido considerando como causa “genérica” de la separación conyugal la denominada como “*desaffectio maritalis*”, es decir, la ruptura o quiebra del necesario, mínimo e imprescindible afecto para que la convivencia pueda desarrollarse en un clima adecuado al cumplimiento de los deberes conyugales de los arts. 66 y 68 CC. Cuando esa posibilidad desaparece, sea a causa de la actitud de uno u otro o de ambos cónyuges, se da esa “genérica” causa de separación, según la SAP Zaragoza 14 diciembre 2001 (Tol 414010). Vid. MEDINA PABÓN, J. E.: *Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 293.

38 ARCOS VIEIRA, M. L.: *La desaparición de la “affectio maritalis” como causa de separación y divorcio*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2000. Pese a ello, la SAP Valencia (Tol 3029086), determinó la nulidad matrimonial *in radice* ante la ausencia de voluntad de aceptar por parte de uno de los contrayentes, “una relación con proyecto de permanencia, convivencia, fidelidad y ayuda mutua”.

39 Para un mayor análisis de otra problemática sobre esta cuestión a raíz de la Ley 15/2015 que introduce en nuestro Derecho positivo el concepto de separación legal (art. 1392.3 CC) en virtud de tres modalidades de formalización de una ruptura matrimonial, aun persistiendo el vínculo: la separación judicial y las otras dos variantes resultado de la desjudicialización de esta materia: la separación que deriva del decreto del Letrado de la Administración de Justicia que aprueba el convenio regulador y la que nace del otorgamiento de escritura pública notarial, vid. ESTELLES PERALTA, P. M.: “La familia”, cit., y DIAZ MARTÍNEZ, A.: “Artículo 81” en AA.VV.: *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 187-193, en p. 157.

En los casos de separación legal y de hecho, aun existiendo vínculo, el legislador aparta expresamente al "viudo" separado legalmente y también de hecho (arts. 834 y 945 CC) de la sucesión del causante amparándose en la desaparición de la "affectio maritalis". Luego la mera permanencia del vínculo conyugal sin "affectio" no confiere derechos sucesorios al viudo porque desaparece el fundamento de su atribución al supérstite que no es otro que esa "affectio maritalis" pese a la pervivencia del vínculo conyugal<sup>40</sup>. Esta "affectio maritalis" entendida como la intención seria y libre de los miembros de la pareja de permanecer en esa unión de manera indefinida requiere convivir maritalmente como cónyuges y constituye un importante fundamento para acceder a la titularidad de los derechos sucesorios del consorte<sup>41</sup>.

Así pues, una vez reconocida la "desaffectio" como consecuencia del cese efectivo de la convivencia conyugal -debido a la voluntad de uno o ambos cónyuges de poner fin a su relación marital-, decae el derecho. Ni siquiera se reconocen derechos sucesorios al viudo en proporción a los años de "armoniosa convivencia conyugal". Al mismo tiempo, es pertinente traer a colación una cuestión relevante: el origen de la "desaffectio", derivada de la reforma por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificaron el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, pues ya no se exige que tal separación se produzca de mutuo acuerdo admitiéndose la separación unilateral por *voluntad* del cónyuge que "coge sus bártulos y se marcha"; tampoco importa ya determinar si hubo un supuesto "culpable" de la crisis conyugal<sup>42</sup>, ni hace falta que ésta se materialice en una resolución judicial o decreto notarial bastando a estos efectos la situación de separación de hecho voluntaria y unilateral, que podrá ser probada por cualquier medio<sup>43</sup>. Este cambio en el modo de concebir las relaciones de pareja en nuestra sociedad, el respeto al libre desarrollo de la personalidad garantizado por el art. 10.I de la Constitución y el respeto del derecho de los cónyuges a no permanecer casados contra su voluntad, constituyen los presupuestos a los que atendió la reforma por la Ley 15/2005, en base a este cambio de paradigma. Por consiguiente, se suprimió la referencia del anterior artículo 834 CC a la "culpa" del causante como requisito sine qua non de la adquisición del derecho a legítima

40 Vid, sobre esta cuestión ESTELLÉS PERALTA, P. M.: "La familia", cit., pp. 222-251.

41 Luego se excluye la "affectio" si se trata de compartir una vivienda sin la intención de hacer vida en común o de entablar una auténtica relación de pareja marital. Vid, al respecto, MEDINA PABÓN, J. E.: *Derecho de, cit.*, p. 293.

42 Al contrario, en el nuevo texto del art. 834 CC reformado por la Ley 15/2005, se dice que: "El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora". Las diferencias que se pueden apreciar son, por una parte, de tipo formal al sustituir la expresión "se hallare" por "se hallase" si alcance sucesorio. Y otra de mayor relevancia al modificar la redacción anterior, "...no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto..."; aludiendo a la culpa que ahora, por coherencia con la reforma de los arts. 81 y 86 CC, desaparece por la nueva "...no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho". En consecuencia, a partir de la reforma se suprime el derecho a su legítima del cónyuge sobreviviente separado de hecho aun sin haber provocado la misma.

43 Vid., GIMÉNEZ COSTA, A. y VILLÓ TRAVÉ, C.: "Libertad de", cit., p. 223.

del cónyuge supérstite separado judicialmente, de tal manera que si la separación se había producido “por culpa del difunto” el sobreviviente conservaba su derecho. Efectivamente, la antigua redacción constituía una reminiscencia de aquel sistema de separación de base culpabilista<sup>44</sup> ya superado<sup>45</sup>, pero la consecuencia ha sido la privación del derecho a la legítima y a la sucesión intestada del viudo “inocente” que, a diferencia del difunto, sí cumplió con sus deberes de fidelidad, de convivencia y apoyo mutuo. Así las cosas, resulta significativa la mengua de la posición sucesoria del cónyuge viudo al suprimirse la exigencia de que la crisis conyugal que desencadena la separación de hecho o de derecho de los cónyuges obedezca al cese efectivo de la convivencia, sin posibilidad de reconciliación o a la violación grave y reiterada de los deberes conyugales, que operó la mencionada reforma introducida por la Ley 15/2005. Las consecuencias de la pérdida de derechos como legitimario<sup>46</sup> y heredero abintestato del cónyuge supérstite no conviviente por decisión unilateral del causante en el cese de la convivencia marital, puede suponer un agravio al cónyuge viudo que nunca tuvo voluntad de separarse y que sufre la pérdida de sus derechos sucesorios, una desheredación encubierta, por la mera voluntad del causante al que de manera incoherente no se le reconoce esa misma libertad para “liberarse” de otros legitimarios unidos, estos sí, por vínculos de sangre que no de afectos. Por ello, cuando la separación no es acordada por ambos esposos se puede producir en estos casos, además de una lesión irreparable en las expectativas del supérstite por la actuación unilateral del desleal fallecido que incluso se separa en el último momento, además de una grave injusticia basada, ahora sí, en los afectos.

Luego, y teniendo en cuenta lo antedicho, si pervive la “affectio”, si ambos cónyuges conviven maritalmente en una comunidad de vida y amor, si la voluntad (individual) del cónyuge es preeminente en todo caso y se atiende y otorga a la misma gran importancia y consecuencia jurídicas ¿por qué no se atiende a la voluntad del cónyuge testador que desea favorecer a su consorte en mayor porción de la que le permite el legislador? ¿por qué tanta incoherencia?

44 PÉREZ ESCOLAR, M.: “Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código civil español. Revisión de fundamentos y planteamientos de futuro”, *Anuario de Derecho Civil*, 2007, núm. 4, pp. 1642-1678, en p. 1670.

45 Para la SAP Salamanca 19 noviembre 2019 (Tol 7861936) la nueva redacción del art. 834 CC elimina la legítima conyugal sin buscar culpables o inocentes.

46 Así la SAP Salamanca 19 noviembre 2019 (Tol 7861936) señala que la nueva redacción del art. 834 CC elimina la legítima conyugal, sin buscar culpables o inocentes, por el cese de la convivencia; o el ATS 4 julio 2018 (Tol 6666116) señala que aunque el proceso de divorcio contencioso no concluyó por morir el testador, la Sala aprecia que hay separación de hecho debidamente acreditada. Vid., asimismo, MARTÍNEZ VELENCOSO, M. L.: “Aspectos sustantivos del derecho hereditario”, en AA.VV.: *Derecho de sucesiones* (dir. por J. ALVENTOSA DEL RÍO y M. E. COBAS COBIELLA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 149-725, en p. 676 y ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *Derechos sucesorios del cónyuge y reglamento sucesorio de la unión europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 71.

### III. EL VALOR DE LA CONYUGALIDAD.

Los evidentes cambios y transformaciones de la familia ya sean debidos a una crisis de valores (que han derivado en una debilitación de los vínculos familiares, además de los sociales) o a cuestiones demográficas y económicas han dado lugar al triunfo de la afectividad y a la búsqueda de la fugaz felicidad y no tanto a la búsqueda de la seguridad o estabilidad económica.

Como ya señalaba Lacruz hace casi cincuenta años, "desde los primeros tiempos hasta nuestros días la familia cumple tres misiones y persigue tres finalidades: una natural, la de vincular al hombre y la mujer y conservar así el género humano; otra económica, consistente en la obtención de alimentos para todos los familiares y techo para los que convivan; una tercera, moral y espiritual, es decir, el mutuo socorro de los familiares, la comunidad de vida entre ellos y el cuidado y educación de la prole"<sup>47</sup>. Muchos cambios se han operado desde entonces en la realidad familiar aunque si alguna finalidad perdura es, desde luego, la espiritual, esto es, la unión de personas vinculadas por lazos afectivos que se apoyan unas a otras sin renunciar al desarrollo de su idiosincrasia y desarrollo personal<sup>48</sup>. Y así, la familia ya no se percibe como un remedio de la necesidad sino que se ha convertido en un ámbito de libertad del individuo y cobra mayor relieve la relación de pareja, marital o de facto como medio de realización personal. La pareja y el amor que se profesan son el centro de la realización personal, fenómeno denominado como la "conyugalización" de la sociedad<sup>49</sup>. Y es por esta causa, que debemos apreciar el valor de la conyugalidad de los que permanecen unidos, sobre todo si atendemos al número de rupturas conyugales que se ha disparado en los últimos años<sup>50</sup> debido a que la falta de amor provoca la ruptura del matrimonio. Así pues, cuando la relación marital subsiste, cuando no hay crisis conyugal y consiguiente divorcio, cuando prima el afecto conyugal y la "affectio maritalis", cuando, en definitiva, se mantienen los cónyuges firmemente anclados en la permanencia de su vínculo conyugal, es esa "conyugalidad" la verdadera protagonista de la solidaridad familiar

47 LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Manual de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 213.

48 En el mismo sentido, MARTÍN SANTISTEBAN, S.: "Fundamento de", cit. p. 402.

49 GOMÁ LANZÓN, I.: "¿Tienen sentido", cit., p. 71.

50 De acuerdo con el Informe Evolución de la Familia en España de 2021. Disponible en <https://www.fedma.es/2022/03/informe-de-evolucion-de-la-familia-en-espana-2021-ipf/> (Consultado 22/12/2023), las cifras son dramáticas en relación con el aumento de las rupturas matrimoniales, dado el crecimiento de los divorcios en España que se ha duplicado en los últimos 15 años de manera espectacular; actualmente en España se producen 3 rupturas por cada 5 nuevos matrimonios por lo que la ruptura familiar se ha disparado convirtiéndose en uno de los principales problemas de las familias españolas. Se rompe un matrimonio cada 5,5 minutos en España. Cada día se rompen 261 matrimonios (11 cada hora). El dato es que 1/3 de los matrimonios que se divorcia no dura ni 10 años de matrimonio y 1 de cada 6 matrimonios no dura ni 5 años; 2 de cada 3 rupturas son divorcios: la cifra es de 2,8 millones de divorciados en España. Sólo en 2021 hubo 86.851 divorcios, un 12% más que el año anterior y la tendencia se mantiene al alza según los últimos datos del INE para 2022. Disponible en [https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206), (Consultado 22/12/2023).

y no resulta nada conveniente desatender esta realidad<sup>51</sup>. Al contrario, se debería anteponer este vínculo (conyugal) voluntario y bien anclado de permanencia de los esposos que pese a los vientos divorcistas, deciden continuar juntos y mantener su vínculo conyugal.

### I. La solidaridad intraconyugal y familiar.

Unido a ello, resulta innegable que los cuantiosos gastos familiares (manutención, alimentación y viajes de los hijos, colegios, consumos de gas, luz, agua, transportes, hipoteca de la vivienda, etc.) corren por cuenta de la abnegada pareja conyugal que los sufraga con sus salarios y esfuerzos. Asimismo, destacar el papel fundamental de la relación conyugal en la calidad de la vida familiar<sup>52</sup>. Y otro dato que es conveniente relacionar debido al aumento exponencial de los divorcios en España, pues si la ruptura tiene lugar en la generación de los hijos, no son los hijos los que ayudan a sus padres sino que, por el contrario, son los padres los que ayudan una vez más a sus hijos no sólo económicamente o cuidando de los nietos, sino también con apoyo afectivo en estos trances. La pareja conyugal, por tanto, sí tiene arraigada la solidaridad intrafamiliar y la ejerce de manera efectiva. También entre sí, colaborando y apoyando a su consorte personal y profesionalmente; ahorrando para la cuenta común y/o el pago de las cargas del matrimonio y la familia. El cónyuge, en suma, es el verdadero compañero en el camino de vida del causante ahora difunto. Por ello, como formula Vaquer<sup>53</sup>, no cabe seguir razonando que el fundamento de la legítima es la solidaridad entre generaciones, dado que los cónyuges pertenecen a la misma generación y contribuyen a la creación de un patrimonio familiar común, de una economía familiar que no se predica de los hijos y descendientes.

Por ello, carecen de sentido los planteamientos inamovibles en favor del mantenimiento de unas legítimas tan amplias en favor de descendientes y ascendientes y en detrimento de la relación conyugal, del cónyuge viudo y de uno de los valores más predominantes en la sociedad actual como es la libertad<sup>54</sup>.

51 Un análisis sobre la conyugalidad y sus dimensiones en CIENFUEGOS ILLANES, J.: "Desafíos y continuidades en la conyugalidad a distancia", *Revista Latinoamericana de Estudios de familia*, 2011, vol. 3, enero-diciembre, pp. 146-173, quien señala que la conyugalidad incluye a los cónyuges como unidad analítica y además a un entorno social —la familia y la comunidad— como unidad de referencia. Luego, en resumen, la conyugalidad es la versión institucional, legal o de facto, de una relación amorosa que se proyecta en el tiempo y adquiere un compromiso social al que denominamos como "contrato social tácito" y se caracteriza por su alto contenido, aunque no inmutable, de intimidad y es ella misma un diálogo, más o menos precario, entre dos dimensiones: cada relación busca un ajuste, una conciliación.

52 MOSMANN, C. y WAGNER, A.: "Dimensiones de la conyugalidad y de la parentalidad: un modelo correlacional", *Revista Intercontinental de Psicología y Educación*, 2008, vol. 10, núm. 2, julio-diciembre, pp. 79-103, en p. 80.

53 VAQUER ALOY, A.: "Derecho a la legítima", cit., p. 79.

54 ASÍ, GOMÁ LANZÓN, I.: "¿Tienen sentido?", cit., p. 74.

En consecuencia, sería conveniente que tanto los derechos sucesorios como la legítima del cónyuge viudo (y demás parientes) se readaptara a una función más ajustada a los tiempos presentes y trascendiera a la finalidad que tuvo en origen, es decir, la protección del patrimonio familiar aunque solo sea porque este patrimonio del testador en la mayoría de los casos es fruto del esfuerzo, trabajo y ahorro del propio causante y de su cónyuge, patrimonio al que tampoco contribuyen en su creación o aumento, los descendientes del causante pero sí su cónyuge.

#### IV. LA REALIDAD FÍSICA, PSÍQUICA Y SENSORIAL DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE Y EL POSIBLE SESGO DE GÉNERO.

De acuerdo con los datos proporcionados por el INE, en 2022 el número de personas viudas mayores de 70 años asciende a 2.666.07, cifra que asciende a 2.026.040 sólo en los tres primeros trimestres de 2023 y de las cuales el 80% son mujeres<sup>55</sup>. De acuerdo con el dato, cuatro de cada cinco personas viudas son mujeres. Por tanto, enviudar constituye una experiencia sobre todo femenina, dadas las mayores tasas de mortalidad que, a cualquier edad que se considere, registran los varones como pone de manifiesto López<sup>56</sup>. ¿Se podrá apreciar, en consecuencia, sesgo de género en esta cuestión? Planteable, dado el número de viudas que ofrecen las estadísticas.

Además, según diversos estudios, la viudez, además de afectar más a la mujer que al hombre, tiende a concentrarse en la vejez. A ello, debemos añadir que más de la mitad de las mujeres viudas (y mayores) viven solas<sup>57</sup> y cuentan con menos recursos económicos que en vida de sus consortes.

A lo antedicho conviene añadir un análisis sobre cuáles son las necesidades de las personas viudas con discapacidad –sea psíquica, física o sensorial-, con el fin de determinar si la regulación actual atiende a la satisfacción de tales necesidades, ya sean éstas de cuidado personal como económicas<sup>58</sup>.

La primera de estas finalidades, el cuidado de la persona, puede atenderse con el uso de figuras que llevan siglos reguladas en nuestro Código Civil y que pueden cumplir el deseo anhelado por los testadores, así el establecimiento de condiciones, los modos testamentarios, o incluso mediante un contrato de

55 INE: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4031> (Consultado 20/12/2023).

56 LÓPEZ DOBLAS, J.: "Las Mujeres Viudas en España". *Research on Ageing and Social Policy*, 2016, núm. 4 (1), pp. 22-44.

57 LÓPEZ DOBLAS, J.: "Las Mujeres", cit., p. 28.

58 En el mismo sentido, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Tratamiento de la discapacidad en la regulación de la sucesión en el Código Civil", en AA.VV.: *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil* (dir. por P. M. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 411-469, concretamente en p. 462.



alimentos a favor de la persona con discapacidad<sup>59</sup>. Creo también que el uso de la lamentablemente suprimida, sustitución ejemplar, habría servido perfectamente para la consecución de este propósito, poniendo en conocimiento de la persona beneficiada la disposición testamentaria correspondiente asociada al cumplimiento de una condición o carga.

En relación a la ampliación de la libertad de testar que permite la nueva redacción del art. 808 CC en favor de los descendientes con discapacidad y que permite, incluso, establecer sobre la legítima estricta una sustitución fideicomisaria de residuo, se echa en falta la misma solución en favor del cónyuge viudo y ello pese al porcentaje de cónyuges viudos con una discapacidad a consecuencia de la avanzada edad en la que enviudan. Ancianidad, soledad y discapacidad un coctel preocupante que provoca, en estos casos, vulnerabilidad.

## V. LA INCOMPENSABLE EXCLUSIÓN DE DERECHOS DEL CÓNYUGE VIUDO.

Es significativa la estricta exigencia de convivencia a los cónyuges para que se deriven los derechos sucesorios a la sucesión abintestato y a la legítima como prueba y garantía de la conyugalidad y “*affectio maritalis*”. Incluso la separación de facto -período de reflexión y/solución de algunos problemas conyugales y que puede ser muy breve en el tiempo-, si no se reanuda con anterioridad al óbito de uno de los esposos tiene consecuencias muy graves para el supérstite. Y pese a ello, la existencia de convivencia -que no en todo caso es indicativa de distanciamiento o desapego conyugal- es terminante. Sin embargo, legislador y tribunales son más laxos con el desafecto y distanciamiento de los parientes consanguíneos. Curiosamente, la más reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo entiende respecto de los hijos y descendientes, que la mera ausencia de relación o abandono emocional no es causa de desheredación porque el legislador no la contempla como tal (STSS 24 mayo 2022<sup>60</sup> y 19 abril 2023<sup>61</sup>). Que la falta de relación de las actoras con su padre y con su abuela, sin ningún episodio de maltrato de obra ni de palabra, dada la regulación de nuestro Código Civil no permite incluir el mero distanciamiento familiar dentro del maltrato psicológico constitutivo del maltrato de obra. Entienden las mencionadas sentencias que la aplicación del sistema vigente no permite configurar por vía interpretativa una nueva causa autónoma de desheredación basada exclusivamente, sin más requisitos, en la indiferencia y en la falta de relación familiar, puesto que el

59 Se ocupa de estas cuestiones con profusión de argumentos ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *Tendencias reformistas en el Derecho español de sucesiones. Especial consideración al caso de las legítimas*, Bosch, Barcelona, 2020, pp. 70 y ss.

60 STS 24 mayo 2022 (Tol 8996156).

61 STS 19 abril 2023 (Tol 9524362).

legislador no la contempla. La STS 19 abril 2023<sup>62</sup> reitera la doctrina anterior y considera que, a pesar de una ausencia de relación continuada de 16 años ante el testador y la legitimaria, no permite apreciar una causa de maltrato psicológico ni de abandono injustificado. Lógicamente, los tribunales aplican las leyes. Así las cosas, es responsabilidad del legislador corregir estas deficiencias indicadas suficientemente por la doctrina y la jurisprudencia durante los últimos años.

### I. La exclusión de la sucesión intestada.

Por el motivo antedicho, seguimos analizando críticamente el empecinamiento legislativo sobre la situación del cónyuge viudo. En nuestro Código Civil, pese a las últimas reformas incorporadas en materia de discapacidad, familia, régimen jurídico de los animales, etc., el llamamiento al cónyuge viudo en la sucesión intestada sigue exigiendo no sólo el vínculo conyugal sino la existencia de convivencia (art. 945 CC), de "affectio maritalis", aunque la presunción de convivencia de los cónyuges del art. 69 CC, libera al cónyuge viudo de la carga de la prueba. Así, y en línea con la regulación sobre la materia, lo relevante para algunas sentencias de las Audiencias Provinciales, es si se había producido el cese de la convivencia del matrimonio, una separación de hecho reveladora de la ruptura de la "affectio maritalis" y si ello suponía una ruptura de su proyecto común con independencia de la causa de esa separación<sup>63</sup>.

Significativamente, la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, supuso una merma en la posición sucesoria del cónyuge viudo al suprimir la exigencia de que la crisis conyugal que desencadena la separación de hecho de los cónyuges obedezca al cese efectivo de la convivencia, sin posibilidad de reconciliación o a la violación grave y reiterada de los deberes conyugales y, por ello, para la exclusión del cónyuge supérstite no conviviente como heredero abintestato, no se exige ahora que el cese de la convivencia se haya producido de mutuo acuerdo y conste fehacientemente, de tal manera que ahora basta el cese de la convivencia y, por tanto, de la "affectio maritalis", por parte de uno sólo de los cónyuges para que tenga lugar la exclusión del derecho del sobreviviente a heredar al causante, tanto en el caso de la separación legal como de hecho; tanto si el supérstite hubiera mantenido la "affectio maritalis" como si no; tanto si es "inocente" como si no<sup>64</sup>.

62 STS 19 abril 2023 (Tol 9524362).

63 Así, la SAP Barcelona 4 febrero 2002 (Tol 781095), referida al art. 442-6 del CCat. impide al cónyuge supérstite suceder *ab intestato* al causante, si a su muerte, se hubiera producido una separación de hecho reveladora de la ruptura de la "affectio maritalis", con independencia de la causa de esa separación, de si existía una tercera persona con la que se había iniciado una nueva relación de convivencia. Lo relevante era si se había producido el cese de la convivencia del matrimonio y si ello suponía una ruptura de su proyecto común.

64 ESTELLÉS PERALTA, P. M.: "La familia", cit., p. 228.

Afortunadamente, se atiende jurisprudencialmente en favor del cónyuge viudo que, mantuvo buenas relaciones o prestó la ayuda necesaria al difunto pese a no convivir de facto con el causante por diversas causas que no implican una separación de hecho mutuamente consentida que suponga una fractura conyugal y que tienen lugar cuando se produce una separación física de los cónyuges pero no una pérdida de contacto entre ellos que en modo alguno puede equipararse a una separación de hecho mutuamente consentida, porque el hecho de que la esposa viviera fuera de España estaba relacionado con motivos laborales del marido y el cuidado de los familiares de la esposa<sup>65</sup>.

## 2. La exclusión de la legítima.

Escasa es la regulación de la sucesión forzosa del cónyuge superviviente (arts. 834 a 840 CC) y aun así ha sufrido diversas modificaciones acordes con las varias reformas del sistema matrimonial español que especialmente han incidido en la exigencia de vínculo y de convivencia conyugal efectiva entre cónyuges en el momento del fallecimiento del premuerto. En relación con el requisito del vínculo, no habrá derecho a la legítima viudal cuando haya mediado nulidad, porque se estima que no ha habido matrimonio (art. 73.I CC), o divorcio de los cónyuges porque el matrimonio se ha disuelto (arts. 85 y 89 CC). En los casos en que el vínculo persiste, se atiende exclusivamente a la convivencia efectiva, es necesario que no exista separación legal, ni de hecho. Así la SAP Salamanca 19 noviembre 2019<sup>66</sup> señaló que la nueva redacción del art. 834 elimina la legítima conyugal, sin buscar culpables o inocentes, por el cese de la convivencia; o el ATS 4 julio 2018<sup>67</sup> que apreció igualmente en el caso enjuiciado -aunque el proceso de divorcio contencioso no concluyó por morir el testador-, que había separación de hecho debidamente acreditada<sup>68</sup>.

## VI. LA CONVENIENCIA DE REVISAR Y ACTUALIZAR DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO.

Como decíamos, la realidad familiar actual denota una crisis intergeneracional profunda que ha originado un gran vacío afectivo y de convivencia que afecta a los distintos miembros y generaciones de la familia<sup>69</sup>. En esta tesitura, la posición del

65 Así la SAP Soria 14 septiembre 2009 (Tol 1428144). Vid., CERVILLA GARZÓN, M. D.: “Planteamiento de una reforma de la sucesión intestada”, en AA.VV.: *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil español* (dir. por P. M. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 613-652, en p. 619.

66 SAP Salamanca 19 noviembre 2019 (Tol 7861936).

67 ATS 4 julio 2018 (Tol 6666116).

68 Vid., MARTÍNEZ VELENCOSO, M. L.: “Aspectos sustantivos”, cit., p. 676 y ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *Derechos sucesorios*, cit., p. 71.

69 ORTUÑO MUÑOZ, J. P.: “La mediación en el ámbito familiar”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2013, núm. 29, pp. 1-23, en p. 21.

cónyuge viudo ocupa un rango etario más elevado, en torno a los 77 u 80 años, es económicamente más débil y se halla más aislado a nivel social y familiar y, por tanto, es más vulnerable a todos los efectos. Por todo ello, un elevado número de testadores se posicionan en favor de la mejora de la posición del supérstite, lo afecta directamente a la mejora de la porción de legítima del viudo<sup>70</sup>. Incluso si ha mediado una separación de hecho temporal en que la "affectio maritalis" pervive pese a los avatares conyugales<sup>71</sup>. Incluso, afirma Delgado Echeverría, "hay indicios vehementes de que un número importante de casados desearía favorecer en sus disposiciones mortis causa a su cónyuge más allá de lo que permiten las normas que protegen la legítima de los descendientes... No otra cosa indica la frecuencia de las cláusulas que atribuyen al viudo el usufructo universal de los bienes del causante, con opción compensatoria de legítima, y los intentos doctrinales por justificarlos"<sup>72</sup>.

Así las cosas, la posición del cónyuge supérstite es un tema complejo tanto en relación con su débil posición como legitimario como en su postergado llamamiento como heredero legítimo (pese a la reforma introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que antepuso al cónyuge viudo en el orden sucesorio abintestato de manera preferente a los parientes colaterales en los arts. 943 y 944 CC). Si a ello le añadimos la exigencia de convivencia conyugal y/o "affectio maritalis", se puede concluir en que el legislador dispensa un trato diferenciadamente injusto al compañero de vida del causante<sup>73</sup> y desatiende el valor de la conyugalidad. En consecuencia, debe insistirse en la reforma del actual sistema legitimario que actualmente imposibilita a los cónyuges instituirse herederos recíprocamente o, al menos, proveer al supérstite de

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

71 Como el caso enjuiciado por la SAP Lugo 31 octubre 2018 (*Tol* 7020324).

72 DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Autonomía privada y Derecho de sucesiones", en AA.VV.: *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, I, Derecho de la Persona, familia y sucesiones" (coord. por L. PRATS ALVENTOSA), Wolters Kluwer, Madrid, 2012, pp. 513-640, en p. 592.

73 Téngase en cuenta que el Código Civil solo defiere la sucesión -y lo antepone a los colaterales- al cónyuge viudo y no al supérstite de la pareja de hecho, lo que diferencia la regulación del Derecho común con algunos ordenamientos civiles autonómicos (catalán y vasco). Al respecto, ya se pronunció la STC 93/2013, de 23 de abril (*Tol* 3711269) que resolvía el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables que modificaba la Ley 304.5 CDCFN, y en su FJ 13 estima que la modificación contemplada "no se limita a prever la posibilidad de que al miembro sobreviviente de la pareja estable se le reconozcan determinados derechos sucesorios, lo que hubiera dotado a la regulación de un carácter dispositivo sino que establecen preceptivamente tales derechos, prescindiendo de la voluntad de los integrantes de la pareja, únicos legitimados para regular sus relaciones personales y patrimoniales y, en consecuencia, para acordar entre ellos los derechos que puedan corresponder a cada uno en la sucesión del otro. Si la constitución de una unión estable se encuentra fundada en la absoluta libertad de sus integrantes, que han decidido voluntariamente no someter su relación de convivencia a la regulación aparejada ex lege a la celebración del matrimonio, no resulta razonable que esa situación de hecho sea sometida a un régimen sucesorio imperativo, al margen de su concreta aceptación o no de los miembros de la pareja (...)."

medios económicos suficientes que le permitan mantener un tenor de vida similar al anterior a la viudez y que obliga, en cambio, a garantizar una porción de la fortuna paterna a los hijos sin que haya mediado ningún esfuerzo por su parte. Convendría reflexionar seriamente sobre el trato dispensado por la legislación civil al compañero de vida del causante, a la persona que ha acompañado al causante en esta comunidad de vida y amor que es el matrimonio y que desde la reforma introducida por la Ley 30/1981 de 7 de julio, permanece unido a su consorte por absoluta voluntad. Es en relación con el cónyuge viudo que sí puede afirmarse con rigor, la idea de la colaboración en el aumento y conservación del patrimonio del testador y de las sinergias económicas familiares.

### I. Revisión de los derechos legitimarios del cónyuge viudo.

Por esos motivos, fundados en la colaboración en el aumento y conservación del patrimonio del testador y de las sinergias económicas familiares, se debería revisar el reconocimiento al cónyuge viudo de un mayor protagonismo en la sucesión hereditaria de su consorte difunto, tanto cuantitativamente como cualitativamente, incremento su participación en la herencia del fallecido<sup>74</sup> teniendo en cuenta que la legítima se ha sustentado tradicionalmente en el deber de asistencia post mortem del causante hacia sus familiares más próximos, con fundamento en la solidaridad patrimonial de la familia y el matrimonio, de tal manera que de acuerdo con ello vendría a cumplir una función similar a la que desempeña la obligación de alimentos en vida del causante<sup>75</sup>.

Es por ello, que la doctrina aboga por una nueva figura: la *legítima alimenticia* que parece ofrecer una buena solución a la necesidad de alimentos sucesorios de los parientes del difunto<sup>76</sup>. En este sentido, se señala<sup>77</sup> la conveniencia de regular una “legítima moderna redimensionada” estructurada como una “legítima alimenticia” en favor del cónyuge y que le otorgue contra la herencia los mismos derechos a percibir alimentos que habría tenido de seguir vivo su cónyuge<sup>78</sup>, si a raíz de la muerte del causante, ha visto perjudicada la satisfacción de sus

74 PÉREZ ESCOLAR, M.: *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 91 y ss.; y misma autora en “Sucesión del cónyuge supérstite. Perspectiva histórica del Derecho romano a la época de las Recopilaciones”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2004, núm. 685, pp. 2711-2777.

75 Vid., ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Edelce, Sevilla, 1951, pp. 181 y 182; GALICIA AIZPURUA, G. H.: “Las legítimas” cit., pp. 47 y ss.

76 La propuesta no es nueva, según señala TORRES GARCÍA, T. F.: “Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)”, en AA.VV.: *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*. (XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil). Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, 173-230, pp. 222-223, pues ya se reguló en el Proyecto de 1836 de Cambrónero en favor del cónyuge viudo con un fundamento moral frente a los posibles dispendios u omisiones del testador y ya no se recoge esta previsión en el Proyecto de 1851.

77 SALVADOR CODERCH, P., LLOVERAS I FERRER, M. R. y SEUBA TORREBLANCA, J. C.: “Amor et Caritas. La parella de fet en el dret successori català”, *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa. El nou dret successori de Catalunya*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1994, pp. 207-226, en p. 221.

78 MAGARIÑOS BLANCO, V.: “La libertad de testar”, *Revista de Derecho Privado*, 2005, núm. 89, pp. 3-30, en pp. 27 y ss.

necesidades vitales.<sup>79</sup> Algo muy apropiado si tenemos en cuenta la realidad vital (económica, física, psíquica y sensorial de los viudos/as). Todo ello supondría hacer depender el derecho a la legítima de la situación de necesidad en que se hallara el beneficiario<sup>80</sup>, el cónyuge viudo, en la medida en que el fallecimiento de su esposo/a afecte de manera significativa a su seguridad y estabilidad económica, todo lo cual constituyó el fundamento originario de la legítima en los tiempos de la codificación pero que actualmente se ha desligado de la existencia de ese presupuesto de necesidad económica en su destinatario<sup>81</sup> y que se debiera revisar si se decide mantener el sistema legitimario. En este sentido, la "legítima alimenticia" tendrá como finalidad proteger al vulnerable o impedir que pueda quedar en situación de vulnerabilidad<sup>82</sup>, tanto más tratándose del cónyuge viudo.

Al mismo tiempo, en la realidad actual no tiene sentido -y es manifiestamente injusto- que el cónyuge viudo sea tratado como un cuasi ajeno al causante en cuestiones tan relevantes como la legítima, tanto en el quantum que percibe cuando concurre con descendientes como en su atribución en usufructo<sup>83</sup> en todo caso y no como pleno propietario<sup>84</sup>. Otra cuestión que debería ser revisada para evitar agravios comparativos de difícil justificación que se producen en esta materia. Se echa en falta una auténtica equiparación del cónyuge viudo a los demás legitimarios. Y se aprecian problemáticas y fricciones familiares por ese concurso de descendientes y cónyuge viudo en el tercio de mejora el mismo legislador que los genera pretende paliar permitiendo la conmutación del usufructo del viudo en el tercio de mejora en virtud de los arts. 839 y 840 CC y que tampoco acaba de dar solución a las posibles problemáticas por la cicatería con que "mira" al viudo. Por ello, se propone otra alternativa que mejore la posición del cónyuge viudo como la de ofrecer la posibilidad de que esta facultad de solicitar la conmutación sea concedida al propio cónyuge con carácter general, es decir, sin estar condicionada a supuestos de concurrencia con hijos comunes o "hijos sólo del causante" o no comunes (arts. 839 y 840 CC)<sup>85</sup>.

79 Vid., DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Una propuesta", cit., pp. 127 y ss.; en contra, TORRES GARCÍA, T. F.: "Legítima, legitimarios", cit., p. 234.

80 Así VAQUER ALOY, A.: "Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima", *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2007, núm. 3, p.15; o MAGARIÑOS BLANCO, V.: "La libertad", cit., p. 29, ya se trate de cónyuge viudo, hijos menores o mayores con discapacidad e incluso los ascendientes mayores que convivan con el fallecido.

81 PÉREZ ESCOLAR, M.: "Sucesión intestada", cit., p. 1655.

82 Vid., COBAS COBIELLA, M. E.: "Hacia un nuevo enfoque de las legítimas», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2006, núm. 17, pp. 49-65, en p. 52.

83 Vid., FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: "¿El usufructo como legítima del cónyuge viudo?", en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 437-462, en pp. 437 y ss.

84 CARRIÓN OLMOS, S.: "Conviviente de hecho y sucesión testamentaria: reflexiones desde la obsolescencia del régimen de legítimas", *Revista Boliviana de Derecho*, 2020, núm. 30, pp. 364-391, en p. 368.

85 PÉREZ ESCOLAR, M.: "Sucesión intestada", cit., p. 1668.

Otra cuestión controvertida, es la variabilidad de su cuantía legitimaria dependiendo de los parientes del difunto con los que concurra por lo que el cónyuge viudo siempre queda al albur de que existan descendientes del difunto, comunes o no, o bien ascendientes que le mengüen su porción<sup>86</sup>. De hecho, la realidad social muestra que, en ausencia de hijos, de los pocos españoles que testan, los cónyuges se instituyen recíprocamente como herederos o, quedando descendientes, hacen uso del usufructo universal que se contempla en la cautela socini del art. 820. 3º CC<sup>87</sup>, de forma mayoritaria aconsejada por los notarios. Parece que el sentir social es el de ampliar y garantizar la posición del viudo<sup>88</sup> porque en muchas ocasiones, la sociedad y el individuo deben ir por delante de la norma para paliar los posibles fallos e injusticias y la actual normativa no favorece la mejora en favor del viudo que le preserve de la estrechez económica en que queda tras la muerte de su consorte, debido a la exigua cuantía de las pensiones y a los gastos para subsistir en su viudez, cuando los descendientes recibieron del causante los bienes que este cónyuge viudo ayudó a adquirir y conservar<sup>89</sup>.

Por tanto, es incuestionable hoy día, que la legítima del cónyuge viudo debe considerarse, para su mejora, atendiendo a su colaboración y participación en la adquisición, creación y conservación de la riqueza del causante y a la solidaridad conyugal y patrimonial entre las generaciones de parientes, y que avalan que sea el cónyuge viudo el que por precisar una mayor ayuda económica para mantener el mismo nivel de vida digno del que disponía en vida del cónyuge fallecido, sea quien más reciba de su consorte difunto<sup>90</sup>. Se trata de reformar la actual asignación legitimaria para evitar la desprotección de este cónyuge en la vejez<sup>91</sup> sin

- 86 De dos tercios si concurre solo, a la mitad si concurre con ascendientes y el escaso tercio -de mejora- si concurre con descendientes. Asimismo, en el supuesto del viudo que no tuvo descendencia pero concurre con sus ancianos suegros que en pocos años (a veces meses) pueden fallecer es verdaderamente insolidario si se da esta circunstancia (y se da) que una parte importante de la fortuna de su cónyuge que ayudó a reunir con su colaboración y abnegación en interés de la familia y quizás, gracias a su política de poco gasto y ahorro para una futura vejez, por estos avatares de la vida y del vigente derecho sucesorio español, la disfruten sus cuñados y sobrinos en vez del cónyuge viudo.
- 87 DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Autonomía privada", cit., p. 592, entiende que "hay indicios vehementes de que un número importante de casados desearía favorecer en sus disposiciones mortis causa a su cónyuge más allá de lo que permiten las normas que protegen la legítima de los descendientes...No otra cosa indica la frecuencia de las cláusulas que atribuyen al viudo el usufructo universal de los bienes del causante, con opción compensatoria de legítima, y los intentos doctrinales por justificarlos".
- 88 Vid., TORRES GARCÍA, T. F.: "Legítima, legitimarios", cit., p. 227.
- 89 Vid., LUNA SERRANO, A.: "Unas breves reflexiones para una reforma del derecho sucesorio en el contexto de la realidad actual", en AA.VV.: *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista* (dir. por F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL y J. A. TORRES LANA), Dykinson, Madrid, 2014, p. 6.
- 90 Asimismo, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: "¿Reforma de la legítima, en particular la del cónyuge viudo ante su mayor longevidad?", en AA.VV.: *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil español* (dir. por P. M. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 193-268, en p. 257.
- 91 PÉREZ ESCOLAR, M.: "Sucesión intestada", cit., pp. 1641-1678; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: *El usufructo universal viudal y el artículo 820.3 del CC*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020; o DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Autonomía privada", cit., p. 593, para quien "si la legítima de los descendientes se juzga hoy un límite indeseable a disposiciones socialmente bien consideradas a favor del cónyuge, lo mejor sería reducir en general las legítimas de los descendientes para...permitir a los cónyuges instituirse en herederos u otorgarse legados según sus deseos".

necesidad de que el difunto haya de recurrir testamentariamente a la cautela socini para paliar lo que el legislador no remedia.

## 2. La atribución del usufructo y la (in) conveniente utilización de la cautela socini y sus problemáticas.

La cautela socini o gualdense<sup>92</sup> o cláusula de opción compensatoria es la fórmula que puede emplear el testador (y se otorga muy frecuentemente) para, dejando al legitimario una mayor parte de la que le corresponde en la herencia por legítima estricta, gravar lo así dejado con ciertas cargas o limitaciones y advirtiendo que si el legitimario no acepta expresamente dichas cargas o limitaciones perderá lo que se le ha dejado por encima de la legítima estricta<sup>93</sup>. La opción supone, en consecuencia, escoger entre un quantum que exceda del valor de su legítima, sufriendo una merma en la cualidad de lo recibido por hallarse sometido a alguna limitación, o la legítima estricta, libre de todo gravamen. Mediante esta fórmula se concede al cónyuge viudo el usufructo universal sobre toda la herencia. Constituye pues, un importante instrumento con el que el testador puede reforzar su voluntad testamentaria, sin afectar a los derechos de los legitimarios ya que permite al testador hacer una atribución al legitimario bajo la condición suspensiva de que se comporte de una determinada manera, especificando que, en caso de no hacerlo, sólo recibirá la legítima estricta<sup>94</sup>.

Pero esta medida no ha sido pacífica y a consecuencia de las distintas opiniones doctrinales<sup>95</sup>, el tema ha sido ampliamente analizado por la doctrina<sup>96</sup> a raíz de una interesante sentencia del Tribunal Supremo, que tuvo que pronunciarse sobre la validez una disposición testamentaria: que prohibía absolutamente la intervención judicial y cualquier otra en su testamentaría, aun cuando en ella hubiere interesados menores de edad, ausentes o incapacitados, pues quiere que todas sus operaciones se ejecuten extrajudicialmente por su comisario contador partidor. Y si por uno o varios de los herederos se incumpliere cualquiera de las prohibiciones contenidas en las cláusulas octava y décima, quedarán automáticamente instituidos herederos

92 Llamada así por apoyarse en un dictamen emitido por el juriconsulto italiano del S.XVI Mariano Socini Gualdense o bien cláusula angélica (por atribuirse dicha fórmula a Angelo Ubaldi).

93 Según señala la STS 21 noviembre 2011 (Tol 2299929).

94 Vid., al efecto BARBA, V.: "Las condiciones que refuerzan la voluntad testamentaria", en AA.VV.: *Condiciones y negocios jurídicos mortis causa*, (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 99-136, en p. 131. Asimismo, MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: "La sucesión mortis causa de la vivienda familiar y fallecimiento de uno de los cónyuges o unidos de hecho", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, núm. 19, pp. 600-629.

95 Aunque la doctrina mayoritaria española la acepta en relación con los arts. 816 y 820.3 CC. Vid., VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: "Cautelas de opción compensatoria de la legítima", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. III. *Estudios dispersos sobre las legítimas* (dir. por J.B. VALLET DE GOYTISOLO), Montecorvo, Madrid 1981, p. 251. Asimismo, SANZ ACOSTA, L.: "Alcance y validez de la 'cautela socini' en caso de petición injustificada de remoción de albacea", *Actualidad Civil*, 2014, núm. 12, Sección Fundamentos de Casación.

96 BARBA, V.: "Las condiciones", cit., p. 131 y ss; MARTÍNEZ VELENCOSO, M. L., "Caracterización y alcance de la 'Cautela Socini' contenida en el testamento", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6 (octubre 2014), 2014, pp. 157-175. VÁZQUEZ LEMOS, A.: "La cautela socini: una duda existencial", en AA. VV.: *Derecho de sucesiones: antiguas y nuevas controversias*, (coord. por M. FUENTESECA Y L. NORIEGA), Boch, Barcelona, 2020, pp. 455-475



en la proporción o cuota que en concepto de legítima estricta o corta señala la ley, acreciendo la parte en que habían sido mejorados los restantes. En una sentencia especialmente innovadora, el Tribunal Supremo en STS 10 junio 2014<sup>97</sup>, se pronunció sobre la validez de esta disposición<sup>98</sup>, afirmando que no supone una vulneración del derecho del legitimario, sino sólo una elección que no merma sus derechos<sup>99</sup>.

Por otra parte, pese a que inicialmente no se aceptaba jurisprudencialmente la fórmula en que se compense a los legitimarios con una mayor porción en la herencia siempre que no impugnen la partición realizada por el testador<sup>100</sup> porque no facilita la opción del legitimario en estos casos, la jurisprudencia la ha admitido mayoritariamente desde mediados del siglo XX<sup>101</sup>. También la Dirección General de Seguridad y Fe Pública<sup>102</sup>.

Igualmente, la cautela socini es apoyada por importante sector doctrinal<sup>103</sup>, aunque algún sector doctrinal la rechazó en base al art. 813.2 CC porque entiende que impide imponer sobre la legítima cualquier gravamen, condición o sustitución. En este contexto, y señala Berrocal que las expresiones gravamen, condición y sustitución contenidas en el art. 813.2 CC incluyen cualquier carga, modalidad, limitación e impedimento, sea de naturaleza real o personal, que de algún modo restrinjan o mermen el pleno disfrute y disponibilidad de lo asignado por legítima, o bien establezcan cualquier obligación en relación con ella, debiendo interpretarse el término “gravamen” en sentido amplio que, es el que, asimismo, tiene en otros preceptos concordantes como los arts. 782, 824 y 858 CC. En consecuencia, estamos en presencia de un gravamen sobre la legítima cuando se trate de

97 STS 10 junio 2014 (Tol 4374204).

98 Señala la STS 10 junio 2014 (Tol 4374204), que en efecto, desde el desarrollo lógico-jurídico de la figura, se observa que la prohibición impuesta por el testador de recurrir a la intervención judicial, en las operaciones de ejecución testamentaria llevadas a cabo por el comisario contador-partidor, no afecta directamente al plano material de ejercicio del derecho subjetivo del legitimario, que conserva, de modo intacto, las acciones legales en defensa de su legítima, pues su incidencia se proyecta exclusivamente en el marco de la disposición testamentaria como elemento condicionante que articula el juego de la correspondiente opción que da sentido a la cautela socini. No hay, por tanto, contradicción o confusión de planos en orden a la eficacia estrictamente testamentaria de la cautela dispuesta. En igual sentido, 3 septiembre 2014 (Tol 4521095).

99 Vid. BARBA, V.: “Las condiciones”, cit., p. 132.

100 Lo que se mantiene en pronunciamientos como los de las STSS 12 diciembre 1959 (Tol 4349439) y 3 marzo 1980 (Tol 1740711), entre otros.

101 MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: “Las legítimas en el Derecho Civil común” en AA.VV.: *Derecho de sucesiones contemporáneo. Aspectos civiles y fiscales* (dir. por C. LASARTE), Tirant lo Blanch, 2020, pp. 71-118, en p. 100. Vid. asimismo, SSTS 6 mayo 1953 (Tol 4446619), 12 diciembre 1958 (Tol 4351475), y 20 septiembre 1994 (Tol 1665583), pero también otras más recientes como las SSTS 3 diciembre 2001 (Tol 136592), 10 julio 2003 (Tol 4924549), 27 mayo 2010 (Tol 1864867) y 3 septiembre 2014 (Tol 4521095).

102 Entendió en la Resolución de la DGRN 27 enero 2020 (Tol 7969110) que, en esta cláusula de opción compensatoria de la legítima, no se conculcaba la intangibilidad cualitativa de la misma porque la heredera forzosa tenía la facultad de elegir entre respetar la prohibición de disponer, recibiendo más de lo que le corresponde por su legítima, o bien la infracción de dicha prohibición aun cuando en este caso quede reducida su porción hereditaria a su legítima.

103 Por todos, VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “Cautelas de”, cit., p. 251 o SANZ ACOSTA, L. “Alcance y”, cit.

imposiciones o prohibiciones del testador que restringen de cualquier modo las libertades de goce y disposición que, el legitimario ha de tener sobre los bienes que le corresponden por legítima, sin compensarle con una mayor atribución de bienes, o cuando se interponen obstáculos que impiden al legitimario averiguar qué bienes componen el caudal hereditario<sup>104</sup>. No obstante, el caso es que existen ciertos gravámenes a los que no alcanza la prohibición del art. 813.2 CC, como la cautela socini porque atribuye al legitimario *más* de lo que le corresponde por legítima aunque sobre ésta se establece un gravamen. El quid de la cuestión es que el legitimario podrá optar entre recibir lo otorgado en testamento o la legítima libre de gravámenes. Es su elección. Si bien es cierto que el legitimario que opta no sólo lo hace atendiendo a criterios económicos<sup>105</sup> cobra especial relevancia el factor tiempo, en relación con el ejercicio de la opción<sup>106</sup>. Indudablemente, las actitudes pasivas o dubitativas de los legitimarios pueden originar no pocas complicaciones para los intereses del viudo/a pues demoran su acceso al usufructo.

Asimismo, también es importante y determinante para la validez de la cláusula que se respete la voluntad y libre elección del descendiente legitimario al que se ofrece la posibilidad de elegir si recibe su legítima (estricta) libre de cargas o una mayor participación en la herencia su ascendiente pero con el gravamen del usufructo vitalicio del cónyuge viudo. No siempre la cláusula y el juego de los que intervienen en ella permite ejercer la opción libre de presiones<sup>107</sup>.

Es obvio, y de ahí el reconocimiento a la importante labor notarial, que el testamento bien utilizado puede constituir una herramienta crucial para la protección de la unidad del patrimonio, como en los casos en que se busca preservar la pervivencia de la empresa familiar. Mediante el testamento, y en ejercicio de la voluntad testamentaria, cobra gran relevancia la opción que adopte el testador en relación con el cónyuge supérstite, quien puede quedar enormemente reforzado si se hace uso de la cautela socini y se le otorga el usufructo universal de la herencia con el fin de reducir el riesgo de impugnación por parte de los legitimarios, fiduciario con facultades de mejora sobre descendientes comunes

104 Vid. en este sentido BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La cautela socini: caracterización y alcance de su validez testamentaria", *Actualidad Civil*, 2014, núm. 12, Sección Estudios de Jurisprudencia, Wolters Kluwer, p. 5, para quien, además, por último, respecto a las condiciones y su prohibición, alcanza tanto a la condición suspensiva como a la resolutoria y, hay también consenso en que sobre las legítimas no pueden imponerse prohibiciones de disponer de ningún género.

105 Se plantean, asimismo, conflictos de intereses en el caso de que fallecido su corte, el cónyuge viudo beneficiado con esta cláusula pretenda representar a su hijo menor -optando por la legítima estricta o aceptando el nombramiento de sí mismo (del cónyuge) como usufructuario universal- y ello obligue a nombrar un defensor judicial que lo pueda hacer con mayor imparcialidad.

106 Véase ECHEVARRÍA DE RADA, M. T.: "La cautela socini: revisión crítica de su concepción actual", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, núm. 781, pp. 2583-2619, en p. 2606.

107 Porque en algunos casos, si todos los demás legitimarios, salvo uno de ellos han aceptado la cláusula de opción compensatoria en favor del cónyuge viudo, este dato supone una cierta "coacción" al indeciso que, en caso de negarse a la cláusula socini, queda limitado a recibir únicamente su porción del tercio de legítima estricta en plena propiedad. Es una condición justa y legal pero presiona igualmente. Vid., al respecto, IRURZUN GOICOA, D.: "La cautela socini y la práctica notarial", *El notario del siglo XXI*, 2011, núm. 37.

del art. 831 CC<sup>108</sup> o limitarlo a su legítima que queda reducida al usufructo de tercio de mejora si concurre con descendientes. Por ello, la cláusula de opción compensatoria ha sido un “remedio” utilizado muy frecuentemente por el testador para beneficiar a un legitimario, normalmente el cónyuge supérstite frente a la falta de sensibilidad y empecinamiento del legislador de Derecho común no exenta de varias problemáticas. Si partimos, además, de un supuesto nada descabellado de cónyuge viudo de edad avanzada y con una más que probable discapacidad, la cuestión adquiere mayor gravedad.

Así pues, una de las finalidades de la utilización de esta cautela socini por el testador es la búsqueda de la máxima garantía que asegure al cónyuge viudo el uso y disfrute de la que fuera la vivienda familiar/conyugal, así como garantizar la máxima estabilidad y cohesión de la familia supérstite y todo ello, salvando la grave limitación que representa la obligación de respetar los derechos de los legitimarios y su intangibilidad cuantitativa pero, asimismo, cualitativa. Junto a ello, como señala Irurzun, no es desdeñable el cúmulo de dificultades que implica el tener que emplear un sistema penalizador para vencer la resistencia de unos eventuales legitimarios disconformes, razones suficientes para encontrar una nueva fórmula notarial para la cautela sociniana<sup>109</sup>.

Existen, a su vez, otras dificultades que plantea el entendimiento del precepto regulador de esta cláusula, art. 820.3 CC, en relación con el usufructo o renta vitalicia “cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible”. En este sentido resulta interesante traer a colación la solución que se plantea en el Código Civil de Cataluña, en su art. 451-9<sup>110</sup> y en la interpretación del precepto dada por la STSJCat 15 diciembre 2014<sup>111</sup> que señala que la legítima se configura como un derecho sucesorio de carácter personal (*pars valoris*) y necesario que causa una obligación en el causante de atribuirle a determinadas personas en su sucesión. Al hilo de ello, el legislador ha optado por garantizar la legítima únicamente en términos de “valor” de modo que, aun sin previsión expresa del testador, se establece tácitamente la cautela compensatoria que permite al legitimario comprobar y decidir si le compensa aceptar las atribuciones que le ha realizado el causante a

108 Vid. CHECA MARTÍNEZ, M.: “Instituciones jurídicas de Estate Planning internacional: La protección transfronteriza del patrimonio familiar”, en AA. VV.: *De los retos a las oportunidades en el derecho de familia y sucesiones internacional*, (dir. por B. Campuzano et al.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 139-172, en p. 168.

109 IRURZUN GOICOA, D.: “La cautela socini”, cit.

110 Intangibilidad de la legítima “1. El causante no puede imponer sobre las atribuciones hechas en concepto de legítima o imputables a ésta, condiciones, plazos o modos. Tampoco puede gravarlas con usufructos u otras cargas, ni sujetarlas a fideicomiso. Si lo hace, estas limitaciones se consideran no formuladas. 2. Como excepción a lo establecido por el apartado 1, si la disposición sometida a alguna de las limitaciones a que se refiere dicho apartado tiene un valor superior al que corresponde al legitimario por razón de legítima, este debe optar entre aceptarla en los términos en que le es atribuida o reclamar solo lo que por legítima le corresponda. 3. Si el legitimario acepta la herencia o el legado sometidos a alguna limitación, se entiende que renuncia al ejercicio de la opción establecida por el apartado 2”.

111 STSJCat 15 diciembre 2014 (Tol 4698369).

título de herencia o de legado con las limitaciones impuestas en el testamento -si considera que estas superan el valor de la legítima en sentido estricto-, o bien renunciar a ellas para obtener únicamente la legítima, en forma cuantitativa y cualitativamente preservada<sup>112</sup>.

Retomando el testigo de lo que plantea Irurzun<sup>113</sup>, se requiere una nueva formulación "notarial" de la cautela socini y el cambio se ha de centrar en el sujeto beneficiario y en su causa. En el planteamiento de esta nueva fórmula no se hace necesario cambiar la finalidad primordial de la cautela socini, esto es, nombrar al cónyuge viudo usufructuario de toda la herencia. Tampoco implica modificar los derechos de los legitimarios y su intangibilidad<sup>114</sup>. Ni la opción de elegir entre las dos alternativas que plantea el art. 820.3 CC. Lo que se plantea es que mediante el testamento se cree la alternativa y se ofrezca al viudo la opción (no al descendiente legitimario) quedando a su elección decidir si prefiere ser legatario del usufructo universal o ser heredero conservando su cuota viudal para usufructuar el tercio de mejora. Con ello es indudable que se mejora la cautela socini y sobre todo la posición del cónyuge viudo (en tanto no se reforme la legislación al respecto) y se alcanzan importantes objetivos a considerar. Por una parte, se consigue evitar la pluralidad de opciones si existen varios legitimarios afectados, es decir, que existan tantas opciones como legitimarios. En segundo lugar, se evitan conflictos y presiones que tal opción pueden originar entre ellos, si unos aceptan y otros no; o se demoran deliberando. Asimismo, se elimina el problema de la representación de los legitimarios menores impidiendo que un problema que es familiar quede en manos de del defensor judicial que bien puede ser alguien ajeno a la familia.

### 3. Revisión de los derechos abintestato del cónyuge viudo.

Los llamamientos a la sucesión intestada atienden al criterio de la voluntad presunta del causante, en relación con lo que un testador medio hubiera querido en relación con el destino post mortem de su patrimonio de haberse manifestado su voluntad en este sentido o haberse otorgado válidamente testamento pese a que no hubo tal y tienen un origen netamente romanista<sup>115</sup>. Por tanto, de antiguo se basan en una conjetura o presunción que quizás fuese acertada en el pasado siglo pero que este primer cuarto del siglo XXI no se corresponde

112 Vid. al respecto, MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: "Las legítimas", cit., p. 100.

113 IRURZUN GOICOA, D.: "La cautela socini", cit.

114 El respeto a las legítimas tanto en lo cuantitativo como en lo cualitativo se puede alcanzar con la delegación por el testador de la facultad de mejorar establecida por el artículo 831 en la redacción dada por el artículo 10.6 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Con ello, se facilita al cónyuge viudo, sin necesidad de explicaciones, y de conformidad a lo que su conciencia le dicte, que pueda ejercer la facultad de mejorar en el momento en que ejercite su opción de ser heredero o simple legatario en las condiciones y con la finalidad de todos conocidas según señala IRURZUN GOICOA, D.: "La cautela socini", cit.

115 PÉREZ ESCOLAR, M.: *El cónyuge*, cit., pp. 59 ss.

con las relaciones familiares y necesidades de la sociedad actual<sup>116</sup>. Si a ello le añadimos que la pervivencia de los matrimonios depende únicamente de la propia y absoluta voluntad de permanencia en una unión estable, no es descabellado proponer una reforma que priorice al cónyuge viudo en el orden sucesorio de los llamamientos abintestato, teniendo en cuenta que el derecho a suceder abintestato tiene su fundamento en una presunción de afecto hacia el llamado que es consecuencia, en estos casos, más del mantenimiento de la “*affectio maritalis*” y de su intención de mantener de la convivencia. Sobre aquella premisa, la posición que el cónyuge supérstite ostenta en la sucesión intestada como heredero legal en defecto de descendientes y ascendientes del difunto (art. 944 CC), debería modificarse y anteponerse el llamamiento al cónyuge viudo en el orden sucesorio con anterioridad a los descendientes<sup>117</sup> y a los ascendientes, teniendo en cuenta la pervivencia de la unión conyugal y la solidaridad intraconyugal que impera en estos matrimonios bien anclados frente a los avatares más diversos sobre la base sociológica de la concentración del grupo familiar que se produce en torno al núcleo de convivencia conyugal y, que nos llevaría a priorizar al cónyuge como heredero<sup>118</sup> modificando, en consecuencia, el actual usufructo viudal transformándolo en atribución en plena propiedad y, si es el caso, estableciendo un usufructo a favor de los ascendientes cuando concurren con el cónyuge viudo<sup>119</sup>. Una propuesta de mejora que el legislador ha desaprovechado en las últimas reformas del Código Civil.

Por otro lado y una vez más, si se atiende a la dicción del art. 945 CC, la separación de hecho entre los cónyuges al tiempo del fallecimiento de uno de ellos es causa de exclusión del derecho a suceder, lo que lleva a considerar que se atiende más a la voluntad de convivir que al vínculo, por lo que no resulta difícil en un momento dado proceder a una desheredación encubierta -y no testamentaria- rompiendo simplemente la convivencia para con ello privar al consorte de derechos sucesorios unos meses e, incluso, unos días antes del fallecimiento pese a que se convivió maritalmente durante largos años. Otra desprotección legal del cónyuge viudo, que no se quiere corregir pese a la injusticia de la medida. Con ella se premia el comportamiento desleal del causante dado que el llamamiento a la sucesión intestada (y a la legítima) del cónyuge viudo queda sin efecto cuando se ha interrumpido la convivencia conyugal buscando esta finalidad. Pero también es posible en más de un caso que se haya interrumpido la convivencia por “darse un tiempo” cuando la relación atraviesa alguna crisis puntual, quizás por iniciativa y “culpa” del cónyuge difunto (aunque ese dato ya no sea relevante) que no cumplió con sus deberes de fidelidad, de convivencia y apoyo mutuo lo que no

116 PÉREZ ESCOLAR, M.: “Sucesión intestada”, cit., p. 1644.

117 ASIMISMO, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: “¿Reforma de”, cit., p. 257.

118 PÉREZ ESCOLAR, M.: “Sucesión intestada”, cit., p. 1646.

119 Vid., en tal sentido, PÉREZ ESCOLAR, M.: “Sucesión intestada”, cit., pp. 1644 y 1645.

implica ausencia de afecto. Cuando la separación de facto no es acordada por ambos esposos o no es definitiva se puede producir una lesión irreparable en las expectativas del supérstite que compartió vida y anhelos al lado del cónyuge fallecido y al que probablemente cuidó con desvelo en su última enfermedad.

Tengamos en cuenta, asimismo, el escasísimo número causantes españoles que otorgan testamento (no más de 15%)<sup>120</sup>, lo que convierte a la sucesión intestada en mayoritaria y a los viudos (y mayoritariamente viudas) españoles postergados en la herencia de sus consortes premuertos.

Asimismo, en relación con los derechos sucesorios legítimos del cónyuge viudo debemos detenernos en la atribución del uso de la vivienda familiar que se establece *ope legis* en el art. 822 CC del que nos ocupamos más adelante.

## VII. LA DESPROTECCIÓN LEGISLATIVA DEL CÓNYUGE VIUDO CON DISCAPACIDAD.

Se puede establecer como conclusión final de lo antedicho, que se ha desperdiciado una oportunidad única de proteger la vulnerabilidad del cónyuge viudo con probable discapacidad (debido entre otras causas, a su avanzada edad) y mujer, en mayor proporción y que la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, no ha considerado. Quizás cabría proponer en estos casos, que de no ampliarse de manera generalizada la libertad del testador y, en todo caso, para los supuestos de aplicación de la sucesión intestada, que la porción asignada como usufructo al cónyuge viudo con discapacidad se amplíe a toda la herencia y/o, asimismo, grave la legítima de descendientes (y ascendientes, en su caso); o bien se modifique la naturaleza de su atribución y su porción la reciba no como usufructuario sino como propietario con el fin de garantizar el caudal necesario para atender a las necesidades y gastos derivados de su situación de su discapacidad, que el mero usufructo no siempre va a garantizar; o bien que se establezca en su favor un fideicomiso de residuo sobre todo o parte importante de la herencia al estilo del art. 808 CC en favor de los hijos con discapacidad. No se comprende este trato diferenciado hacia el cónyuge viudo, incluso con discapacidad.

Todo ello debe ponerse en relación con la vulnerabilidad jurídica que sufre el cónyuge viudo (además de la posible vulnerabilidad económica y la muy probable vulnerabilidad primaria atendiendo a su avanzada edad) y que se ha definido como la vulnerabilidad proveniente del ordenamiento jurídico a causa de algunas de

<sup>120</sup> <https://notariadealboraya.es/blog/algunas-estadisticas-sobre-testamentos-y-herencias>, cit., (Consultado 18/02/2024).

sus disposiciones que generan desequilibrios o introducen medidas que propician un trato desigual y discriminatorio generando lo que la doctrina<sup>121</sup> da en llamar el *vulnerable vulnerado*, esto es, que las personas vulnerables lo son a causa de la ausencia de medidas correctoras o de tipo preventivo del Estado que palién su situación desfavorable teniendo en cuenta que en ellas ya concurre algún tipo de vulnerabilidad, como la biológica (v. gr. personas enfermas o de edad avanzada), pues en no pocos casos, la vulnerabilidad la ocasiona precisamente la vulneración de normas básicas de derechos humanos. Por ello, en ocasiones (excesivamente numerosas como el caso analizado), a la vulnerabilidad biológica, social y económica se agrega esta otra categoría, la vulnerabilidad jurídica, que proviene de las deficiencias legislativas de los ordenamientos jurídicos vigentes en los Estados; pero también cuando esas disposiciones jurídicas no previenen, mitigan o erradican las causas que propician los diferentes tipos de vulnerabilidad. De ahí la necesidad de elaborar normas específicas de protección de los colectivos y/o personas en situación de vulnerabilidad con la finalidad de evitar la existencia de personas *vulnerables vulneradas*<sup>122</sup>.

### VIII. VICISITUDES DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA.

La protección del interés habitacional de los miembros de la familia requiere de una regulación tendente a la protección del citado interés en favor de todos sus miembros pero especialmente del cónyuge supérstite que enviuda a una elevada edad<sup>123</sup>. Innegablemente, el derecho de acceso a la vivienda de las personas con discapacidad ha constituido una preocupación constante para el legislador regulando su protección en leyes como la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU) que concede al cónyuge viudo, ascendientes o descendientes del causante que sufran una discapacidad, (art. 16.2 LAU) el derecho a subrogarse en el contrato con preferencia a otros parientes y la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda pretende reconocer en su art. 14 las situaciones de las personas vulnerables y con discapacidad. A su vez, la Ley 8/2021 mejoró la situación de los hijos mayores con discapacidad, equiparándolos a los hijos menores, en la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis familiar (art. 96 CC).

121 Vid, en tal sentido, URIBE ARZATE, E. y GONZÁLEZ CHÁVEZ, M. L.: "La protección jurídica de las personas vulnerables". *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, 2007, núm. 27, p. 210.

122 Vid. al respecto, ESTELLÉS PERALTA, P. M.: "El concepto de vulnerabilidad: análisis legal y constitucional", AA.VV.: en *Vivienda y colectivos vulnerables* (dir. por M. D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN), Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 163-190, en p. 168.

123 Recuérdese que, de acuerdo con los datos proporcionados por el INE, en 2022 el número de personas viudas mayores de 70 años asciende a 2.666.07, cifra que asciende a 2.026.040 sólo en los tres primeros trimestres de 2023 y de las cuales el 80% son mujeres. Disponible en <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4031> (Consulta 20/12/2023).

Así pues, si bien la vivienda familiar es objeto de una regulación especial en nuestro ordenamiento jurídico con el fin de proteger los intereses habitacionales de los miembros más vulnerables en situaciones de crisis familiar<sup>124</sup>, el legislador ha resuelto en gran parte la problemática sobre la permanencia de los descendientes con discapacidad en la vivienda que compartían con el causante, tras su fallecimiento, evitando un cambio de residencia y un posible daño moral añadido al de la muerte del causante<sup>125</sup>. Además de permitirle constituir un derecho de habitación sobre la misma, voluntario e incluso por ministerio de la ley, suprime un grave obstáculo, cual es la intangibilidad de la legítima, al permitir que su valor no se compute en el cálculo de las legítimas<sup>126</sup>. Estas medidas, sin duda, también benefician al cónyuge viudo si al fallecimiento del causante estuviere afectado de una discapacidad aunque en algunas ocasiones no favorecen propiamente su situación.

Tengamos en cuenta que en el contexto del bienestar del individuo y las familias, las condiciones de vida materiales, requieren contar con una vivienda que reúna las condiciones mínimas adecuadas de habitabilidad, sea económicamente asequible y esté situada en un entorno seguro. Todos estos requisitos constituyen elementos básicos para cubrir las necesidades de calidad de vida y bienestar de las personas. En 2022, relación con el tipo de hogar, los porcentajes significativamente más altos de la población española que vivía en hogares cuya vivienda presentaba falta de espacio<sup>127</sup>, correspondieron al hogar formado por dos o más adultos con hijos dependientes (9,9%) y al grupo de adulto solo con hijos dependientes (8,6%)<sup>128</sup>.

Así pues, llegado el caso del fallecimiento de uno de los cónyuges, se plantean distintas vicisitudes y soluciones condicionadas por título de la vivienda familiar. Es decir, si pertenecía a uno de los cónyuges, sea al premuerto, al supérstite o a ambos, teniendo en cuenta su régimen económico matrimonial o si la disfrutaban

124 Vid. al efecto, ESTELLÉS PERALTA, P. M.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis de pareja: análisis legal y jurisprudencial del art. 96.I CC y propuestas de *lege ferenda*". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, núm. 19, pp. 200-259.

125 BARBA, V.: "Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad", *La Ley Derecho de Familia*, 2021, núm. 31, pp. 34-69.

126 Vid. en el mismo sentido, MARTOS CALABRÚS, M. A.: "Constitución del derecho de habitación del legitimario discapacitado", AA.VV.: en *Vivienda y colectivos vulnerables* (dir. por M. D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN), Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 297-327, en p. 298.

127 De acuerdo con la información facilitada por el INE, para considerar una vivienda sobreocupada o con falta espacio se tiene en cuenta el número mínimo de habitaciones que serían necesarias en el hogar, calculado según el siguiente criterio: una habitación para el hogar en su conjunto, una habitación por pareja que forma parte del hogar, una habitación para cada persona sola de 18 y más años, una habitación para dos personas del mismo sexo con edades comprendidas entre 12 y 17 años de edad, una habitación para una persona sola con edad comprendida entre 12 y 17 años no incluida en la categoría anterior y una habitación por pareja de niños menores de 12 años. Disponible en [https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es\\_ES&c=INESeccion\\_C&cid=1259949001153&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalleFichaIndicador&param3=1259937499084](https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259949001153&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalleFichaIndicador&param3=1259937499084), (Consultado 21/02/2024).

128 Últimos datos facilitados por el INE para el año 2022. Disponible en [https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es\\_ES&c=INESeccion\\_C&cid=1259949001153&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalleFichaIndicador&param3=1259937499084](https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259949001153&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalleFichaIndicador&param3=1259937499084), (Consultado 21/02/2024).



en régimen de arrendamiento y con independencia de si padece, al tiempo del fallecimiento del testador, una posible discapacidad.

### 1. Atribución del usufructo de la vivienda familiar.

Una medida muy conveniente para el cónyuge superviviente pero que depende la voluntad de su consorte premuerto, es la atribución testamentaria del usufructo universal a favor del cónyuge sobreviviente de la pareja conyugal a través de la denominada cláusula de opción compensatoria de la legítima o cautela socini ya analizada anteriormente. Por medio de la misma se constituye un usufructo universal vitalicio sobre toda la herencia del difunto que incluirá la vivienda familiar (si ésta es propiedad del cónyuge testador, bien porque le pertenece privativamente ya sea en régimen de gananciales como si es privativa en régimen de separación de bienes o de participación en las ganancias ya sea porque en la liquidación del régimen económico se ha asignado al difunto). La cautela socini es sin duda, un gran mecanismo de protección del cónyuge sobreviviente que le permite mantenerlo en la vivienda familiar con carácter vitalicio<sup>129</sup>. Mediante esta fórmula, que puede ser mejorada notarialmente, se va a facilitar el disfrute de la totalidad de la misma en favor del cónyuge viudo, si en la liquidación del régimen económico matrimonial no pudo asignarse en su totalidad al patrimonio del superviviente o si la misma pertenecía en propiedad al cónyuge premuerto o ambos ostentaban su titularidad en régimen de comunidad<sup>130</sup>.

### 2. Atribución del uso de la vivienda familiar, protección de la posición del cónyuge viudo con discapacidad y sus problemáticas.

El reformado art. 822.I CC permite al testador constituir un derecho de habitación sobre la vivienda habitual/familiar del causante, en favor de un legitimario (ya sea ascendiente, descendiente y/o cónyuge) con discapacidad. En estos casos se admiten únicamente dos fórmulas: la constitución voluntaria del derecho por donación (inter vivos) o mediante legado (mortis causa) o, en su defecto, por ministerio de la ley. Conviene destacar que el valor de este derecho de habitación sea donado o legado o por ministerio de la ley, "no se computará para el cálculo de las legítimas" si el legitimario estuviere conviviendo en la vivienda con el causante al tiempo de su fallecimiento, lo que conlleva a que no se compute en el *relictum* o el *donatum* (art. 818 CC) reduciendo, así, la legítima de los demás legitimarios; ni se imputa su valor a la cuota legitimaria del beneficiado<sup>131</sup>. Por consiguiente, se

129 MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: "La sucesión", cit., p. 617.

130 Esta problemática no es infrecuente entre los esposos casados en régimen de separación de bienes pero que adquieren su vivienda familiar en condominio, ya sea por mitades indivisas (art. 1441 CC), ya sea en proporción a sus respectivas aportaciones.

131 MARTOS CALABRÚS, M. A.: "Constitución del", cit., p. 306, señala que este beneficio tiene como resultado un incremento del valor de la cuota de herencia del legitimario con discapacidad beneficiado con la medida,

establece una nueva medida que atenta a la supuesta intangibilidad de la legítima (ya excepcionada por el art. 808 CC, entre otros) sobre un bien como es la vivienda habitual del causante, que quizás constituya el bien más importante de todo el patrimonio del causante y que por esta medida va a quedar gravada con un derecho de habitación vitalicio (de mayor o menor duración -y valor-, según los casos)<sup>132</sup>.

En torno a esta cuestión, conviene detenerse en las necesidades habitacionales del cónyuge viudo que hasta el fallecimiento del premuerto compartía con éste la vivienda familiar y conyugal. En innegable que la Ley 8/2021, pretendió mejorar la situación del legitimario con discapacidad, al reformar el art. 822 CC y crear esta posibilidad jurídica que permite que un legitimario del testador con discapacidad ejerza un derecho en el uso de la vivienda familiar<sup>133</sup> pero que puede plantear algunas situaciones problemáticas<sup>134</sup> si concurren diversos beneficiarios todos ellos legitimarios. Será el caso de cuando se benefician en el uso de la vivienda familiar el cónyuge viudo y los descendientes (comunes o no) o el cónyuge viudo con los ascendientes del causante, dando lugar a situaciones incómodas para el cónyuge viudo, en algunos de estos supuestos. Porque no es lo mismo convivir temporalmente en la vivienda familiar, a petición del cónyuge premuerto, con sus ascendientes o descendientes no comunes, y como algo temporal, a que esta situación se perpetúe por adquirir este legitimario un derecho real sobre la vivienda conyugal. Y, máxime, si se constituye *ope legis*.

Porque si relacionamos este precepto con lo establecido en los arts.1406<sup>135</sup> y 1407<sup>136</sup> CC, que establecen para aquellos casados en sociedad de gananciales, la atribución preferente de la vivienda al cónyuge viudo -no necesariamente con discapacidad-, en propiedad y de no ser posible, un derecho de uso o habitación sobre la vivienda habitual. Ello puede provocar situaciones de convivencia de hijos sólo del causante con discapacidad y el cónyuge viudo con el que pueden o no

---

al añadirse a lo recibido por legítima, el valor de ese derecho de habitación (arts. 819, 825 y 828 CC). A su vez, quedan liberados de la obligación de colacionar del art. 1035 CC.

132 Obviamente, la medida, que me parece muy interesante, provoca indudablemente la quiebra de otro principio, el de igualdad de los legitimarios. En el mismo sentido, MARTOS CALABRÚS, M. A.: "Constitución del", cit., en p. 306.

133 ESTELLÉS PERALTA, P. M.: "La familia", cit., p. 240.

134 Vid., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Aspectos controvertidos del legado de habitación previsto por el artículo 822 del Código civil", en AA.VV.: *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García* (dir. por A. DOMÍNGUEZ LUELMO y M. P. GARCÍA RUBIO), La Ley, Wolters Kluwer, 2014, 143-164, en p. 143.

135 El art. 1406 CC establece que: "Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: ... 4º. En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual".

136 El art. 1407: "En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero".

mantener una relación más o menos cordial; o bien la convivencia del viudo con sus suegros mientras lo necesiten (aunque no acaben de congeniar).

Así pues, la mencionada reforma del art. 822 CC introduce un nuevo derecho de habitación en favor del legitimario con discapacidad<sup>137</sup>, pero al mismo tiempo, con esta norma se debilita la posición del cónyuge viudo que tal vez sufra, asimismo, alguna discapacidad<sup>138</sup> y ello si atendemos, además a que la vivienda habitual representa sin duda el valor más significativo de la gran mayoría de patrimonios hereditarios que se generan en la sociedad actual<sup>139</sup>.

### 3. La sucesión en el arrendamiento de la vivienda familiar.

En el caso de que la vivienda familiar se encuentre en régimen de arrendamiento por el causante, la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos concede al cónyuge viudo el derecho a subrogarse en el contrato con preferencia a otros parientes y la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda pretende reconocer en su art. 14 las situaciones de las personas vulnerables y con discapacidad, situación en la que pueden encontrarse muchos viudos/as actualmente como ya hemos analizado.

Así pues, fallecido el arrendatario, el art. 16 LAU contempla los supuestos de subrogación que pueden darse en el arrendamiento cuando éste fallece antes de la finalización del plazo de duración del contrato, entre los que se encuentra, en primer lugar, el cónyuge viudo que conviviera en la vivienda con el premuerto. En todo caso, y de acuerdo con el art. 16.4 LAU, no podrá pactarse una renuncia al derecho de subrogación en caso de que las personas que puedan ejercitar tal derecho en caso de muerte del arrendatario, se encuentren en situación de especial vulnerabilidad o afecte a menores de edad, personas con discapacidad o personas mayores de 65 años.

### 4. Otras propuestas y soluciones habitacionales mortis causa en favor del cónyuge viudo con discapacidad.

Existen otras opciones a disposición del testador para mejorar la suerte habitacional del cónyuge viudo tras el óbito de aquel, como disponer en su favor de un legado de cosa específica sobre la vivienda regulado en los arts. 882 y 883

137 Como pone de manifiesto MARTOS CALABRÚS, M. A.: "Constitución del", cit., en p. 298, el derecho a la vivienda de las personas con discapacidad ha sido una preocupación constante del legislador que se manifestó ya desde la Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos, de la Ley de Propiedad Horizontal e incluso del Código Civil con la nueva redacción dada al art. 96 en favor de los hijos mayores con discapacidad.

138 Además de restringir el derecho de los posibles legitimarios con discapacidad a elegir su lugar de residencia de forma libre e independiente y acorde con el art. 19 de la Convención de derechos sobre las personas con discapacidad (CDPD), según DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Se da una nueva redacción a los párrafos primero y segundo del artículo 822 CC", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, 3, (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 953-958, en p. 955.

139 PÉREZ ESCOLAR, M.: "Sucesión intestada", cit., p. 1657.

CC o un legado de usufructo o derecho de habitación sobre la vivienda familiar que se contempla en los arts. 467 y 524 CC. No obstante, la intangibilidad de la legítima juega a favor de los hijos y descendientes que concurren con el cónyuge viudo<sup>140</sup> y hace difícil encontrar una solución más satisfactoria y sencilla que la que otorga la plena libertad de testar.

## IX. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA.

I.- El actual e histórico sistema legitimario español, fundamentado en la solidaridad intergeneracional y en la cohesión familiar que debe exigirse recíprocamente de todos los miembros del núcleo familiar, es innegable que pierde pie en los tiempos actuales. Al final, el argumento queda reducido a los lazos de sangre (*ius sanguinis*) entre el causante y el legitimario que se sabe beneficiado de una porción de la herencia del causante, que se sabe perceptor preferente y con garantías de una porción importante del patrimonio del causante si atendemos al art. 818.2 CC. También se sabe impune por las dificultades que entraña el actual sistema de desheredación, frente a determinadas acciones o inacciones del legitimario en relación con su causante, si atendemos a los arts. 853 y siguientes del Código Civil.

II.- Y así en la era de la libertad, restringimos la de testar y otorgamos "carta blanca" al legitimario poco solidario y/o afectuoso.

III.- Si se aumentara la libertad de testar; si se permitiera al testador beneficiar a aquellos que le prestaron afecto y atenciones en los últimos años de su vida, que fueron solidarios con el causante, también a nivel afectivo, se solucionaría el complejo sistema de desheredación, por innecesario, y los agravios que sufren aquellos que verdaderamente estaban unidos al testador más allá de los lazos de sangre. Sorprende la falta de voluntad para entender que la disposición testamentaria constituye la proyección patrimonial de un afecto individual que debe ser respetado.

IV.- Lo más conveniente sería establecer una auténtica libertad de testar en favor de aquellos, muy pocos, que deciden otorgar testamento, sin limitaciones. Es un dato incontestable que pese al incremento de personas mayores en nuestra pirámide poblacional, los españoles no terminan de decidirse a testar y nos movemos en un rango anual que oscila entre los 600.000 y 700.000 testamentos, esto es, en torno a un escaso 15%. Ello supone que se va a ejercer en muy pocas ocasiones la libertad de testar, y si se testa, es porque el causante se ve movido a ello por alguna circunstancia familiar que conoce y le preocupa y que es absolutamente ajena al legislador que le limita sus libertades. ¿No habrá

<sup>140</sup> Vid. al respecto, MARTOS CALABRÚS, M. A.: "Constitución del", cit., en p. 299.

llegado (y rebasado) ya el momento de limitar -aquí sí- la función tuitiva del Estado que, prácticamente suplanta la voluntad del testador permitiendo limitando su soberana y autónoma decisión sobre el destino de su patrimonio y aceptando que conoce a sus descendientes, ascendientes y cónyuge mejor que el legislador y sabe quién merece y necesita sus bienes? ¿Podemos pensar razonablemente que cuando un padre no desea instituir herederos a sus hijos, salvo algún supuesto de error, es porque tiene buenas y dolorosas razones?

V.- Asimismo, ello da lugar, a un número muy elevado de sucesiones intestadas en las que los derechos del cónyuge viudo a la sucesión de su consorte premuerto son inferiores y de peor rango que los de los demás legitimarios del causante que concurren con el viudo. Por ello, se propone revisar el alcance de los derechos legitimarios del cónyuge viudo en la herencia del premuerto, aumentando, igualmente su porción legitimaria; pues si bien el testador puede nombrarle en la libre disposición, de no haber testamento, ello será imposible. En consecuencia, sería conveniente que tanto los derechos sucesorios como la legítima del cónyuge viudo (y demás parientes) se readaptaran a una función más ajustada a los tiempos presentes y atendiera, asimismo, al origen del patrimonio del testador, que en la mayoría de los casos es fruto del esfuerzo, trabajo y ahorro del propio causante pero también del de su cónyuge, en mayor medida, sin duda, que de los descendientes del causante.

VI.- Por otra parte, la realidad social y el aumento en la esperanza de vida por encima de los 80 años tanto de los causantes como de sus viudos -en la mayor proporción de la mujer viuda, si atendemos al sesgo de género en esta cuestión- son aspectos que no se tienen en cuenta de manera especial por el legislador para otorgar determinados derechos sucesorios. Y tampoco facilita la ampliación de la libertad de disposición del testador cuando el cónyuge viudo sea persona con discapacidad salvo lo prevenido de manera general para todo legitimario con discapacidad en el art. 822 CC, lo que ha supuesto la pérdida de una oportunidad única de proteger la vulnerabilidad del cónyuge viudo con probable discapacidad (debido entre otras causas, a su avanzada edad) y que la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, no ha considerado. Más bien al contrario, en algunos casos, la aplicación del mencionado precepto puede provocar situaciones de convivencia de hijos sólo del causante con discapacidad y el cónyuge viudo con el que pueden o no mantener una relación más o menos cordial; o bien la convivencia del viudo con sus suegros mientras lo necesiten (aunque no reine la concordia). Por tanto, con esta norma se debilita la posición del cónyuge viudo que tal vez sufra, asimismo, alguna discapacidad y ello si atendemos, además a que la vivienda habitual representa sin duda el valor más significativo de la gran mayoría de patrimonios hereditarios que se generan en la sociedad actual.

VII.- Los evidentes cambios y transformaciones de la familia ya sean debidos a una crisis de valores (que han derivado en una debilitación de los vínculos familiares, además de los sociales) o a cuestiones demográficas y económicas han dado lugar al triunfo de la afectividad y a la búsqueda de la fugaz felicidad y no tanto a la búsqueda de la seguridad o estabilidad económica. La pareja y el amor que se profesan son el centro de la realización personal, fenómeno denominado como la "conyugalización" de la sociedad. Y es por esta causa, que debemos apreciar el valor de la conyugalidad de los que permanecen unidos, sobre todo si atendemos al número de rupturas conyugales que se ha disparado en los últimos años debido a que la falta de amor provoca la ruptura del matrimonio. Así pues, cuando la relación marital subsiste, cuando no hay crisis conyugal y consiguiente divorcio, cuando prima el afecto conyugal y la "affectio maritalis", cuando, en definitiva, se mantienen los cónyuges firmemente anclados en la permanencia de su vínculo conyugal, es esa "conyugalidad" la verdadera protagonista de la solidaridad familiar y no resulta nada conveniente desatender esta realidad. Al contrario, se debería anteponer este vínculo (conyugal) voluntario y bien anclado de permanencia de los esposos que pese a los vientos divorcistas, deciden continuar juntos y mantener su vínculo conyugal. Por ello, carecen de sentido los planteamientos inamovibles en favor del mantenimiento de unas legítimas tan amplias en beneficio de descendientes y ascendientes y en detrimento de la relación conyugal, del cónyuge viudo y de uno de los valores más predominantes en la sociedad actual como es la libertad.

VIII.- Es significativa la estricta exigencia de convivencia a los cónyuges para que se deriven los derechos sucesorios a la sucesión abintestato y a la legítima como prueba y garantía de la conyugalidad y "affectio maritalis". Incluso la separación de facto -período de reflexión y/solución de algunos problemas conyugales y que puede ser muy breve en el tiempo-, si no se reanuda con anterioridad al óbito de unos de los esposos tiene consecuencias muy graves para el supérstite. Y pese a ello, la existencia de convivencia -que no en todo caso es indicativa de distanciamiento o desapego conyugal- es terminante. Sin embargo, legislador y tribunales son más laxos con el desafecto y distanciamiento de los parientes consanguíneos.

IX.- Así las cosas, la posición del cónyuge supérstite es un tema complejo tanto en relación con su débil posición como legitimario -tanto cuantitativa como cualitativamente- como en su postergado llamamiento como heredero abintestato y no entendemos el empecinamiento legislativo que impide mejorar la situación del cónyuge viudo porque limita y no permite al causante proveer al supérstite de medios económicos suficientes que le posibiliten mantener un tenor de vida similar al anterior a la viudez y que obliga, en cambio, a garantizar una porción de

la fortuna paterna a los hijos sin que haya mediado ningún esfuerzo ni afecto por su parte.

X.- Es incuestionable hoy día, que la legítima del cónyuge viudo debe considerarse, para su mejora, atendiendo a su colaboración y participación en la adquisición, creación y conservación de la riqueza del causante y a la solidaridad conyugal y patrimonial entre las generaciones de parientes, y que avalan que sea el cónyuge viudo el que por precisar una mayor ayuda económica para mantener el mismo nivel de vida digno del que disponía en vida del cónyuge fallecido, sea quien más reciba de su consorte difunto. En consecuencia, sería conveniente que tanto los derechos sucesorios como la legítima del cónyuge viudo (y demás parientes) se readaptara a una función más ajustada a los tiempos presentes y trascendiera a la finalidad que tuvo en origen, es decir, la protección del patrimonio familiar, ahora prioritariamente conyugal, aunque solo sea porque este patrimonio del testador en la mayoría de los casos es fruto del esfuerzo, trabajo y ahorro del propio causante y de su cónyuge, patrimonio al que tampoco contribuyen en su creación o aumento, los descendientes del causante pero sí su cónyuge, en claro ejercicio de solidaridad intraconyugal post mortem.

XI.- En relación a la ampliación de la libertad de testar que permite la nueva redacción del art. 808 CC en favor de los descendientes con discapacidad y que permite, incluso, establecer sobre la legítima estricta una sustitución fideicomisaria de residuo, se echa en falta la misma solución en favor del cónyuge viudo. Si además atendemos al porcentaje de cónyuges viudos con una discapacidad a consecuencia de la avanzada edad en la que enviudan opino que el legislador dejó escapar una oportunidad para atender esta necesidad cuando reformó en 2021 la materia. La consecuencia: ancianidad, soledad y discapacidad un coctel preocupante que provoca, en estos casos, vulnerabilidad.

XII.- Ciertamente, que se ofrecen algunas soluciones para “esquivar” las limitaciones legislativas a la libertad de testar pero no siempre han resultado satisfactorias debido a algunas problemáticas que suscitan. Es el caso de la cláusula de opción compensatoria o cautela socini, utilizada muy frecuentemente por el testador como “remedio” para beneficiar a un legitimario, normalmente el cónyuge supérstite. Si partimos, además, de un supuesto nada descabellado de cónyuge viudo de edad avanzada y con una más que probable discapacidad, la cuestión adquiere mayor importancia. Con todo, se requiere una nueva formulación “notarial” de la cautela socini que atienda al sujeto beneficiario (el cónyuge viudo) y ofrezca al viudo (no al descendiente legitimario) la opción, dejando a su elección decidir si prefiere ser legatario del usufructo universal o ser heredero conservando su cuota vidual para usufructuar el tercio de mejora. Con todo, esta mejora es limitada dados los escasos porcentajes de españoles que deciden testar.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBERDI, I.: *La nueva familia española*, Santillana, Madrid, 1999.

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *Derechos sucesorios del cónyuge y reglamento sucesorio de la unión europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

ARCOS VIEIRA, M. L.: *La desaparición de la "affectio maritalis" como causa de separación y divorcio*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2000.

ARROYO Y AMAYUELAS, E.: "La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania", *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 2010, núm. 1, pp. 1-53.

AYUSO SÁNCHEZ, L.: "Nuevas imágenes del cambio familiar en España", *Revista Española de Sociología*, 2019, núm. 28 (2) pp. 269 a 287.

BARBA, V.: "Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad", *La Ley Derecho de Familia*, 2021, núm. 31, pp. 34-69.

BARBA, V.: "Las condiciones que refuerzan la voluntad testamentaria", en AA.VV.: *Condiciones y negocios jurídicos mortis causa*, (dir. por A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 99-136.

BARRIO GALLARDO, A.: "El ocaso de las legítimas largas", en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 287-314.

BARRÓN ARNICHES, P.: "Ponderación de la desheredación como instrumento al servicio de la libertad de testar. El sistema de legítimas desde la perspectiva de las personas mayores", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 113-146.

BERMEJO PUMAR, M. M.: "Legítima crediticia", en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 117 y ss.

BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La cautela socini: caracterización y alcance de su validez testamentaria", *Actualidad Civil*, 2014, núm. 12, Sección Estudios de Jurisprudencia, Wolters Kluwer.

BLANDINO GARRIDO, M. A.: "Libertad de testar y condiciones testamentarias", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 267-305.



BOSCH CAPDEVILA, E.: "El cálculo de la legítima de los descendientes en los Derechos civiles españoles", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 147-192.

CABELLO HERNÁNDEZ, J. R.: "Presupuestos para una reforma del sistema de legítimas en derecho español de sucesiones", *Revista Boliviana de Derecho*, 2023, núm. 36, julio, pp. 116-145.

CARBONNIER, J.: *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1974.

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

CARRIÓN OLMOS, S.: "Conviviente de hecho y sucesión testamentaria: reflexiones desde la obsolescencia del régimen de legítimas", *Revista Boliviana de Derecho*, 2020, núm. 30, pp. 364-391.

CERVILLA GARZÓN, M. D.: "Planteamiento de una reforma de la sucesión intestada", en AA.VV.: *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil español* (dir. por P. M. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 613-652.

CHECA MARTÍNEZ, M.: "Instituciones jurídicas de Estate Planning internacional: La protección transfronteriza del patrimonio familiar", en AA. VV.: *De los retos a las oportunidades en el derecho de familia y sucesiones internacional*, (dir. por B. Campuzano et al.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 139-172.

CIENFUEGOS ILLANES, J.: "Desafíos y continuidades en la conyugalidad a distancia", *Revista Latinoamericana de Estudios de familia*, 2011, vol. 3, enero-diciembre, pp. 146-173.

COBAS COBIELLA, M. E.: "Hacia un nuevo enfoque de las legítimas», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2006, núm. 17, pp. 49-65.

COSIALLS UBACH, A.M.: "La partición de la herencia y la libertad de testar", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 375-408.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Aspectos controvertidos del legado de habitación previsto por el artículo 822 del Código civil", en AA.VV.: *Estudios de*

*Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García* (dir. por A. DOMINGUEZ LUELMO y M. P. GARCÍA RUBIO), La Ley, Wolters Kluwer, 2014, 143-164.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Se da una nueva redacción a los párrafos primero y segundo del artículo 822 CC", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, 3, (dir. por C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 953-958.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Tratamiento de la discapacidad en la regulación de la sucesión en el Código Civil", en AA.VV.: *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil* (dir. por P. M. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 411-469.

DE LA IGLESIA PRADOS, E.: "Consecuencias en la libertad de testar y la legítima de la violencia en la pareja", en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 335 y ss.

DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Autonomía privada y Derecho de sucesiones", en AA.VV.: *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, 1, Derecho de la Persona, familia y sucesiones" (coord. por L. PRATS ALVENTOSA), Wolters Kluwer, Madrid, 2012, pp. 513-640.

-- "Una propuesta de política del derecho en materia de sucesiones por causa de muerte", en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*. (XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander, 9 a 11 de febrero de 2006), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pp. 13-172.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Artículo 81" en AA.VV.: *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 187-193.

ECHEVARRÍA DE RADA, M. T.: "La cautela socini: revisión crítica de su concepción actual", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, núm. 781, pp. 2583-2619.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *Tendencias reformistas en el Derecho español de sucesiones. Especial consideración al caso de las legítimas*, Bosch, Barcelona, 2020.

ESTELLÉS PERALTA, P. M.: "El concepto de vulnerabilidad: análisis legal y constitucional", AA.VV.: en *Vivienda y colectivos vulnerables* (dir. por M. D. CERVILLA

GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN), Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 163-190.

ESTELLÉS PERALTA, P. M.: “La (in)discutible soberanía de la voluntad del testador en la disposición *mortis causa* de su patrimonio”, en AA.VV.: *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil español*, (dir. por P. M. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 150-192.

ESTELLÉS PERALTA, P. M.: “La familia española del siglo XXI: nuevas realidades en la sucesión *mortis causa* del cónyuge supérstite”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 2022, núm. 33, pp. 222-251.

ESTELLÉS PERALTA, P. M.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis de pareja: análisis legal y jurisprudencial del art. 96.I CC y propuestas de *lege ferenda*”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, núm. 19, pp. 200-259.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: “¿El usufructo como legítima del cónyuge viudo?”, en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 437-462.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: “La libertad de testar del causante como protección sucesoria del cónyuge viudo en el siglo XXI”, en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 491 y ss.

GALICIA AIZPURUA, G. H.: “Legítimas y libertad de testar en el País Vasco”, en AA.VV.: *Tratado de legítimas* (coord. por T. F. TORRES GARCÍA), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 417-470.

GALICIA AIZPURUA, G. H.: “Las legítimas en la propuesta de reforma de la Asociación de profesores de Derecho civil”, en AA.VV.: *Retos y oportunidades del Derecho de sucesiones* (dir. por C. VILLÓ TRAVÉ), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 47-74.

GARCÍA RUBIO, M. P.: “Legítimas en el Derecho español. Diversidad, complejidad y retos que planean sobre la legítima del código civil”, en AA.VV.: *Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria*, (coord. por V. BARBA y L. PÉREZ GALLARDO), Olejnik, Santiago de Chile, 2021, pp. 23-58.

GIMÉNEZ COSTA, A. y VILLÓ TRAVÉ, C.: “Libertad de testar y protección del cónyuge viudo o conviviente supérstite”, en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 221-266.

GOMÁ LANZÓN, I.: "¿Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI?", en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 61-76.

IGLESIAS DE USSEL, J.: *La familia y el cambio político en España*, Tecnos, Madrid, 1998.

IRURZUN GOICOA, D.: "La cautela socini y la práctica notarial", *El notario del siglo XXI*, 2011, núm. 37.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Manual de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1979.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: "Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea", en AA.VV.: *La protección de las personas mayores*, (dir. por C. LASARTE), Tecnos, Madrid, 2007.

LÓPEZ DOBLAS, J.: "Las Mujeres Viudas en España". *Research on Ageing and Social Policy*, 2016, núm. 4 (1), pp. 22-44.

LÓPEZ LÓPEZ M. T., GONZÁLEZ HINCAPIÉ, V. Y SÁNCHEZ FUENTES, A. J.: *Personas mayores y solidaridad intergeneracional en la familia. El caso español*, Cinca, Madrid, 2015.

LUNA SERRANO, A.: "Unas breves reflexiones para una reforma del derecho sucesorio en el contexto de la realidad actual", en AA.VV.: *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista* (dir. por F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL y J. A. TORRES LANA), Dykinson, Madrid, 2014.

MAGARIÑOS BLANCO, V.: "La libertad de testar", *Revista de Derecho Privado*, 2005, núm. 89, pp. 3-30.

MARÍN CONSARNAU, D.: "La residencia habitual en el reglamento (EU) 650/2012 como manifestación de la libertad de testar: problemas y pautas para su determinación", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 445-474.

MARTÍN LÓPEZ, E.: *Familia y sociedad: una introducción a la sociología de la familia*, Rialp, Madrid, 2000.

MARTÍN SANTISTEBAN, S.: "Fundamento de la legítima. De la solidaridad patrimonial a la solidaridad en los cuidados personales", *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2023, núm. 3, pp. 396-429.

MARTÍNEZ VELENCOSO, M. L.: "Caracterización y alcance de la 'Cautela Socini' contenida en el testamento", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6 (octubre 2014), 2014, pp. 157-175.

MARTÍNEZ VELENCOSO, M. L.: "Aspectos sustantivos del derecho hereditario", en AA.VV.: *Derecho de sucesiones* (dir. por J. ALVENTOSA DEL RÍO y M. E. COBAS COBIELLA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 149-725.

MARTOS CALABRÚS, M. A.: "Constitución del derecho de habitación del legitimario discapacitado", AA.VV.: en *Vivienda y colectivos vulnerables* (dir. por M. D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN), Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 297-327.

MEDINA PABÓN, J. E.: *Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: "La sucesión mortis causa de la vivienda familiar y fallecimiento de uno de los cónyuges o unidos de hecho", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, núm. 19, pp. 600-629.

MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: "Las legítimas en el Derecho Civil común" en AA.VV.: *Derecho de sucesiones contemporáneo. Aspectos civiles y fiscales* (dir. por C. LASARTE), Tirant lo Blanch, 2020, pp. 71-118.

MOSMANN, C. y WAGNER, A.: "Dimensiones de la conyugalidad y de la parentalidad: un modelo correlacional", *Revista Intercontinental de Psicología y Educación*, 2008, vol. 10, núm. 2, julio-diciembre, pp. 79-103.

ORTUÑO MUÑOZ, J. P.: "La mediación en el ámbito familiar", *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2013, núm. 29, pp. 1-23.

PARRA LUCÁN, M. A.: "Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio", *AFDUDC*, 2009, núm. 13, p. 500. Disponible en [https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/7529/AD\\_13\\_art\\_24.pdf](https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/7529/AD_13_art_24.pdf).

PARRA LUCÁN, M. A.: "Las legítimas en la propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de profesores de Derecho civil", en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (coord. por J. P. MURGA y C. HORNERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 193-212.

PÉREZ ESCOLAR, M.: "Sucesión del cónyuge supérstite. Perspectiva histórica del Derecho romano a la época de las Recopilaciones", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2004, núm. 685, pp. 2711-2777.

PÉREZ ESCOLAR, M.: "Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código civil español. Revisión de fundamentos y planteamientos de futuro", *Anuario de Derecho Civil*, 2007, núm. 4, pp. 1642-1678.

PÉREZ ESCOLAR, M.: *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 91 y ss.

PERUGA PÉREZ, E.: "La relevancia de la *affectio maritalis* en la ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias por crisis matrimonial o de convivencia: comentario crítico de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 14/2019, de 21 de febrero. Una propuesta de interpretación del artículo 422-13 del Código Civil de Cataluña", *Revista Catalana de Dret Privat*, 2020, núm. 21, pp. 153-193.

PUYALTO FRANCO, M. J.: "Libertad de testar y transmisión *mortis causa* de la empresa", en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 409-444.

ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Edelce, Sevilla, 1951.

SALVADOR CODERCH, P., LLOVERAS I FERRER, M. R. y SEUBA TORREBLANCA, J. C.: "Amor et Caritas. La parella de fet en el dret successori català", *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa. El nou dret successori de Catalunya*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1994, pp. 207-226.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: "Límites constitucionales a la libertad de testar», en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 7-38.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: *El usufructo universal vidual y el artículo 820.3 del CC*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: "¿Reforma de la legítima, en particular la del cónyuge viudo ante su mayor longevidad?", en AA.VV.: *Dolencias del Derecho civil de sucesiones. 130 años después de la aprobación del Código Civil español* (dir. por P. M. ESTELLÉS PERALTA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 193-268.

SANZ ACOSTA, L.: "Alcance y validez de la 'cautela socini' en caso de petición injustificada de remoción de albacea", *Actualidad Civil*, 2014, núm. 12, Sección Fundamentos de Casación.

SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Libertad de testar y planificación testamentaria”, en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 475-500.

TORRES GARCÍA, T. F.: “Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)”, en AA.VV.: *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*. (XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil). Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, 173-230.

URIBE ARZATE, E. y GONZÁLEZ CHÁVEZ, M. L.: “La protección jurídica de las personas vulnerables”. *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, 2007, núm. 27, p. 210.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: “Cautelas de opción compensatoria de la legítima”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Sucesorio, vol. III. Estudios dispersos sobre las legítimas* (dir. por J.B. VALLET DE GOYTISOLO), Montecorvo, Madrid 1981.

VAQUER ALOY, A.: “Acerca del fundamento de la legítima”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2017, núm. 4.

VAQUER ALOY, A.: “Derecho a la legítima e intereses subyacentes”, en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 63-82.

VAQUER ALOY, A.: “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2007, núm. 3.

VÁZQUEZ LEMOS, A.: “La cautela socini: una duda existencial”, en AA. VV.: *Derecho de sucesiones: antiguas y nuevas controversias*, (coord. por M. FUENTESECA Y L. NORIEGA), Boch, Barcelona, 2020, pp. 455-475

ZURITA MARTÍN, I.: “La protección de la libertad de testar de las personas vulnerables”, en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coord. por A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y E. BOSCH CAPDEVILA), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 83-112.

