

XII.6- ACTAS DE LAS REUNIONES CONJUNTAS DE LAS COMISIONES ACADÉMICAS DE DERECHO PÚBLICO Y DE DERECHO PRIVADO.

ACTA DE LA CELEBRADA EL 23 DE ABRIL DE 2013..

En la ciudad de Palma de Mallorca, a 23 de Abril de 2013, siendo las 17 horas, se reúnen, en la sede de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, las Comisiones académicas de Derecho Público y de Derecho privado, asistiendo a la reunión don Miquel Masot Miquel, Presidente de la Academia, así como los Académicos don Eduardo Martínez-Piñero Caramés, don Jaume Ferrer Pons, don Bernardo Cardona Escandell, don Tomás Mir de la Fuente, don Pedro A. Aguiló Monjo y don Josep Maria Quintana Petrus. Justifican su inasistencia por compromisos ineludibles D. José Cerdá Gimeno y D^a María Pilar Ferrer Vanrell.

Abierto el acto por el Presidente, comienza el mismo por agradecer a los Sres. Aguiló Monjo, Jiménez Gallego y Mir de la Fuente los trabajos realizados, los cuales constituirán el informe de las Comisiones Académicas, junto con el trabajo efectuado por el propio Presidente y las actas de las sesiones, en las que las mencionadas aportaciones de los Académicos habrán sido objeto de deliberación.

De acuerdo con lo establecido en la convocatoria, se comienza por el examen de los trabajos de los Sres. Mir de la Fuente y Aguiló Monjo, poniendo de relieve todos los reunidos la coincidencia de los dos indicados trabajos en cuanto a las conclusiones a que llegan, de las que puede deducirse que ambos se muestran partidarios de una reforma legislativa que establezca la sustitución del Estado por la Comunidad Autónoma en la sucesión intestada, a falta de parientes con derecho a suceder, habiendo expuesto ambos en su trabajo la posibilidad constitucional de acometer la mencionada reforma, cual han hecho, por cierto, las otras Comunidades Autónomas con Derecho civil propio y alguna de ellas que no lo tenían, cual es el caso de Valencia. Asimismo coinciden ambos expertos en la distribución

de la herencia en el caso de que la percibiera la Comunidad Autónoma, ya que parece plausible que un tercio de la misma vaya al municipio en el que tenía el finado su domicilio, otro tercio a la Isla correspondiente, quedando el tercio restante para la propia Comunidad Autónoma. Se señala asimismo que las instituciones y organizaciones municipales e insulares entre las que se distribuiría el tercio correspondiente podrían ser, indistintamente, de asistencia, bienestar social y beneficencia y también culturales y de educación.

Suscitó algunas consideraciones la cuestión apuntada en el trabajo del Sr. Aguiló Monjo sobre el órgano administrativo que debería realizar la distribución, ya que en el mismo se ofrece la disyuntiva entre crear una Junta Distribuidora de Herencias o otorgar directamente la competencia al órgano administrativo competente en materia de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. De entrada, y por evidentes razones de ahorro de gasto público, parecía preferible la segunda opción, que evita la creación de un nuevo órgano administrativo. Pero la misma presenta el inconveniente de concentrar la capacidad decisoria sobre la realización de la distribución en una sola persona, lo que, desde luego, tampoco es encomiable. En todo caso, se llegó a la conclusión de que se está ante un tema que entra dentro de la capacidad organizativa de la propia Administración Pública, por lo que parece oportuno dejarlo al criterio de la misma, en el bien entendido que las normas hoy imperantes en materia de gasto público impedirían que resultara excesivo el ocasionado por la creación y mantenimiento de una Junta Distribuidora de Herencias.

Se finaliza el examen de los trabajos de los Sres. Mir de la Fuente y Aguiló Monjo señalando que la reforma a realizar, para hacer efectiva la sustitución del Estado por la Comunidad Autónoma como heredera *ab intestato*, no solamente afectaría al artículo 53 de la Compilación –referido a la sucesión intestada en Mallorca y Menorca– sino también al artículo 84 –relativo a la sucesión intestada en Eivissa y Formentera–, preconizando para ambos preceptos una disposición similar, en la que la distribución de las herencias que pueda percibir nuestra Comunidad Autónoma tenga lugar de acuerdo con los parámetros que han quedado indicados.

Se entra a continuación en el estudio del trabajo realizado por el Sr. Masot Miquel titulado “Notes sobre la regulació de la successió intestada en el Dret civil de les Illes Balears”, exponiendo aquel las líneas generales del mismo, en las que están de acuerdo los reunidos. Particularmente hay coincidencia de opiniones sobre la conveniencia de evitar *de lege ferenda* las remisiones, dado que se producen situaciones conflictivas cuando hay modificaciones legislativas en las normas a las que se efectúa la remisión. En este sentido se considera que, si bien no deja de ser aguda la consideración

expuesta en su obra por el Académico Sr. Cerdá Gimeno, quien distingue entre las remisiones a todo un amplio sector del Ordenamiento jurídico –como las que realizan los arts. 53 y 84 de la Compilación a la sucesión intestada y el art. 70 a la testada– y las que se refieren a un o unos preceptos concretos y determinados, pudiendo la remisión tener carácter dinámico en el primer caso, tal consideración tropieza con la expresión terminante de la Disposición Final segunda de la Compilación y con la evidencia de que el carácter dinámico de las remisiones supondría dar entrada a un órgano legislativo distinto del Parlament balear para regular nuestras propias instituciones.

En definitiva, se considera que los preceptos de la Compilación relativos a la participación del cónyuge viudo en la sucesión intestada y a la legítima viudal no se corresponden con la conceptualización actual del matrimonio, tras la sustancial reforma operada por la ley general del Estado 15/2005 de 8 de Julio, que lo fundamenta en la sola voluntad de los cónyuges de mantenerlo, pudiéndolo disolver cualquiera de ellos tras el transcurso de tres meses, y sin que se pueda declarar culpabilidad de ninguno de los esposos. En estas circunstancias es lógico que la misma ley estatal modificara los artículos 834 y 945 Cc, referidos respectivamente a la legítima viudal y a la sucesión intestada, señalando simplemente que estos derechos sucesorios corresponden al cónyuge viudo que no esté separado judicialmente o de hecho, sin ninguna otra precisión. Situación distinta a las existente en nuestro Derecho, en que tiene derecho a la legítima viudal el cónyuge viudo que estuviera separado por culpa del difunto y concurre a la sucesión intestada el cónyuge separado de hecho si la separación no ha sido por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

Siendo aconsejable la reforma de nuestra legislación en este punto, se considera que en la propia disposición legal en la que se regulara la sustitución del Estado por la Comunidad Autónoma en la sucesión intestada, se debería también regular todos estos aspectos relativos a la legítima y al derecho a suceder *ab intestato* del cónyuge viudo, disponiendo que estos derechos dejaran de existir en caso de separación judicial o de hecho, sin más precisiones; y haciendo referencia a la posibilidad de reconciliación en el sentido preconizado en el informe sobre legítimas, elaborado sobre una ponencia del Académico Sr. Ferrer Pons, en el que se decía que, si se hubiere dado la reconciliación de los cónyuges separados judicialmente o de hecho, y se hubiere comunicado la misma, en el primer caso, al Juez ante el que se tramita o se tramitó la separación, el sobreviviente conservará sus derechos.

El Académico Sr. Cardona presenta un texto, referido al Derecho de Eivissa y Formentera, en el que propone la consideración del cónyuge viudo

como legitimario, tanto en la sucesión testada como en la intestada, siendo la cuantía de la misma el usufructo de la mitad del valor de la herencia, en caso de concurrir con descendientes, y dos terceras partes en caso de hacerlo con ascendientes. Pone especial énfasis en la referencia al valor de la herencia, de acuerdo con la conceptualización tradicional de la legítima pitiusa como *pars valoris bonorum*. Este derecho permanecería invariable en ambos tipos de sucesiones, aun en el caso de que la sucesión intestada no se hubiera abierto por la totalidad de la herencia, sino sobre parte de la misma, por coexistir con disposiciones del causante relativas a otros bienes de ella. Tan solo dejaría de ostentar el cónyuge viudo estos derechos sucesorios en caso de estar separado de hecho o en virtud de sentencia firme.

Tales consideraciones fueron plenamente aceptadas por los reunidos, dada su coincidencia con lo manifestado hasta el momento sobre todos estos temas.

Se deja para la próxima sesión académica –que tendrá lugar el día 20 de Mayo a las 18 horas– el análisis del trabajo presentado por el Académico Sr. Jiménez Gallego y, en especial, su propuesta de novedosas reformas legislativas. Sobre las mismas el Sr. Masot Miquel entrega a los reunidos unos folios expresivos de una serie de ideas que la importancia y novedad de las mismas le ha suscitado.

Tras lo cual se levanta la sesión, no sin antes agradecer el Presidente Sr. Masot su dedicación e interés a los autores de los trabajos y a los asistentes a la reunión.

ACTA DE LA CELEBRADA EL 20 DE MAYO DE 2013.

En la ciudad de Palma de Mallorca, a 20 de Mayo de 2013, siendo las 18 horas, se reúnen, en la sede de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, las Comisiones académicas de Derecho Público y de Derecho privado, asistiendo a la reunión don Miquel Masot Miquel, Presidente de la Academia, así como los Académicos don Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés, don Jaume Ferrer Pons, don Bernardo Cardona Escandell, don Tomás Mir de la Fuente, don Pedro A. Aguiló Monjo, D^a María Pilar Ferrer Vanrell y don Carlos Jiménez Gallego. Justifican su inasistencia por compromisos ineludibles don José Cerdá Gimeno y don Josep Maria Quintana Petrus.

Abierto el acto por el Presidente, se aprueba por unanimidad el acta de la reunión anterior, que había sido previamente remitida a todos los asistentes. Indica a continuación el Presidente que, habiéndose ya examinado y debatido en la sesión anterior los estudios presentados por los Académicos Señores Aguiló Monjo, Mir de la Fuente y Masot Miquel, la presente sesión se centraría en el estudio del Académico Sr. Jiménez Gallego y, en particular, en sus novedosas propuestas *de lege frenda*. Así se aprueba, no sin antes hacer constar el Sr. Mir de la Fuente que si se propone una nueva redacción del artículo 53, como la que sugiere el Sr. Aguiló, u otra, sobre la sucesión de la Comunidad Autónoma en lugar del Estado, no se puede olvidar el artículo 84, que habrá de serlo expresamente y en consonancia. Podría añadirse al párrafo segundo, una proposición que diga: asimismo, a falta de parientes con derecho a heredar, sucederá la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, que lo hará en la forma establecida en el artículo 53. Propuesta que merece la conformidad de los asistentes.

Indica el Presidente Sr. Masot que, con carácter previo a este acto, se han remitido a todos los miembros de las Comisiones dos escritos relativos a las propuestas del Académico Sr. Jiménez Gallego. Uno de ellos del Académico Sr. Ferrer Pons, que se une a la presente acta como documento número 1, y otro del propio Presidente, que asimismo quedará unido como documento número 2.

Antes de iniciar el debate, el Presidente felicita al Sr. Jiménez Gallego por el gran trabajo realizado y por la novedad de las propuestas que sin duda merecerán, como así va a ser, un amplio debate. Es sentir general de los reunidos que nada hay que corregir ni enmendar por lo que respecta al

examen del Derecho comparado, en el que el Sr. Jiménez Gallego ha demostrado, una vez más, sus amplísimos conocimientos en la materia. Uno de los Académicos quiere comentar, empero, una referencia que se contiene en el estudio al Derecho de Navarra, que, en la ley 300 de la Compilación admite la concurrencia de la sucesión testada con la intestada, para señalar, en la ley 216, que, en caso de institución de un heredero en cosa cierta sin concurrir con herederos universales, no se abre la sucesión intestada por el resto de la herencia, sino que la misma acrece al instituido *ex re certa*. En el estudio se dice que la norma navarra es práctica (quizás más práctica que justa) y quedaría por decidir como se reflejaría de mejor manera la voluntad del causante, si con el juego del mencionado derecho de acrecer o con la apertura de la sucesión intestada para la porción vacante. El comentario que se quiere hacer sobre el particular parte de la base de que el heredero instituido en cosa cierta ha sido designado expresamente por el testador, quien, por el contrario, ni siquiera ha mencionado, en su disposición de última voluntad, a las personas que sucederían *ab intestato*. Por lo que no puede haber dudas sobre cual sería la voluntad del testador sobre dicho particular, y consiguientemente, sobre la justicia de la solución propugnada por el artículo 216 de la ley navarra.

Ya centrado el debate en las propuestas de regulación, considera el Presidente que, por una cuestión de orden, resulta procedente comenzar examinando el escrito presentado por el Académico Sr. Ferrer Pons, quien con abundante argumentación, señala que, al reflejar las propuestas de regulación los derechos legitimarios del cónyuge viudo, se está ante una materia que no debería ser tratada dentro de la sucesión intestada, sino que el examen de la misma debería situarse en el marco de los derechos legitimarios del cónyuge viudo, como se hace en otras legislaciones. A los reunidos les parece plausible tal conclusión, aunque se señala, por algunos Académicos, que no se está haciendo un proyecto de ley, sino expresando doctas opiniones sobre un tema concreto y determinado –la sucesión intestada–, siendo evidente que, dentro de la misma, juegan unos derechos legitimarios del cónyuge viudo, al igual que ocurre con la sucesión testada. Ello permite apuntar opiniones doctrinales sobre éstos derechos, independientemente de que el tratamiento de los mismos, *de lege ferenda*, debería realizarse en un capítulo dedicado a las legítimas. Aparte de ello, se indica, hay algunos aspectos de la propuesta totalmente desvinculados del tema legitimario, como son la sucesión intestada del cónyuge viudo, al no existir descendientes ni ascendientes del causante, y la actuación jurídica del causante en la propia sucesión intestada.

Pasando ya al examen de las propuestas concretas, son de apreciar las siguientes consideraciones:

1) Sobre la posición jurídica del cónyuge viudo en caso de concurrencia con descendientes del difunto.

A pesar de reconocer que la propuesta de regulación –que hace depender la cuantía del usufructo vidual del hecho de que los descendientes con los que se concurre sean comunes, solo lo sean del cónyuge premuerto o se combinen los de los dos tipos– puede tener algún precedente en el Derecho comparado, casi la totalidad de los Académicos se inclinan por la eliminación de estas distinciones, considerando que debe prevalecer la regla general de limitar la legítima vidual al usufructo de la mitad de la herencia en caso de concurrencia con descendientes del cónyuge premuerto, sean éstos comunes o no comunes, sin hacer depender la cuantía del usufructo de esta circunstancia. Incluso por algún Académico se señala que este divergente tratamiento podría tener reproche constitucional.

Por el contrario, se consideran muy atinadas las amplias posibilidades de conmutación reseñadas en la propuesta. En sede de conmutación, se dice, hay que distinguir la decisión de conmutar y la forma de realizarla. Actualmente la primera es una facultad de los herederos, según establece, por cierto, la reciente sentencia de la Sala Civil y Penal de nuestro TSJ 2/2013 de 6 de Mayo. Mas se considera plausible, por la mayoría, que la exigencia de la conmutación proceda tanto del cónyuge viudo como de los herederos, siendo objeto de discrepancia la cuestión de si la exigencia de la conmutación ha de proceder de todos los herederos, unánimemente, o bastaría que la mayoría de los mismos la solicitaren; con la particularidad de que, en este segundo caso, habría que decirse como se forma esta mayoría, señalando que la decisión de conmutar debería venir respaldada por la mitad más uno de los herederos *ab intestato*, cuyas cuotas representen más de la mitad de la herencia, dado que puede haber herederos *ab intestato* con cuotas diversas, como serían los hermanos de doble vinculo y de vínculo sencillo y los supuestos de concurrencia de hermanos con sobrinos hijos de hermanos. La mayoría de los Académicos se manifiestan por la exigencia de que la decisión de conmutar provenga de todos los herederos, aun sin dejar de reconocer que, con ello, uno de los herederos *ab intestato* puede evitar que prospere la voluntad mayoritaria de los demás.

Parece acertado, se indica unánimemente por los reunidos, lo que se dice en la propuesta en cuanto a la manera de realizar la conmutación, al señalar que el usufructo vidual puede ser conmutado por una cuota en propiedad de los bienes hereditarios o por un capital cuyo valor sea

equivalente al del usufructo, calculado según las reglas del impuesto sobre sucesiones. En el escrito presentado por el Presidente de la Academia se plantea la cuestión de si esta conmutación mediante la entrega de un capital podría tener lugar en el caso de que este capital no exista en la herencia. Se indica que actualmente ello no sería posible, dado la conceptualización de la legítima –en Mallorca y Menorca– como *pars bonorum hereditati*. Sin embargo, *de lege ferenda*, debería admitirse tal posibilidad, ya que todo lo que suponga flexibilizar el pago de la legítima debe ser considerado plausible.

En cuanto a la forma de realizar la conmutación, la mayoría de los Académicos consideran acertada la remisión a la normativa de mediación, en el bien entendido que no sería aplicable la ley autonómica 2/2010 de 9 de Diciembre de mediación familiar, por limitarse al Derecho de familia, con exclusión de las otras ramas del Derecho, por lo que sería preciso acudir a la normativa estatal. Con esta remisión sería suficiente –se dice–, pudiéndose prescindir de las cuestiones procedimentales sobre la manera de realizar la conmutación. Sin embargo se señala por uno de los Académicos que venía siendo un defecto de las leyes civiles el desprecio olímpico de las cuestiones procesales, con lo que se daba la circunstancia de que las acciones tenían unos amplísimos plazos de prescripción (15 años, que es el general a las acciones que no tienen plazo establecido), por lo que la moderna legislación –puede ser un ejemplo” l’avantprojecte de llei de règim patrimonial del matrimoni”– al abordar cada materia establece el tratamiento procesal de la misma, con la indicación de los plazos de caducidad de las acciones que derivan de aquélla. En definitiva, se trata de que no penda *in eternum* la inseguridad jurídica sobre las cuestiones sucesorias.

Se finaliza este apartado con el examen de la cuestión, auspiciada en la propuesta, de que en ningún caso la conmutación puede determinar la obligación de abandonar la vivienda que habitualmente ocupaba el cónyuge viudo con el difunto. La mayoría considera que ello supondría el reconocimiento de un derecho a ocupar la vivienda conyugal que se añadiría al derecho al usufructo a la mitad de la herencia, lo cual de momento no viene reconocido en la Compilación, en la que solo es el ajuar doméstico el que no computa en el haber hereditario. A lo máximo a que en este punto se podría llegar, *de lege ferenda*, es a un precepto similar al del art. 18 del Avantprojecte antes indicado, que resucita la institución del “any de plor”, concediendo al cónyuge viudo que, de por sí, no tenga derecho al uso de la vivienda familiar, la facultad de mantener la posesión de la misma durante el año siguiente a la muerte del cónyuge propietario de la vivienda, aunque limitando fuertemente este derecho, al exigir la no incursión del cónyuge viudo en causa de indignidad, que el derecho a poseer la vivienda forme

parte de la herencia, y quedando extinguido el derecho al disfrute anual de la vivienda en caso de contraer el cónyuge viudo nuevas nupcias, constituir pareja estable o de hecho o incumplir los deberes inherentes a la patria potestad respecto de los hijos habidos con el cónyuge premuerto.

2) Concurrencia con ascendientes.

De entrada, solicita el Presidente la atención de los reunidos sobre un tema planteado en su estudio y en el escrito de comentario a las propuestas, que es el que hace referencia a la posible concurrencia del cónyuge viudo con un ascendiente que no sea padre del causante, en cuyo caso, por aplicación del art. 45 COMP ascendería la legítima viudal al usufructo de la totalidad de la herencia, ; con lo que, y dada la presumible diferencia de edad entre el ascendiente heredero *ab intestato* y el cónyuge viudo, es muy posible que el heredero no llegue a heredar. Y si bien podría siempre recurrir a la conmutación, su participación será de una entidad muy escasa, dado el considerable valor de un usufructo universal a favor de una persona joven. En este sentido considera que siempre el heredero –sea cual sea su condición: testamentario, contractual o intestado– debe tener a su disposición una cuarta parte del activo hereditario líquido, en consonancia con el principio de la esencialidad del heredero en Mallorca y Menorca, lo que implica que esta condición de heredero tenga un mínimo sustrato patrimonial, cual exige la *lex falcidia*. De acuerdo con ello, sería congruente que, en caso de concurrencia en la sucesión intestada del cónyuge viudo con padres u otros ascendientes del causante, su cuota legitimaria en usufructo alcanzara los 2/3 –en caso de concurrir con padres– y los 3/4 –en caso de hacerlo con ascendientes que no sean padres–, a fin de que quede siempre al heredero una cuarta parte del activo hereditario líquido. La mayoría de los Académicos reunidos consideran atinada esta consideración.

Igualmente la mayoría de los asistentes considera obvia la indicación que se hace en la propuesta de regulación, según la cual los bienes que los ascendientes eventualmente adquiera por derecho de reversión no pueden quedar gravados con el usufructo ni, en su caso, se integran en la base del cálculo para la conmutación.

En cuanto a las posibilidades de conmutación consideran la mayoría de Académicos asistentes que tanto el cónyuge viudo como el ascendiente heredero o herederos *ab intestato* debería poder exigir la conmutación, planteándose de nuevo la cuestión –que ya se ha visto en el caso de concurrencia con descendientes– de si han de ser necesariamente todos los herederos los que han de optar por la misma o bastaría la mayoría de ellos, aunque en ocasiones sería difícil la obtención de estas mayorías, al tener cada uno de los ascendientes herederos *ab intestato* un cincuenta por ciento

de participación en la herencia, cual sucedería en caso de concurrir el cónyuge viudo con padre y madre del causante. De todos modos, si bastase la mayoría de herederos para la exigencia de la conmutación, ésta debería venir respaldada por más de la mitad de los herederos cuyas cuotas representen más de la mitad de la herencia.

3) Sucesión del cónyuge viudo en defecto de descendientes y ascendientes del causante.

Son objeto de detenido estudio las reservas que en la propuesta se establecen respecto de los bienes que el cónyuge difunto hubiese adquirido por título gratuito de sus ascendientes o colaterales hasta el cuarto grado, en los que sucederían los hermanos, y en su defecto sus hijos, que estén dentro de la línea de procedencia de los bienes.

El Académico Señor Ferrer Pons hace referencia a las diferencias entre esta reserva y la reserva lineal del artículo 811 Cc, ya puestas de relieve en el escrito presentado y que forma parte de la presente acta, exposición en la que están de acuerdo los reunidos.

De todas maneras, se considera que el hecho de no tener tradición jurídica en nuestras Islas el principio de troncalidad, así como la circunstancia de que hoy las reservas son objeto de un tratamiento restrictivo –habiendo incluso desaparecido las mismas en algunas legislaciones, cual la gallega y la catalana– aconsejarían prescindir de la imposición de nuevas reservas, recordándose que, en el estudio realizada por la propia Academia durante el curso pasado, se optó por el mantenimiento de las reservas tradicionales, aunque con un tratamiento jurídico más adaptado a la actual realidad, y, desde luego, sin el establecimiento de nuevas reservas.

Por lo que respecta a la exclusión del cónyuge viudo de la sucesión intestada, se considera mayoritariamente que la mejor manera de enfocarlo es como lo hace el artículo 945 Cc, que se limita a proclamar dicha exclusión si el cónyuge viudo está separado judicialmente o de hecho, sin más precisiones. En lo que respecta a la prueba de la separación de hecho –la judicial, obviamente, queda probada en virtud de la sentencia– se considera que la misma puede acreditarse mediante los medios de prueba procedentes en Derecho, sin que ninguno de ellos pueda tener un carácter prevalente respecto de los demás. Se plantea la cuestión de si el Notario que ha de autorizar la escritura de manifestación y aceptación de herencia de un causante que estaba separado de hecho de su cónyuge puede acudir al acta de notoriedad para la acreditación de dicha separación de hecho, pareciendo ello a la mayoría un medio idóneo.

4) Derechos del conviviente registrado como pareja de hecho.

Se considera mayoritariamente que, en esta materia, debe prevalecer la equiparación al matrimonio, dado lo establecido en el artículo 13 de la Ley de Parejas Estables, así como atendida la dificultad para fijar la temporalidad del usufructo viudal al que se alude en la propuesta.

Por otra parte, parece acertada la consideración de la misma de que el cese de la convivencia por cualquier causa determina la privación de los derechos sucesorios, aunque no se haya instado la cancelación de los asientos registrales correspondientes; en consonancia, en este caso, con lo dispuesto en la sentencia 1/2011 de 3 de Octubre de la Sala Civil y Penal de nuestro TSJ.

5) Actuación del causante en la propia sucesión intestada.

Se está totalmente de acuerdo con la propuesta en el sentido de la necesaria corrección del primer párrafo del artículo 17 COMP, para que, superando errores materiales, exprese claramente lo que decía el precepto homónimo de la Compilación de 1961: “Mediante codicilo el otorgante puede adicionar o reformar su testamento o, a falta de éste, dictar disposiciones sobre su sucesión a cargo de sus herederos *ab intestato*...”. De esta manera quedaría perfectamente recogida la figura del codicilo *ab intestato*, cuya viabilidad está fuera de toda duda, tanto por tradición jurídica, como por su proclamación por la Compilación de 1961 y por las sentencias de los tribunales, pudiéndose citar, entre las últimas, la de la Audiencia Provincial, Sección 3ª, de 8 de Noviembre de 2002.

Se manifiesta por los reunidos la coincidencia con las afirmaciones de la propuesta según las cuales, *de lege facta*, es imposible en el codicilo *ab intestato*, la exclusión de herederos de la sucesión o la desheredación de legitimarios, por prohibirlo expresamente el art. 17 COMP; aunque *de lege ferenda* la mayoría consideraría plausible establecer esta posibilidad, ya que el codicilo es el único instrumento con que cuenta la persona que no ha hecho testamento para poder dictar disposiciones en cuanto a su sucesión intestada, pues tiene vedado el testamento al tener que contener éste necesariamente institución de heredero. Por algunos Académicos se afirma que, con esta ampliación del ámbito del codicilo, se crean interferencias entre los dos tipos de sucesiones; aunque no falta quien diga que, histórica y legalmente, el codicilo no se ha limitado a ser un instrumento para la sola disposición de legados, ya que el artículo 17 nos recuerda que en el codicilo se puede expresar el nombre del heredero o herederos –lógicamente instituidos previamente en testamento–, determinar la porción en la que cada uno de ellos debe entenderse instituido y establecer sustituciones

fideicomisarias y preventivas de residuo.

Se acuerda finalmente que la estructura del trabajo comprenderá los artículos de los Académicos Señores Aguiló, Mir, Masot y Jiménez, seguido de las actas de las dos reuniones celebradas, y una pequeña introducción en la que se pondrá de relieve el tratamiento sistemático de la materia.

El Presidente de la Academia agradece a todos los reunidos su valiosísima cooperación y celebra poder presentar próximamente a los Académicos y a las instituciones de nuestra Comunidad Autónoma –Parlament y Comissió Assessora de Dret Civil– el trabajo realizado.

DOCUMENTO 1

Abintestato y la Compilación.- Notas de urgencia.

Estas notas se limitan a la propuesta de regulación presentada por Carlos Jiménez, ya que las de Pedro Aguiló, Tomás Mir y Miguel Masot fueron estudiadas en la anterior reunión.

En materia de propuestas concretas de regulación, creo que la idea original era plantear, casi por la vía de urgencia, una modificación única: el llamamiento de la Comunidad autónoma de las Illes Balears, eliminando la sucesión a favor del Estado de los artículos 956/958, recogida en la Compilación, de conformidad a sus artículos 53 y 84.

Estas son las soluciones que proponen Pedro Aguiló y Tomás Mir.

La propuesta de Carlos Jiménez es de contenido bastante más amplio.

Llama la atención su afirmación de “limitarse a proponer unas normas sobre la posición jurídica del cónyuge viudo (o conviviente, en su caso)” y “que la sucesión en último término, de la Comunidad también podría introducirse”, ya que ésta parece era la propuesta inicial, de inevitable y urgente regulación.

Posición jurídica del cónyuge viudo en la sucesión intestada.

a-2 - a-3.- La regulación que se propone parece reflejar los derechos legitimarios del viudo y, por ello, creo por lo menos dudoso que sea materia a incluir en la sucesión intestada. En mi opinión, la propuesta debería incluirse en una modificación del sistema legitimario.

Sé que la solución ha sido aceptada en otra legislación, pero, con todos los respetos, en nuestra Compilación creo que no es una solución adecuada y me parece que el enfoque clásico de incluir esta materia en la regulación de las legítimas es el que, a mi juicio, debe plantearse.

Ello, y con un estudio en profundidad de las soluciones indicadas en la propuesta, algunas de las cuales me parecen discutibles.

a-4.- Su primer párrafo recoge el llamamiento del cónyuge viudo, en defecto de descendientes y ascendientes y entiendo que refleja y da solución al problema que, en la aplicación de la reserva lineal, originó la reforma de 1981 del orden abintestato, al anteponer el cónyuge a los colaterales y de heredar directamente el sobreviviente al cónyuge premuerto, al no haber descendientes ni ascendientes, en cuyo caso no opera el artículo 811.

El presupuesto de esta reserva es suficientemente conocido: Los bienes a que se refiere el artículo 811, son “los adquiridos por ministerio de la ley por un ascendiente de su descendiente, el cual los había recibido por título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano”.

La propuesta de reforma se refiere a “los bienes que el difunto había adquirido por título gratuito de sus ascendientes o de colaterales hasta el 4º grado”.

La diferencia es que en el artículo 811 “los bienes se adquieren directamente del descendiente, y en la propuesta se adquieren de ascendientes o colaterales hasta el 4º grado”.

Y las consecuencias, en la actual regulación y como es sabido, son diferentes:

En el primer supuesto los bienes son adquiridos por el ascendiente como reservables, con todas las limitaciones que ello comporta y en el otro, la adquisición por el cónyuge lo fue en plena propiedad y sin limitación de ninguna clase.

En ambos casos parece que la línea de procedencia de los bienes es la misma.

Pero, aparte la diferencia entre los transmitentes directos de los bienes existe otra muy importante y es la del título de adquisición por el ascendiente (reservista), que tiene que ser “ministerio legis”, o sea sin o contra la voluntad del transmitente, ya que el cambio de línea de los bienes tuvo su causa determinante en una imposición legal, lo cual no sucede en el caso del cónyuge premuerto, que los adquirió por título lucrativo de sus ascendientes o de colaterales hasta el cuarto grado, sin más precisiones.

Hay que tener muy en cuenta que en el artículo 811 no son reservables todos los bienes que el ascendiente hereda de su descendiente y que éste los hubiere adquirido de otro ascendiente o de un hermano, sino de éstos, sólo los que hubiere recibido el ascendiente por ministerio de la ley.

Es evidente que si los bienes adquiridos por el cónyuge premuerto reunían todos los requisitos del artículo 811, los adquirió como reservables.

Respecto a los bienes que señala la propuesta parecen pertinentes unas precisiones:

1. Si damos relevancia, o en otras palabras si se considera determinante el dato de que el carácter de reservables de los bienes es que fueron adquiridos por el reservista por ministerio de la ley, lo que visto el tenor literal del artículo 811 parece es así, quizás la propuesta no tendría fundamento, ni base legal y por tanto no sería pertinente.

Al menos con la redacción propuesta.

2. Pero si se entiende que es justo que estos bienes no salgan de la línea de su procedencia familiar, prescindiendo de la exigencia de no ser una adquisición “ministerio legis”, parece que lo mejor sería establecerlo claramente en una modificación de la reserva lineal del 811, estudiada ya por la Comisión.

Lo que no parece pertinente es que las consecuencias propias del carácter reservable de los bienes puedan evitarse por su adquirente, simplemente disponiendo de los mismos, por cualquier título, “inter vivos” o “mortis causa”.

3. De todas formas la solución parece que aconseja un estudio en profundidad de los aspectos apuntados, ya que la complejidad de la reserva lineal y las contrapuestas interpretaciones que se han realizado de su regulación parecen exigirlo.

Quizás sería pertinente un examen de la doctrina sobre esta cuestión y, especialmente, si hay alguna regulación legal sobre la misma, lo que evidentemente desborda el contenido de estas notas de urgencia.

Tampoco acierto a ver la justificación de la solución del párrafo segundo de este apartado a.4, referido al supuesto de fallecer intestado el cónyuge viudo o sin haber dispuesto entre vivos de los bienes heredados del cónyuge premuerto.- Parece una limitación del derecho de propiedad del cónyuge viudo respecto a los bienes adquiridos abintestato de su esposo y, de otra parte creo es muy dudoso que llegue a producirse la situación fáctica determinante de sus efectos: mantenimiento de los bienes en el patrimonio del cónyuge viudo y su fallecimiento abintestato.

Respecto a los “derechos del conviviente registrado como pareja de hecho” quizás sería oportuno recogerlos en la ley de parejas estables, que parece va a ser objeto de modificación.

Finalmente me parece acertada la propuesta de regulación de la sucesión intestada a favor de la Comunidad de las Islas Baleares, en línea de las propuestas de Pedro Aguiló y Tomás Mir, que creo es la modificación inaplazable.

Jaime Ferrer.

Mayo de 2013.

DOCUMENTO NÚMERO 2

PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN SUGERIDAS POR EL ACADÉMICO SR. JIMÉNEZ GALLEGO.

De entrada me parece bien ceñirnos a supuestos concretos, descartando una regulación completa de la sucesión intestada, que no haría sino repetir fundamentalmente los preceptos del Código civil. Por otra parte, expresar mi agradecimiento al Académico Sr. Jiménez Gallego por su magnífico informe, siendo completísima su referencia al Derecho Comparado y muy interesantes las propuestas realizadas. Siguen una serie de consideraciones sobre las mismas.

Posición jurídica del cónyuge viudo en la sucesión intestada.

1) Concurrencia con descendientes del difunto.

De entrada se enfocan 3 situaciones según concurra el cónyuge viudo con descendientes comunes, con descendientes del premuerto y con descendientes de los dos tipos. Posiblemente el distinto tratamiento jurídico se ha buscado en la particularidad de que los descendientes comunes “sufrirán” mejor que los que lo sean en exclusividad del premuerto el usufructo viudal. Mas, ¿tiene ello entidad suficiente para crear un punto de discriminación entre los hijos del causante? No se olvide que estamos en la sucesión intestada del premuerto y parece lógico que todos sus descendientes tengan los mismos derechos. Si el causante hubiera querido favorecer a alguno de sus descendientes podría haberlo hecho mediante testamento o contrato sucesorio, y el hecho de que éstos no existan es indicativo de que el causante o bien pasaba del tema o quería un tratamiento igualitario de todos sus descendientes.

Y, particularmente, me parece una discriminación injustificada pasar de una cuota legitimaria, para el cónyuge viudo, consistente en el usufructo vitalicio de la mitad de la herencia –si concurre con descendientes comunes o con éstos y los propios del premuerto– a una cuota en propiedad equivalente al usufructo universal de la herencia –si concurre con descendientes sólo del premuerto–.

Mi opinión, por tanto, es que no hay que dar *ex lege* un tratamiento más favorable a unos u otros descendientes, ya que todos ellos son descendientes

del cónyuge causante de la sucesión. Por lo que considero que se debe mantener la cuota legitimaria vidual actualmente existente, sin las distinciones preconizadas.

En cambio me parecen muy bien las amplias posibilidades de conmutación apuntadas en la propuesta. Si bien retocando, según mi modesto parecer, algunos extremos de la misma.

De entrada hay que distinguir la decisión de conmutar y la forma de realizarla. La propuesta –de manera congruente con la distinción entre supuestos con descendientes comunes o no comunes– confiere la posibilidad de decidirla a cualquiera de los descendientes no comunes, lo cual, a mi juicio, no deja de ser también una discriminación. Por ello lo procedente podría ser que la decisión de conmutar corresponda, de una parte, al cónyuge viudo y, de otra parte, al heredero *ab intestato*, y, de existir varios, a la mayoría de herederos, entendiéndose la existencia de mayoría cuando la decisión de conmutar viene respaldada por la mitad más uno de los herederos *ab intestato*, cuyas cuotas representen más de la mitad de la herencia (Puede haber sucesores *ab intestato* con cuotas diversas: hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo, hermanos y sobrinos hijos de hermano, etc...). En este sentido, parece que no es suficiente hablar de la mayoría de los herederos, pues siempre subsistirá la cuestión de si es simple mayoría numérica o también de cuotas de participación hereditaria.

Por lo que respecta a la forma de realizar la conmutación, parece plausible lo que se indica en la propuesta: “este usufructo podrá ser conmutado por una cuota en propiedad de los bienes hereditarios o por un capital cuyo valor, en ambos casos, sea equivalente al del usufructo, calculado éste según las reglas del impuesto sobre sucesiones”. ¿Podría realizarse la conmutación mediante un capital que no exista en la herencia? La respuesta afirmativa nos aparta de la conceptualización de la legítima –en Mallorca y Menorca– como *pars bonorum hereditatis*, mientras que, por el contrario sería perfectamente posible en Eivissa y Formentera; como también lo sería en Mallorca y Menorca si el causante hubiera dispuesto, mediante codicilo, el pago de legítimas en metálico, supuesto absolutamente excepcional, pues no es creíble que se acuda al codicilo para este fin, no habiendo hecho testamento.

Como me parece una idea de política legislativa acertada la flexibilización del pago de la legítima, sería partidario de reconocer esta posibilidad conmutatoria en Mallorca y Menorca, aunque como excepción a la regla general de pago de la legítima en bienes de la herencia.

Posiblemente habría que establecer un procedimiento a través del cual se canalizaran las decisiones relativas a la conmutación. En este sentido

podría indicarse, tras establecer quienes pueden ejercitar la decisión de conmutar, que esta decisión deberá ser comunicada fehacientemente a quienes tengan un interés legítimo en la sucesión, disponiendo todos ellos de un plazo de tres meses (por ejemplo) para entablar las negociaciones o acudir a los procesos de mediación conducentes a la efectividad de la conmutación. El transcurso de este plazo sin que se haya llegado a un acuerdo sobre la forma de realizar la conmutación, dejará expedita la vía judicial para quienes tengan derecho a reclamarla, produciéndose la caducidad de la acción al haber transcurrido un año desde la finalización del indicado plazo de tres meses. (Parece conveniente establecer unos plazos de caducidad breves a fin de evitar que estas situaciones de incertidumbre jurídica se perpetúen; así como acudir al mecanismo de la caducidad en vez de a la prescripción).

(A título informativo hay que decir que no parece aplicable a estos supuestos la ley autonómica 2/2010 de 9 de Diciembre de mediación familiar, ya que se está más bien ante una cuestión sucesoria y, particularmente, el art. 4.3 de dicha ley, al señalar las múltiples materias de Derecho de familia que pueden ser objeto de mediación, no se refiere en absoluto a ninguna relacionada con las legítimas ni a cuestiones sucesorias. Por ello sería aplicable la ley general del Estado 5/2012 de 6 de Julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuyo artículo 2 señala como ámbito de aplicación los asuntos civiles y mercantiles en general. Dicha ley no señala un plazo máximo de duración del procedimiento de mediación, sino que se limita a decir, en su artículo 20, que “la duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones”. Por ello he puesto un plazo de tres meses).

Totalmente de acuerdo con lo que se dice en la propuesta de que “Por acuerdo entre el cónyuge viudo y los herederos la cuota de bienes hereditarios o el capital podrán a su vez conmutarse por una renta temporal o vitalicia”. Yo añadiría “todos” los herederos, o mejor “quienes tenga un interés legítimo en la sucesión”, pues puede darse el caso de que en el caudal relicto existan bienes sujetos reserva, por lo que la adopción de acuerdos relativos a los mismo exigirían la conformidad de los reservatarios.

Un último comentario sobre la afirmación de la propuesta según la que “a consecuencia de la conmutación prevista en los dos párrafos anteriores, el cónyuge viudo no podrá resultar obligado a abandonar la vivienda habitual que efectivamente ocupaba con el difunto”.

De entrada, y según nuestra Compilación, parece que el derecho de propiedad –o en su caso la cuota indivisa de condominio– que el cónyuge premuerto ostentaba sobre la vivienda que ocupaban los cónyuges forma

parte de la herencia, y, por tanto, cuando se concede al cónyuge viudo unos derechos legitimarios en usufructo sobre el haber hereditario, es claro que, dentro del haber hereditario, está el derecho –o la cuota– de propiedad antes indicada. Creo que no tiene fundamento legal la consideración de que corresponden al cónyuge viudo los indicados derechos en usufructo *además del uso* de la vivienda conyugal. Precisamente, en el art. 3 COMP se habla tan solo de no computar en el haber hereditario del cónyuge viudo los bienes del ajuar doméstico, lo cual *a sensu contrario*, supone que los otros bienes del cónyuge premuerto quedan incluidos en el haber hereditario y, en base a los mismos, tienen que calcularse las legítimas.

Por ello creo que debería funcionar el derecho o cuota de propiedad del cónyuge premuerto sobre la vivienda habitual como uno más de los elementos integrantes del caudal relicto, integrándose, en su caso, en el usufructo vidual según lo que acuerden los interesados en la sucesión y, a falta de acuerdo, el Juez, quien tendrá en cuenta el interés más digno de protección.

Por este camino, y *de lege ferenda*, tan solo veo viable un derecho –que supone, por cierto, una resurrección del “any de plor”– cual el que se establece en el artículo 18 del Avantprojecte de llei de règim patrimonial del Matrimoni, elaborado por la Comissió Assessora de Dret Civil, que concede al cónyuge viudo, que no tenga derecho al uso de la vivienda familiar, la facultad de mantener su posesión durante el año siguiente a la muerte del cónyuge propietario de la misma, siempre que no incurra en causa de indignidad sucesoria y que el derecho a poseer dicha vivienda forme parte de la herencia, quedando extinguido además dicho derecho en caso de contraer nuevas nupcias, constituir pareja estable o de hecho o incumplir los deberes inherentes a la patria potestad respecto de los hijos habidos con el cónyuge premuerto.

De lo expuesto se deriva que, en mi humilde opinión, esta cuestión no la abordaría dentro del esquema de la conmutación.

2.- Concurrencia con ascendientes.

Debe tenerse en cuenta lo que se dice en el estudio que he presentado, en cuanto a que la remisión del art. 53 al art. 45 COMP supone que, en caso de concurrir el cónyuge viudo con ascendientes que no sean los padres, el usufructo que al mismo correspondería no es de 2/3, sino de la universalidad de la herencia, ya que según el segundo de los indicados preceptos, el usufructo de 2/3 de la herencia está previsto para el caso de concurrencia con los padres, por lo que en caso de darse con ascendientes que no sean los padres estaríamos ante un usufructo universal.

En el estudio que he realizado trato sobre el tema exponiendo, en resumen, que en estos supuestos, dada la presumible diferencia de edad entre ascendiente y cónyuge viudo el ascendiente en cuestión no llegará a heredar, y si bien es cierto que siempre podrá acudir a la conmutación, su participación será de una entidad muy escasa, dado el considerable valor de un usufructo universal a favor de una persona joven. Pero, por otra parte, hay que reconocer que es una tendencia legislativa disminuir la participación en la sucesión de los ascendientes, y, en prueba de ello, como es sabido, la Compilación de 1990 suprimió la legítima de los ascendientes que no sean padres del causante y limitó la cuantía de la legítima de éstos. Hay, pues, razones en pro y en contra de una y otra consideración.

Meditando sobre el particular, yo siempre he considerado que lo lógico es que al heredero o herederos, sean testamentarios, contractuales o intestados, les quede una cuarta parte del activo hereditario líquido, por lo que, salvo disposición expresa del testador, estas legítimas que, aunque sea por la vía del usufructo, invaden la totalidad de la herencia, no me acaban de parecer congruentes con los principios del Derecho sucesorio en Mallorca y Menorca, pues, si se proclama la esencialidad del heredero, es evidente que, bajo esta capa, tiene que haber un sustrato patrimonial. Por lo tanto, mi propuesta sería que, en caso de concurrencia –dentro de la sucesión intestada– del cónyuge viudo con padres u otros ascendientes del causante, su cuota legitimaria en usufructo alcanzara los $\frac{2}{3}$ –en el caso de concurrir con padres– y los $\frac{3}{4}$ –en caso de hacerlo con ascendientes que no sean padres– a fin de que quede siempre al heredero una cuarta parte del activo hereditario líquido, en consonancia con la *lex falcidia*.

Entiendo que tanto los herederos como el cónyuge viudo pueden acogerse a las posibilidades de conmutación. Sería aplicable aquí lo que antes se ha dicho sobre la posible sustitución de los derechos legitimarios por una cuota de propiedad de los bienes hereditarios o por un capital – *de lege ferenda*, aunque no lo exista en la herencia–, lo cuales a su vez –y en este caso de común acuerdo– podrán conmutarse por una renta temporal o vitalicia. Pero en este caso de concurrencia con ascendientes, no se presenta tan clara la cuestión de quienes pueden solicitar la conmutación. Es claro que debería poder hacerlo el cónyuge viudo, y, por otra parte, hoy también pueden hacerlo *todos* los herederos *ab intestato*. El criterio de la mayoría ya no es aplicable a los padres, los cuales heredan por partes iguales (art. 936 Cc). Si faltan los padres y los ascendientes de grado más próximo son de la misma línea, heredan por cabezas, por lo que nuevamente no existirá mayoría, al heredar por partes iguales. Y si fueran de distinta línea, se atribuye la mitad de la herencia a cada línea, dentro de la cual se hereda por cabezas (arts. 940 y 941 Cc). Aquí si podría existir mayoría si uno de los ascendientes

de una línea discrepa del parecer del otro ascendiente de la misma línea y coincide con los de la otra línea en cuanto a su decisión respecto de la conmutación.

Meditando sobre todo ello creo que se puede llegar a las siguientes conclusiones: en primer lugar, es claro que la facultad de exigir la conmutación debería reconocerse siempre al cónyuge viudo. Reconocerla a cualquier heredero *ab intestato* encierra el riesgo de que la pida uno de los dos padres, o ascendientes, no estando de acuerdo el otro; y en caso de distribución entre las dos líneas, y por cabezas dentro de cada línea –o sea, que vivan los cuatro ascendientes–, uno de ellos pueda pedirlo no estando de acuerdo los demás. Por ello creo que lo más lógico sería que se aplicara la regla general que se ha visto para el caso de concurrencia con descendientes; y, consiguientemente, en el caso de concurrencia con los dos padres del causante, o, en defecto de ellos, con los dos ascendientes de una determinada línea, ambos deben ponerse de acuerdo previamente para decidir si ejercitan o no las facultades de conmutación, pues la regla general –cual antes se ha expuesto– debería ser que la decisión de conmutar correspondería, al cónyuge viudo, al único heredero *ab intestato* o, de ser varios, a la mayoría de éstos, entendiéndose la existencia de mayoría cuando la decisión de conmutar viene respaldada por más de la mitad de los herederos cuyas cuotas representen más de la mitad de la herencia.

En cuanto al procedimiento para llevar a efecto la conmutación, y una vez delimitado el tema de quien o quienes tienen derecho a solicitarla, sería el mismo indicado para el caso de concurrencia con descendientes.

Totalmente de acuerdo con la exclusión de la posible conmutación –y de la base del cálculo del usufructo viudal– de los bienes que el ascendiente pueda adquirir eventualmente a consecuencia del derecho de reversión.

Sobre la concesión al cónyuge viudo del derecho a retener la posesión de la vivienda familiar repito la que se ha expresado en el apartado anterior.

3.- Sucesión del cónyuge viudo a falta de descendientes y ascendientes.

La sucesión a favor de los hermanos indicada en el apartado a.4) es novedosa, y, como tal, tiene pros y contras. Entre los primeros está la consideración de que se adscribe dentro del principio *paterna paternis materna maternis*, favoreciendo que los bienes permanezcan dentro de la línea de procedencia. En contra tiene el hecho de ir en perjuicio del cónyuge viudo, cuando en la mayoría de legislaciones –entre ellas la nuestra– se ha venido reforzando su posición. Además son muchas las familias en las que los hermanos están enemistados entre sí. Por todo ello tengo serias dudas

sobre el particular. En caso de optarse por el texto propuesto, tengo también la duda de si puede ser sucesor universal el que sucede en unos bienes concretos y determinados. Aunque sería justo que fuera considerado sucesor –y no mero legatario– pues es pausable que contribuya al pago de deudas de la herencia. Igualmente, de optarse por el texto propuesto, hay que prever la posibilidad de que existan hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo, estableciendo que los primeros tomarán doble porción de estos bienes que los segundos.

La propuesta del párrafo 2º del a.4) la veo aun menos razonable, ya que no se refiere a los bienes adquiridos por el cónyuge premuerto de sus ascendientes o colaterales, sino a todos los bienes heredados, entre los que puede haber bienes comprados por el cónyuge premuerto. En este caso ya no se justifica la presencia en la sucesión intestada de los parientes del premuerto y es más lógico que pasen a los parientes del cónyuge viudo.

La exclusión del cónyuge viudo de la sucesión intestada creo que debe fundamentarse en el hecho de la separación judicial o de hecho, sin más. Así lo expone el art. 945 Cc. Si hay separación, aunque sea de hecho, y sea cual sea el tiempo transcurrido, quiebra el fundamento del llamamiento al cónyuge viudo.

El art. 442-6 de la ley catalana 10/2008 de 10 de Julio expresa que “el cónyuge viudo no tiene derecho a suceder *ab intestato* al causante si, en el momento de la apertura de la sucesión, estaba separado del mismo judicialmente o de hecho, o si estaba pendiente una demanda de nulidad de matrimonio, de divorcio o de separación, salvo que los cónyuges se hubiesen reconciliado”. No puedo por menos de mostrar prevención ante las referencias a la reconciliación, porque es introducir un elemento de carácter extrajurídico y, como tal, de problemática prueba. (Testigos que les han visto tomando café y riendo testifican a favor de la reconciliación, etc...). Por otra parte, no me convencen las referencias a la intervención notarial, pues parece apuntarse hacia la exclusividad de prueba. Tampoco las relativas al cese de la convivencia por un año. Lo esencial es si en el momento de la apertura de la sucesión había o no convivencia, como ha tenido ocasión de apuntar nuestro TSJ.

4.- Derechos del conviviente registrado como pareja estable.

Dado el sistema de parejas estables que tenemos en nuestro Derecho, en el que es precisa la inscripción constitutiva, creo que lo precedente es la equiparación al matrimonio. En este sentido, no veo justificación a la temporalidad del derecho de usufructo, aparte de que no es fácil –yo diría que es imposible– el cálculo, al faltar el parámetro de comparación. Sabemos los años que han vivido juntos, pero nada más. ¿Con qué lo comparamos?

Sobre el derecho a seguir poseyendo la vivienda conyugal valen las consideraciones hechas con relación al cónyuge viudo.

Sobre el b-3, estoy de acuerdo en que el cese de la convivencia por cualquier causa determina la privación de los derechos sucesorios, aunque no se haya instado la cancelación de los asientos registrales correspondientes. El cese de la convivencia es un hecho, y, como tal, su prueba ha de acreditarse por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, por lo que no es necesario hacer una referencia expresa a ninguno de los posibles.

5.- Actuación del causante en la propia sucesión intestada.

Es esencial la reforma del inicio del art. 17 para que, superando errores materiales, diga claramente lo que proclamaba su homónimo de la Compilación de 1961: “Mediante codicilo el otorgante puede adicionar o reformar su testamento, o, a falta de éste, dictar disposiciones sobre su sucesión a cargo de sus herederos ab intestato...”

De lege facta, no parece posible la exclusión de herederos de la sucesión intestada ni tampoco la desheredación al legitimario. Pero la realidad es que me parece un acierto establecer tal posibilidad, ya que, en la sucesión intestada, tales actos solo pueden efectuarse mediante el codicilo, dado que el testamento debe llevar necesariamente institución de heredero (en Mallorca y Menorca), por lo que no cabe acudir al mismo. Y, en este sentido, es posible que una persona no quiera hacer testamento, pero sí evitar que un pariente suyo le herede *ab intestato* o privar de la legítima a una persona que dentro de la sucesión intestada la tendría (cónyuge viudo). Y lo lógico es que en Mallorca y Menorca ello se hiciera –repito *de lege ferenda*– por la vía del codicilo, única vía a través de la cual el causante puede dictar disposiciones en la sucesión intestada.

Miquel Masot Miquel