

UNIONES DE HECHO: LA POSICIÓN SUCESORIA DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE EN PORTUGAL

Cristina M. A. Dias

*Profesora Adjunta de la Facultad de Derecho
Universidad de Minho (Portugal)*

Recepción: 7 de mayo de 2014

Aprobado por el Consejo de redacción: 10 de julio de 2014

RESUMEN: Matrimonio y uniones de hecho son materialmente situaciones diferentes, asumiendo los casados el compromiso de la vida en común, por la inclusión en un vínculo jurídico, mientras que los convivientes no lo asumen, ya que no quieren o no pueden hacerlo. El trato diferenciado en relación con el matrimonio es, por tanto, objetivamente fundado y es coherente con el principio de igualdad, que busca la igualdad de trato entre iguales y no de lo que es diferente. Sin embargo, el espacio jurídico europeo ha aceptado progresivamente otras formas de familia más allá de la llamada familia tradicional, como las familias resultantes de una unión de hecho. Por lo tanto, sabiendo que el cónyuge se encuentra en una posición sucesoria privilegiada, de inmediato como heredero forzoso, nos vamos a ocupar de la posición sucesoria del conviviente supérstite.

PALABRAS CLAVE: uniones de hecho; herencia; derechos sucesorios del conviviente

ABSTRACT: Marriage and *de facto* relationships are substantially different situations. In fact, married couple commit themselves to a life in common, by placing under a legal bond, while *de facto* couple do not assume that, because they don't want or cannot that. The difference in treatment in relation to marriage is therefore objectively founded and it is consistent with the principle of equality, which seeks equal treatment of what is equal and not what is different. However, in the European legal field, family forms other than traditional families have been progressively acknowledged, as families based on a *de facto* relationship. Thus, knowing that the spouse enjoys a privileged inheritance status, mainly as forced heir, we will analyse the inheritance status of the cohabitant.

KEYWORDS: *de facto* relationships; inheritance law

SUMARIO: I. NOTAS INTRODUCTORIAS. II. DE LAS UNIONES DE HECHO: LA POSICIÓN SUCESORIA DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE. III. REFLEXIÓN FINAL. EL RECONOCIMIENTO DE OTROS DERECHOS DE SUCESIÓN AL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE

I. NOTAS INTRODUCTORIAS

A la muerte del *de cuius* las relaciones jurídicas susceptibles de transmisión se transfieren a otra persona determinada. Ésta, subentrando en aquellas relaciones jurídicas, adquiere los derechos y los bienes y está sujeta a ciertas obligaciones y vinculaciones que existían como tales en la propiedad de la persona fallecida.

De acuerdo con lo dispuesto en el art.2024.º del Código Civil portugués¹, la sucesión no se limita a la muerte. La asignación de los bienes a una u otra persona implica la ocurrencia de hechos jurídicos que se desencadenan en un fenómeno o proceso de sucesión.

"Se dice sucesión la llamada de una o más personas a la titularidad de las relaciones jurídicas de propiedad de una persona fallecida y la consiguiente devolución de los bienes que pertenecieron a éste" (art. 2024.º)².

Podemos decir en general que con la muerte se abre la sucesión, procediendo a la vocación o llamamiento sucesorio. La herencia está yacente (*herança jacente*) hasta que hay

1 Dónde están estos artículos, a menos que lo indique la ley a la que pertenecen, la declaración se refiere al Código Civil portugués.

2 El concepto jurídico de la sucesión sigue el concepto presentado por Pires de Lima, en la oposición al proyecto de ley propuesto por el autor de la Ley de Sucesión, Galvão Telles.

Galvão Telles había presentado la siguiente noción: "Cuando alguien muere, todos sus derechos y obligaciones, que no son intransferibles con la muerte, se transfieren a una o más personas (...). Es lo que se llama la sucesión" (GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões. Trabalhos preparatórios do Código Civil*, Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Coimbra Editora, 1972, pp. 19 y 143). En Comisión de Revisión, Vaz Serra Vaz y Gomes da Silva ha criticado la disposición, proponiendo su eliminación, sobre todo porque no es posible una noción perfectamente rigurosa de sucesión. Mientras tanto, Pires de Lima defendió el texto siguiente: "ocurre la sucesión cuando una o más personas con vida se llaman a la titularidad de las relaciones jurídico-patrimoniales de una persona muerta." Descartada la idea de Galvão Telles, la 1.ª revisión ministerial siguió la sugerencia de Pires de Lima, cambiando la expresión "persona muerta" por "persona fallecida" y ha añadido "y la posterior devolución de los bienes que pertenecieron a ésta" (v., GALVÃO TELLES, *Direito...*, cit., pp. 353, 457 y 561, y CAPELO DE SOUSA, R., *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª ed. renovada, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 16 y 17).

Si comparamos los dos conceptos vemos que en la de Galvão Telles ("sus derechos y obligaciones (...) se transfieren") estuvo presente la idea de la transmisión o adquisición derivada de derechos, mientras que en la de Pires de Lima ("una o más personas que viven son llamadas a la titularidad de las relaciones jurídicas (...)") subyace la idea que está presente en el art. 2024.º: la idea de llamamiento y subingreso de una persona en la propiedad de las relaciones jurídicas del *de cuius*.

El concepto jurídico de la sucesión ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina (v., p. ex., GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões. Noções fundamentais*, 6.ª ed., reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pp. 38 ss., y *Sucessões. Parte geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 16 y 17, CAPELO DE SOUSA, R., *Lições...*, cit., pp. 21-27, y CARVALHO FERNANDES, L., *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2008, pp. 61 y 62). Varias críticas se señalaron, de las que se destacan las siguientes: el art. 2024.º establece la sucesión sin restringir la sucesión por causa de muerte, y que sólo si desea hacer referencia a ésta; la noción no abarca todo el fenómeno de la sucesión y se restringe al llamamiento de una persona y la consiguiente devolución de los bienes; la ley emplea varias veces las expresiones de "transmisión" y "adquisición por muerte", creando dudas sobre si también se refiere a la sucesión (por ejemplo, en los arts. 412.º, n.º 1, 496.º, n.º 2, 976.º, n.º 2, etc); hay una desconexión entre el art. 2024.º y el art. 2025.º con respecto al objeto de la sucesión (relaciones jurídicas patrimoniales y relaciones jurídicas que no se extinguen por la muerte de su titular).

una aceptación de la llamada. Una vez aceptada, la herencia se tiene como adquirida. Estos son, por tanto, los momentos clave del fenómeno sucesorio: la apertura de la sucesión, la vocación o llamamiento y la aceptación de la herencia.

Sin embargo, pueden ocurrir ciertos incidentes: la petición de la herencia (cuando está en manos de otras personas que no son herederos), la administración de la herencia, liquidación y partición de la herencia. Por otra parte, y en la mayoría de los casos, es con la partición de la herencia con lo que termina el fenómeno sucesorio³.

Definido, en términos generales, el fenómeno de la sucesión, su alcance y su análisis variará obviamente de las concepciones dominantes en cada sociedad como el "modelo de organización social que adoptó, entre otros, el respeto a la propiedad, la familia y el estado. No obstante, así, las soluciones que están consagradas permiten identificar diversos modelos o sistemas organizacionales del fenómeno sucesorio que, a su vez, se ven influidas por los principios fundamentales que iluminan esas instituciones"⁴.

La sucesión por muerte puede ser legal o voluntaria, mientras se base en la ley o en negocio jurídico (art. 2026.º), que puede ser un testamento (sucesión testamentaria) o una donación por muerte (donde sea permitida por la ley - sucesión contractual)⁵. Por su parte, la sucesión legal puede ser *legítima* (intestada) o *legitimaria* (forzosa), como pueda o no ser removida por la voluntad de su autor (art. 2027.º).

En la ausencia de herederos forzosos o, si los hay, dentro de los límites de la cuota disponible, el autor de la sucesión puede disponer libremente por testamento o por contrato (donde la ley permite las donaciones por muerte - arts. 2028º y 1700.º ss.). Si el autor de la sucesión no dispone de la totalidad o parte de sus bienes, se abre la sucesión intestada (*legítima*), en los términos y de acuerdo con el orden del art. 2133.º.

En la sucesión intestada, y siendo herederos legítimos el cónyuge, ciertos parientes y el Estado (art. 2132.º), el motivo que conduce a la asignación de los bienes del *de cuius* no es el mismo para todos los herederos.

En el caso de los miembros de la familia (cónyuge y parientes), el objetivo es poner de relieve la familia "como célula básica de la sociedad"⁶. Como es sabido, la familia es objeto de una garantía institucional, protegida constitucionalmente en los arts. 36.º y 67.º de la Constitución de la República Portuguesa (CPR). El fundamento de la llamada de los familiares de *de cuius* a su sucesión, por ley, se encuentra en la relevancia dada a los vínculos que se establecen entre los miembros de la familia. Por lo tanto, cuando el testador no expresa

3 Para un breve análisis de los diversos momentos de la sucesión, v., ARAÚJO DIAS, C., *Lições de Direito das Sucessões*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, pp. 67 ss.

4 CARVALHO FERNANDES, L., *Lições...*, cit., p. 21.

5 Un análisis comparativo del derecho de sucesiones revela que en muchos ordenamientos jurídicos se distinguen estas formas de sucesión: la legal, la testamentaria y la contractual. Dentro de la sucesión legal surge la imperativa (forzosa) y la supletoria (intestada). Mientras tanto, en la mayoría de las jurisdicciones la sucesión contractual sólo se permite en ciertos casos y dentro de ciertos límites. V., CASTELEIN, C., "Introduction and objectives", in AA. VV. (Christoph Castelein, René Foqué e Alain Verbeke), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society - five perspectives*, Antwerp - Oxford - Portland, Intersentia, 2009, pp. 3 y 4.

6 CARVALHO FERNANDES, L., *Lições...*, cit., p. 25.

su voluntad de asignación de sus bienes a una persona, la ley determina la llamada de sus familiares de acuerdo con una jerarquía que tiene en cuenta la cercanía de los lazos familiares (art. 2133.º).

Con respecto a la llamada del Estado, su fundamento es diferente. Hay que destacar que el Estado ocupa el último lugar en la jerarquía de los herederos del art. 2133.º, actuando como "un *simple* sucesor privado", sin las prerrogativas inherentes a su calidad de persona jurídica de derecho público⁷. El Estado sólo se llama si no hay miembros de la familia que figuran en el art. 2133.º. Lo que es comprensible, dada la protección (incluso constitucional) otorgada a la familia.

Al contemplar al Estado como heredero, aunque en el último lugar, se ha considerado, por una parte, la función social de la propiedad, lo que permite que, en caso de fallecimiento de un miembro de la comunidad, sus bienes se pongan al servicio de la colectividad⁸. Por otro lado, se pretende evitar que los bienes se queden sin titular. Normalmente, el Estado sólo aparece cuando la herencia es en valor diminutivo, ya que cuando se trata de grandes cantidades de dinero el titular tiende a disponer de sus bienes mediante testamento. Por otra parte, la adquisición de la herencia por el Estado funciona sin la necesidad de aceptación y el Estado no puede renunciar a la herencia (art. 2.154.º). En resumen, la atribución al Estado de un lugar en la jerarquía de los sucesores legítimos tiene como fin dar un destino a los bienes del *de cuius*, evitando su abandono.

Por su parte, en la sucesión legitimaria (forzosa) la preocupación de que los bienes se asignan a ciertos familiares está más marcada. La importancia dada a la familia en la sucesión intestada no garantiza que los bienes permanezcan en la misma familia, ya que el testador puede disponer de sus bienes en sentido opuesto (por testamento o, cuando la ley lo permita, por pacto de sucesión). Este objetivo se logra por vía de la sucesión forzosa, cuyo fundamento se encuentra, por lo tanto, en la protección de la familia más cercana: cónyuge, descendientes y ascendientes (art. 2157.º). Para estos sucesores se reserva una parte del patrimonio del *de cuius* - legítima o cuota indisponible - en la que él no puede ejercer su libertad de disposición (*mortis causa* e incluso, en los negocios gratuitos, *inter vivos*).

La sucesión testamentaria y la contractual se fundan en el principio de la autonomía privada y de la libertad de disposición (que el art. 62.º de la CRP incluye en el derecho de propiedad del titular). Es evidente que, siendo el campo de admisibilidad de los pactos sucesorios muy limitado, la sucesión testamentaria es la principal forma en que se expresa

7 CARVALHO FERNANDES, L., *Lições...*, cit., p. 26. Como se refiere el autor, en la p. 27, dado la norma del art. 2153.º, el Estado surge como un particular, y es "bajo la égida de Derecho Privado y no de Derecho Público que el Estado interviene en la sucesión".

8 CARVALHO FERNANDES, L., *Lições...*, cit., pp. 27 y 28, considera no ser en esta función social de la propiedad que se encuentra la razón de la atribución al Estado de la calidad de sucesor legítimo, teniendo en cuenta que la función social de la propiedad se puede lograr por el Estado a través de impuestos. De hecho, "la función social de la propiedad en caso de fallecimiento de los titulares de bienes patrimoniales significativos, y la consiguiente asignación al Estado de recursos para, a expensas de las herencias de personas, llevar a cabo una política de bienestar y de justicia social consistente se consiguen por otros medios, en sistemas como el portugués: la tributación de las herencias. Es por medio del impuesto de "selo" que el Estado, respetando los preceptos constitucionales, puede (y debe) realizar esta tarea (...)".

la libertad del autor de la sucesión para disponer de sus bienes. El titular de la propiedad es libre de disponer de sus bienes, ya sea a título oneroso o gratuito (y en este caso, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*). Es en el campo de los actos de disposición de forma gratuita *mortis causa* en donde el testamento lleva a cabo su función.

Hay que tener en cuenta que entre la sucesión testamentaria y la forzosa existe una estrecha relación, ya que se limitan recíprocamente. En efecto, el testador puede disponer de sus bienes en caso de muerte con total libertad, por testamento, pero no puede afectar la porción de bienes que la ley reserva a los herederos forzosos⁹.

Este análisis está motivado por el siguiente orden de ideas. La sucesión *legitimaria* implica la existencia de herederos forzosos que, salvo en los supuestos de indignidad o desheredación, siempre tengan derecho a una porción de los bienes, y una limitación de la autonomía privada y de la libertad de testar. A la vista del ordenamiento jurídico portugués actual son herederos forzosos el cónyuge, los descendientes y los ascendientes. Dirigida a la protección de la familia más próxima, en la sucesión forzosa se pretende que los bienes se asignen a ciertos familiares.

Matrimonio y uniones de hecho son situaciones sustancialmente diferentes, asumiendo casados el compromiso de la vida en común, por la inclusión en un vínculo jurídico, mientras que los convivientes no lo asumen, ya que no quieren o no pueden hacerlo. El trato diferenciado en relación con el matrimonio es, por tanto, objetivamente fundado y es coherente con el principio de igualdad, que busca la igualdad de trato entre iguales y no de lo que es diferente.

Sin embargo, en el espacio jurídico europeo han sido progresivamente aceptadas otras formas de familia más allá de la familia tradicional: las familias de hecho (con base en una unión de hecho o en una relación no matrimonial hetero o homosexual), las familias monoparentales, las familias recombinadas o pluriparentales, las familias y el matrimonio de los transexuales¹⁰. Por lo tanto, sabiendo que el cónyuge se encuentra en una posición sucesoria privilegiada¹¹, especialmente como heredero forzoso, nos vamos a tomar en análisis la posición sucesoria del conviviente supérstite.

9 Aquí reside la tensión que hay en el derecho sucesorio portugués entre el sistema capitalista y el sistema individual o familiar, entre la protección de la familia y la libertad de testar.

10 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya se ha pronunciado en relación a las diversas cuestiones que se plantean en relación con todas estas nuevas formas de familia (v., ALMEIDA, S., *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de família*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 155 ss.).

11 No tenemos la intención de analizar la posición sucesoria del cónyuge sobreviviente. Por lo tanto, no tienen lugar ningunas de las consideraciones críticas en cuanto a su estatuto y poderes en el fenómeno de la sucesión. En cualquier caso, hay que señalar que además de tener el derecho a la legítima, en el campo de la sucesión forzosa, el cónyuge sobreviviente puede ser contemplado dentro del alcance de la sucesión testamentaria y/o contractual (donde se permite), puede ser beneficiario de partición en vida, asume el cargo de administrador de la herencia y tiene el derecho a exigir la partición, se beneficia de los derechos preferenciales previstos en los arts. 2103.º-A a 2103.º-C, tiene el derecho de transferir el contrato de arrendamiento de la vivienda, tiene derecho a la pensión de superviviente y al subsidio de defunción y se beneficia de un régimen favorable en las donaciones en relación al instituto de la colación. Y si estaban casados en un régimen de comunidad de bienes, el cónyuge sobreviviente tiene derecho a recibir su porción en la comunidad de bienes más allá de su parte de la herencia.

II. DE LAS UNIONES DE HECHO: LA POSICIÓN SUCESORIA DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE

Llegó a ser discutido en la subcomisión encargada de la reforma del Código Civil en 1977, la inclusión en el orden de sucesión legítima (intestada) del conviviente. Esta posibilidad fue rechazada por el subcomité y sólo si se concede al conviviente un derecho a alimentos, de conformidad con el art. 2020.º.

Por lo tanto, y de acuerdo con el art. 2020.º, el conviviente supérstite tiene derecho a exigir alimentos de la herencia del difunto, aunque esto no es realmente un derecho sucesorio (como ocurre con el derecho de *apanágio* del cónyuge). Según el n.º 1 de esta norma el conviviente supérstite tiene derecho a exigir alimentos de la herencia del difunto¹². Por lo tanto, cuando hay una unión de hecho, en conformidad con la Ley n.º 7/2001, de 11 de mayo, modificada por la Ley n.º 23/2010, de 30 de agosto, y están satisfechos los presupuestos generales de los arts. 2.003.º ss¹³, el conviviente supérstite tiene derecho a una pensión alimenticia a cargo de la herencia del difunto.

Desde el punto de vista de la sucesión, el conviviente supérstite, no siendo heredero legal, puede ser heredero testamentario del fallecido, en los términos de los arts. 2179.º ss. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que no puede haber ningún caso de indisponibilidad relativa¹⁴, establecido en los arts. 2192.º ss., y, en particular, el previsto en el art. 2196.º, n.º 1.

Debido a la relación especial que mantiene el testador con una persona en particular la ley establece ciertas prohibiciones de testar, ciertos casos de indisponibilidades relativas testamentarias. Esto es "no un modo de ser del sujeto en sí, sino un vínculo especial entre el sujeto y el contenido de un acto jurídico determinado, que implica un modo particular de ser del sujeto hacia alguna(s) otra(s) persona(s)"¹⁵. Las indisponibilidades relativas previstas en los arts. 2192.º ss., además del deseo de protegerse el testador contra sí mismo (contra la eventual dependencia, excesiva gratitud, debilidad de la voluntad...), "también se dirigen a objetivos sociales y éticos, impidiendo que ciertos cargos, funciones o posiciones propicien el logro de beneficios testamentarios moral y legalmente inaceptables"¹⁶.

Por lo tanto, es nula la disposición a favor de la persona con quien el testador casado ha cometido adulterio (art. 2196.º, n.º 1). El n.º 2 de este art. 2196.º considera, sin embargo,

12 La redacción actual del art. 2020.º resulta de la Ley n.º 23/2010, de 30 de agosto. El n.º 1 del art. 2020.º en su redacción original disponía que la persona que vivía con el autor de la sucesión durante más de dos años bajo condiciones análogas a las de los cónyuges tenía derecho a exigir alimentos de la herencia del difunto, si no los podía conseguir bajo las als. a) a d) del art. 2009.º, es decir, si no podría ser alimentado por su cónyuge o ex-cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos. Esto significaba que el art. 2020.º sólo sería aplicable si no había la posibilidad de proporcionar alimentos con arreglo al art. 2009.º. La cuestión originó una discusión jurisprudencial. V., AA. VV. (Centro de Direito da Família), 2.º *Bienal de Jurisprudência*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 49-53.

13 Los alimentos comprenden lo que es esencial para el sustento, vivienda y ropa (art. 2003.º). Los alimentos deben ser fijados teniendo en cuenta la necesidad del acreedor de alimentos y los medios y posibilidades para proporcionarlos al deudor de los mismos (art. 2004.º).

14 Acerca de las indisponibilidades relativas en materia testamentaria, v., CARVALHO FERNANDES, L., *Lições...*, cit., pp. 469-478.

15 CAPELO DE SOUSA, R., *Lições...*, cit., p. 174.

16 CAPELO DE SOUSA, R., *Lições...*, cit., p. 175.

que no hay nulidad de la disposición testamentaria si el matrimonio hubiera sido disuelto o los cónyuges fueran separados de personas y bienes en el momento de la apertura de la sucesión (al. a))¹⁷ o si la disposición se limita a garantizar la seguridad alimentaria del beneficiario, tratándose, por tanto, de un legado de alimentos (al. b)).

De acuerdo con la Ley n.º 7/2001, de 11 de mayo, en la redacción modificada por la Ley n.º 23/2010, de 30 de agosto¹⁸, el conviviente supérstite aún goza de derechos en la asignación de la vivienda común y en la transmisión del derecho de arrendamiento (art. 5.º de la mencionada ley y art. 1106.º del Código Civil).

El art. 5.º, n.º 1, de dicha ley, asigna al conviviente supérstite un derecho real de habitación de la vivienda común, finca del conviviente fallecido, y un derecho de uso de los bienes del hogar, durante cinco años. Si los convivientes eran copropietarios de la vivienda de la familia y de su mobiliario, el conviviente supérstite tiene los derechos mencionados, en exclusiva (n.º 3). En el caso de la unión de hecho han comenzado más de cinco años antes de la muerte, los mismos derechos se confieren por tiempo igual a la duración de la unión de hecho (n.º 2).

Excepcionalmente, y por razones de equidad, el tribunal podrá prorrogar los plazos mencionados teniendo en cuenta, entre otras cosas, la atención prestada por el conviviente supérstite al conviviente fallecido o a su familia, y la escasez especial donde se encuentra el conviviente supérstite, por alguna razón (n.º 4).

Si el conviviente supérstite no habita en la casa durante más de un año, los derechos en cuestión expiran, a menos que se deba a causas de fuerza mayor (n.º 5)¹⁹.

La adjudicación de este derecho real a la vivienda tiene la naturaleza de un legado legal²⁰. De hecho, además de la posibilidad de legados testamentarios y contractuales (resultantes de pactos sucesorios) puede hablarse de legado legal, en virtud de dicho art.

17 Esta al. a) asimismo considera no haber nulidad de la disposición testamentaria si los cónyuges estaban separados de hecho desde hace más de seis años. Creemos que la disposición debe interpretarse a la luz de la actual redacción del art. 1781.º. Es decir, la referencia a la separación de hecho durante seis años se articulaba con las bases establecidas para el divorcio en la al. a) del art. 1781.º en la redacción original de la Reforma de 1977. Si los cónyuges podían solicitar el divorcio y la separación de personas y bienes (en virtud del art. 1794.º), la situación de separación de hecho podría ser equiparada con estos dos para admitir la validez de la disposición testamentaria. Las modificaciones introducidas en el sistema legal de divorcio, la más reciente siendo introducida por la Ley n.º 61/2008, de 31 de octubre, dieron nueva redacción al art. 1781.º y, en el asunto aquí en cuestión, basta, como causa de divorcio sin consentimiento, la separación de hecho durante un año consecutivo (al. d)). Por lo tanto, parece que la disposición testamentaria a favor de la persona con quien el testador casado haya cometido adulterio debe ser válida si los cónyuges estaban separados de hecho por más de un año.

18 Los cambios principales son presentados por OLIVEIRA, G., "Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto (alteração à Lei das Uniões de Facto)", *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 7, n.º 14, 2010, pp. 139-153.

19 Por otra parte, el derecho real de vivienda previsto en el n.º 1 del art. 5.º no se le da al conviviente supérstite si éste tiene casa propia en la zona del respectivo municipio de la vivienda familiar. En el caso de los municipios de Lisboa o de Porto se incluyen los municipios vecinos (art. 5.º, n.º 6).

20 V., CARVALHO FERNANDES, L., *Lições.*, cit., p. 391, que considera que hay un legado legítimo. Esto significa que puede ser removido por la voluntad expresa del testador. Tal entendimiento es coherente con la redacción del art. 4.º, n.º 2, de la Ley n.º 7/2001, de 11 de mayo, que permitió que el autor de la sucesión, por disposición testamentaria, apartase el derecho de habitación de la vivienda de la familia. La redacción actual del art. 5.º asegura la protección de la vivienda común del conviviente supérstite, incluso en contra de la voluntad del testador, consagrando así un legado legal imperativo.

5.º, que establece el derecho real de vivienda, durante cinco años, en favor del conviviente supérstite, con relación a la vivienda común²¹.

Vencido el plazo en el que se benefició del derecho a la vivienda, el conviviente supérstite tiene derecho a permanecer en la propiedad como arrendatario, en las condiciones generales del mercado, y tiene derecho a permanecer en la vivienda hasta la conclusión del contrato respectivo, a menos que los propietarios cumplan con los requisitos establecidos por la ley para dar por terminado el contrato de arrendamiento de vivienda, por los propietarios, *mutatis mutandis* (art. 5.º, n.º 7). En la falta de acuerdo sobre los términos del contrato, el tribunal puede solucionarlos, oídas las partes interesadas (n.º 8).

El conviviente supérstite tiene también derecho de preferencia en caso de venta de la propiedad, durante el tiempo en el que habita la vivienda a cualquier título (n.º 9).

Si se arrendó la vivienda de la familia, el conviviente supérstite se beneficia de la protección prevista en el art. 1106.º del Código Civil. Por lo tanto, el derecho de arrendamiento de la vivienda no se extingue por la muerte del arrendatario cuando le sobrevive la persona que vivió con él en la vivienda arrendada en unión de hecho durante más de un año²². Si el arrendatario era el conviviente fallecido, su posición se transmite al conviviente supérstite; si figuran en el contrato de arrendamiento como arrendatarios ambos convivientes²³, la muerte de uno provoca la concentración del contrato de arrendamiento en el otro²⁴.

Queda por mencionar el régimen de acceso a los beneficios por fallecimiento de los que goza el conviviente supérstite, de conformidad con los arts. 3.º, als. e), f), y g), y 6.º de la Ley n.º 7/2001, de 11 de mayo, modificada por la Ley n.º 23/2010, de 30 de agosto.

21 Creemos incluso que este derecho del conviviente supérstite prevalece ante el derecho de propiedad de un tercero que haya adquirido de los herederos el bien (la casa) y que se haya registrado después de la muerte del conviviente.

22 En cuanto a la interpretación que se da a esta vida en la vivienda arrendada por más de un año en conjunción con el requisito de vivir juntos durante más de dos años para que la unión de hecho produzca los efectos legales, v., LOBO XAVIER, R., "Concentração" ou transmissão do direito ao arrendamento habitacional em caso de divórcio ou morte", in AA. VV. (António Menezes Cordeiro, Pedro Pais de Vasconcelos, Paula Costa e Silva), *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 1040 y 1041. Sin embargo, el art. 1106.º fue modificado por la Ley n.º 31/2012, de 12 de agosto, que, creemos, aclara esta cuestión. De hecho, el n.º 1, al. b), considera que el derecho a arrendar la vivienda no se extingue por la muerte del arrendatario cuando le sobrevive la persona que vivió con él en unión de hecho durante más de un año. Su n.º 2 viene a añadir que la transmisión de la posición de arrendatario depende de que, a la fecha del fallecimiento del arrendatario, el cesionario resida en la vivienda arrendada por más de un año. Esto significa, por tanto, que la unión de hecho produce, específicamente para este propósito (para evitar la extinción del derecho de arrendamiento), efectos si se mantiene durante un año (y no requiere los dos años estipulados en el art. 1.º, n.º 2, de la Ley n.º 7/2001, de 11 de mayo, modificada por la Ley n.º 23/2010, de 30 de agosto). Aparte de que el arrendatario *de cuius* viva en unión de hecho durante más de un año, es necesario que esta convivencia durante un año sea en la vivienda arrendada.

23 No hay aquí la posibilidad de aplicación del art. 1068.º, hacia la comunicabilidad del derecho de arrendamiento, ya que no hay correctamente un régimen económico en una unión de hecho. En este sentido, v., LOBO XAVIER, R., "O Regime dos Novos Arrendamentos Urbanos e a perspectiva do Direito da Família", *O Direito*, n.º 136.º, 2004, II-III, p. 322.

24 En efecto, el art. 1106.º sólo se refiere a la transmisión del contrato de arrendamiento por muerte, pero parece haber sido un lapsus del legislador, ya que la situación es mencionada en el art. 1107.º. En este sentido, v., LOBO XAVIER, R., "Concentração"..., *cit.*, p. 1037.

Independientemente de la necesidad de alimentos²⁵, el conviviente supérstite se beneficia de protección social por aplicación de las normas generales o de los regímenes especiales de seguridad social (prestaciones por muerte y pensiones de supervivencia), del derecho a las prestaciones por muerte como consecuencia de accidente o enfermedad profesional, y del derecho a una pensión de "preço de sangue" y por servicios excepcionales y sobresalientes prestados al país (arts. 3.º, als. e), f), y g), y 6.º)²⁶. La entidad responsable del pago de las prestaciones, habiendo fundado dudas sobre la existencia de la unión de hecho, deberá promover la acción judicial en vista de su confirmación, a menos que la unión de hecho durara por lo menos cuatro años (art. 6.º, n.ºs 2 y 3).

III. REFLEXIÓN FINAL. EL RECONOCIMIENTO DE OTROS DERECHOS DE SUCESIÓN AL CONVIVIENTE SUPÉRSITE

Los recientes cambios en la estructura familiar, el creciente número de parejas que viven en unión de hecho y el entendimiento de que el derecho sucesorio debe asegurar el destino de los bienes del *de cuius* favoreciendo a aquellos que con éste tuvieron una mayor relación afectiva y de apoyo mutuo, llevan a algunos autores a considerar adecuada una asimilación de la posición del conviviente supérstite a los derechos sucesorios del cónyuge²⁷.

25 Con la Ley n.º 23/2010, de 30 de agosto, ya no es necesario, para acceder a las prestaciones del Estado, demostrar la necesidad de alimentos y probar que no fue posible obtener una pensión de alimentos por los que tenían la obligación o mediante la herencia del difunto. V., OLIVEIRA, G., "Notas...", *cit.*, p. 147.

26 V., sobre estos beneficios y pensiones, con referencias a la legislación respectiva, PEREIRA COELHO/ OLIVEIRA, G., *Curso de Direito da Família*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 88-93.

27 CASTEILEIN, C., "Introduction...", *cit.*, pp. 19 y 20.

Mencionar que en el derecho inglés, en 1995, se incluyó en el *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*, el conviviente, que ahora tiene, en caso de muerte del autor de la sucesión intestada, los mismos derechos sucesorios que el cónyuge sobreviviente. Lo *Civil Partnership Act 2004* también incluyó los convivientes del mismo sexo. V., COOKE, E., "Wives, widows and wicked step-mothers: a brief examination of spousal entitlement on intestacy", *HeinOnline - Child & Family Law Quarterly*, vol. 21, n.º 4, 2009, p. 429 (<http://heiononline.org>, a 27 de abril de 2012). Nos parece también pertinente mencionar la legislación irlandesa (*Civil Partnership and certain rights and obligations of cohabitants Act 2010*). En Irlanda se distingue entre *civil partnership*, como la unión entre dos personas del mismo sexo, debidamente constituida y registrada bajo la ley (v., *Part 1, section 2 e 3*, e *Part 2 e 3*, de la *Civil Partnership and certain rights and obligations of cohabitants Act 2010*) y *cohabitants* (el caso de dos personas, de distinto o del mismo sexo, que viven juntas, requiriendo adicionalmente, para producir los efectos previstos por la ley, que la vivencia en común tenga una duración de al menos dos años, si hay hijos menores de edad o personas a cargo, o cinco años, en los demás casos - *Part 15, section 172*, de la *Civil Partnership and certain rights and obligations of cohabitants Act 2010*). En el caso de la *civil partnership* la ley otorga derechos sucesorios al conviviente supérstite, similares a los del cónyuge: si el *de cuius* muere intestado, sin descendencia, el conviviente supérstite recibe toda la herencia; si muere con descendientes, el conviviente supérstite recibirá 2/3 de la propiedad hereditaria (v., *Part 8, section 73*, de la *Civil Partnership and certain rights and obligations of cohabitants Act 2010*). Si el *de cuius* ha hecho testamento el conviviente supérstite recibirá 1/3 de la propiedad hereditaria, con o sin descendencia (v., *Part 8, section 81*, de la *Civil Partnership and certain rights and obligations of cohabitants Act 2010*). Por su parte, el *qualified cohabitant* no tiene derechos sucesorios, determinando la ley sólo a una prestación a cargo de los bienes de la herencia bajo *section 194* de la *Part 15*, de la *Civil Partnership and certain rights and obligations of cohabitants Act 2010*, sin perjuicio de que podrán acordar, en virtud de la ley, cualquier acuerdo de carácter patrimonial en caso de que la relación termine con la muerte (*Part 15, section 202*, de la *Civil Partnership and certain rights and obligations of cohabitants Act 2010*). En cuanto a la prestación mencionada en la *section 194* v., SLOAN, B., "The concept of coupleddom in succession law", *Cambridge Law Journal*, 70 (3), noviembre 2011, pp. 625-628.

En efecto, y reanudando la idea inicial, los sistemas jurídicos europeos han reconocido efectos jurídicos a las uniones de hecho, gradualmente reconocidas como nuevas formas

En Noruega, el *Act on Registered Partnerships* (sólo aplicable a las uniones entre personas del mismo sexo) dio a las uniones de hecho registradas las mismas consecuencias jurídicas del matrimonio (v., *section 3* de lo *Act on Registered Partnerships*), sobre todo desde el punto de vista sucesorio. Lo mismo ocurrió en Dinamarca (v., *section 3* de lo *Act on Registered Partnership*), en Suecia (v., *section 1* de lo capítulo 3 de la *Registered Partnership Act*) y tiene lugar en Finlandia (v., *section 8* do capítulo 3 da *Act on Registered Partnership*). Haciendo referencia a las uniones de hecho registradas no se reconocen efectos jurídicos sucesorios a meras uniones de hecho. De mencionar que las leyes noruega, danesa y sueca indicadas fueron derogadas con el reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Finlandia también tiene el *Act on the Dissolution of the Household of the Cohabiting Partners (2011)*, que se aplica a la disolución de la vida en común de los convivientes, que dure por lo menos cinco años o donde hay hijos comunes o responsabilidades parentales conjuntas (*section 3*). Además de la separación de los bienes (de cada uno y/o de ambos), la ley prevé una indemnización al conviviente que, en beneficio del hogar común, contribuyó para que el otro conviviente aumente su patrimonio, que se traduce, en el momento de la disolución de la unión de hecho, en un enriquecimiento sin causa de este último (*section 8*). Se proporciona una compensación idéntica en el *Property (Relationships) Amendment Act 2001 (PRAA 2001)* en Nueva Zelanda. La ley de Nueva Zelanda da igual derechos sucesorios para los cónyuges y los convivientes (si hay o no testamento). V., ATKIN, B., "The rights of married and unmarried couples in New Zealand – radical new laws on property and succession", *HeinOnline – Child & Family Law Quarterly*, vol. 15, n.º 2, 2003, pp. 175 y 176 y pp. 182 y 183 (<http://heinonline.org>, a 31 de enero de 2014).

En Alemania, el § 10.º de *Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG)* establece que el conviviente superviviente es heredero legal del otro conviviente, teniendo derecho a ¼ de la herencia, si compite con otros parientes de primer grado, o la mitad de la herencia, si está compitiendo con otros parientes de segundo grado o abuelos. Si el *de cuius* muere sin parientes en primer o segundo grado y sin abuelos el conviviente superviviente recibirá la herencia completa. Si el sobreviviente está excluido de la herencia por testamento siempre puede exigir la mitad del valor de la herencia a los herederos legales, es decir, se aplican las mismas normas que al cónyuge mientras la legítima (*Pflichtteil*).

En el sistema jurídico brasileño, si bien la Constitución Federal reconoce la unión de hecho como una entidad familiar (art. 226.º, § 3.º), y el Código Civil, en su art. 1723.º, hay diferencias en el tratamiento desde el punto de vista de la sucesión entre el cónyuge y el conviviente. El conviviente, a diferencia del cónyuge (v., art. 1845.º del Código Civil brasileño), no es heredero forzoso (*necessary*). De todos modos, y en cuanto a la sucesión intestada, el conviviente tiene los derechos sucesorios arreglados en el art. 1790.º del Código Civil, es decir, cada uno de los convivientes participará en la sucesión del otro, en cuanto a los bienes adquiridos a título oneroso en el decurso de la unión de hecho, bajo las siguientes condiciones: I – si compite con los hijos comunes, tendrá derecho a una parte igual a la que por ley sea cedida al hijo; II – si compite con los descendientes sólo del titular de la herencia, tendrá derecho a mitad de lo que se ajusta a cada uno de aquéllos; III – si compite con otros parientes sucesores, tendrán derecho a 1/3 de la herencia; IV – si no hay parientes sucesores, tendrán derecho a la totalidad de la herencia. Asimismo se debe mencionar que, según el art. 1725.º del Código Civil Brasileño, el conviviente superviviente recibirá su parte respectiva de los bienes comunes, ya que, a menos que de otro modo esté estipulado entre los convivientes, se aplica a sus relaciones patrimoniales el régimen de sociedad de gananciales (comunidad parcial de bienes).

En Cabo Verde, la unión de hecho se enmarca dentro de las relaciones familiares legales (art. 1552.º del Código Civil de Cabo Verde) y su concepto procede del art. 1563.º del Código Civil de Cabo Verde. La unión de hecho debe estar registrada para ser reconocida (art. 1713.º ss. del Código Civil de Cabo Verde), siendo equivalente en este caso al matrimonio (art. 1719.º del Código Civil de Cabo Verde). En caso de fallecimiento de uno de los convivientes, el superviviente tiene, como el cónyuge, el derecho de "apanágio" (art. 1953.º del Código Civil de Cabo Verde), el derecho a recibir la parte respectiva en los bienes comunes y el derecho a alimentos (art. 1722.º del Código Civil de Cabo Verde). Por otra parte, desde el punto de vista sucesorio, si la unión de hecho es reconocida legalmente (registrada conforme los arts. 1713.º ss. del Código Civil de Cabo Verde), y de existir desde hace por lo menos seis años, el conviviente superviviente tiene los mismos derechos sucesorios del cónyuge, es decir, es heredero legítimo y forzoso (v., arts. 2063.º, n.º 2, y 2085.º del Código Civil de Cabo Verde).

También en el Código de Familia de Angola, la unión de hecho es equivalente al matrimonio como relación familiar (arts. 1.º y 7.º V., también el art. 35.º de la Constitución de la República de Angola). La unión de hecho debidamente reconocida (y en el caso de la muerte debe ser por el tribunal – art. 122.º del Código de Familia), y sujeta a registro (art. 120.º del Código de Familia) tiene, de conformidad con los arts. 119.º y 126.º del Código de Familia, los mismos efectos del matrimonio.

de familia. Por lo tanto, se justificaría una protección sucesoria similar, especialmente en el campo de la sucesión legítima e incluso forzosa, al igual que en otros ámbitos jurídicos.

Recusable podrá ser la naturaleza jurídica de la legítima en la sucesión forzosa consagrada en la ley portuguesa²⁸.

Sin negar la importancia de garantizar una protección adecuada al conviviente supérstite, ésta no tiene necesariamente que ir a través de la consagración del conviviente como heredero en propiedad.

No podemos olvidar los cambios que la institución del matrimonio y la familia han sufrido en los últimos años. Incluso se puede discutir la existencia de una sucesión forzosa, *legitimaria*. Esta puede conducir, dado la partición entre los distintos herederos forzosos, a la división de las unidades productivas, y puede hacer que los herederos forzosos, pendientes de recibir los bienes de la herencia y de vivir a expensas de la misma, no tengan incentivos para el trabajo. Disponiendo libremente de sus bienes, podría el autor de la sucesión asegurar la continuidad de sus unidades de producción y seleccionar a los más capaces para el ejercicio de una actividad en particular.

La limitación del poder de disposición del testador, que se ve obligado a respetar la legítima de los herederos forzosos, demuestra la prevalencia de la conexión familia y la protección de ésta, asegurando que los bienes del de *cuius* no dejan a su familia, encima de la autonomía privada y la libertad de disposición. La propia ley tiene maneras de mitigar esta rigidez, pero asegurando siempre la existencia de cuotas reservadas a los herederos forzosos. La única forma de privarlos de su legítima es por medio de la desheredación (art. 2166.º).

Nos parece que, y para lograr el objetivo que se persigue con la sucesión forzosa, es decir, para garantizar la continuidad de los bienes dentro de la familia, para mantener el nivel de vida del cónyuge y del conviviente y asistir a los descendientes con un cierto patrimonio, se podría elegir otra solución más compatible con la libertad de disposición y la autonomía privada. Teniendo en cuenta la evolución de la familia y en la institución del matrimonio, atendiendo a que, en la mayoría de los casos, y dada la situación actual de crisis económica, las grandes fortunas y los patrimonios inmobiliario y mobiliario son raros, a que la familia ya no es el apoyo de un patrimonio que se transmite de generación en generación, y las razones que se señalan contra la sucesión forzosa, se debe garantizar la libertad de testar en contra de la protección de la familia.

Reserva se haría, en todo caso, como en la legislación alemana, de una parte de la herencia a dichos familiares, pero la legítima no supondría una porción de bienes de que el testador no puede disponer. El autor de la sucesión podría disponer (*mortis causa*) de sus bienes a quien lo entienda, pero el cónyuge/conviviente supérstite, los descendientes y los ascendientes, como "herederos" obligatorios, podrían reclamar el pago de una suma de dinero correspondiente a una porción de la herencia que se le daría, surgiendo, así, como acreedores de ese valor.

28 Comentarios que también actúan, en nuestra opinión, para la consagración del conviviente supérstite como heredero forzoso.

Buscando soluciones del derecho comparado, constatamos que, aunque con derechos distintos, el cónyuge sobreviviente se considera heredero legal. La forma y el alcance de los derechos que se le reconocen, como heredero forzoso y legítimo, es que varían entre las jurisdicciones en cuestión.

En términos generales, podemos decir que en el derecho francés sólo es nombrado como heredero forzoso a falta de descendientes o ascendientes; según el derecho español, la legítima del cónyuge es en usufructo y no en propiedad y sólo es llamado a la sucesión intestada en ausencia de descendientes y ascendientes; en el derecho italiano, el cónyuge viudo es heredero forzoso, en propiedad, y es también el heredero legítimo, compitiendo con los descendientes, ascendientes y hermanos; en el derecho alemán, el cónyuge viudo se presenta como heredero legal, compitiendo con los descendientes, los padres y los abuelos del *de cuius*, y como heredero "forzoso" con derecho a un crédito correspondiente a una porción de la herencia si el autor de la sucesión ha dispuesto de sus bienes apartándolo de la sucesión (además de dichos derechos sucesorios, y si los esposos estaban casados en el régimen de participación, se atribuye al cónyuge viudo un aumento en 1/4 de su parte de la herencia; si los cónyuges estaban casados en régimen de separación de bienes, y para salvaguardar la posición patrimonial del viudo, se proporciona una partición igual si el cónyuge compete a la herencia con uno o dos hijos).

Por otra parte, en todas las jurisdicciones a las que nos referimos el cónyuge viudo se beneficia de derechos preferenciales sobre la vivienda familiar y sobre su mobiliario.

También hay que recordar que el cónyuge, más allá de heredero legal, se puede contemplar como heredero o legatario testamentario o, cuando lo permita la ley, como sucesor contractual. Para destacar la posibilidad que tiene, en el derecho alemán, el autor de la sucesión de disponer *mortis causa*, en pacto sucesorio, de sus bienes, y también puede renunciar a la sucesión del cónyuge.

Quizá se debería considerar una solución idéntica, en cuanto a la forma de concepción de la legítima y a la admisibilidad de los pactos sucesorios, al derecho alemán. Es necesaria una mayor flexibilidad en la regulación de la sucesión forzosa²⁹.

En efecto, para nosotros, lo que está en cuestión es la opción reguladora de la sucesión forzosa en lugar de su existencia, que es necesaria para salvaguardar la protección de la familia nuclear. Lo que está en cuestión es la limitación de la libertad de disponer de los

29 Esta fue también la conclusión a la que se llegó, después de un análisis, con diferentes perspectivas, de la sucesión forzosa en varias jurisdicciones, en la obra ya mencionada *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society – five perspectives*. En seguimiento de la evolución de la sociedad y de la estructura familiar, es necesaria una mayor apertura y flexibilidad en la regulación de la sucesión "imperativa", privilegiando la voluntad del testador y la libertad de testar, cualitativamente (reemplazando la legítima en bienes por un crédito en valor) o cuantitativamente (restringiendo a los herederos forzosos y reduciendo el valor de la legítima). La posición de los herederos forzosos puede garantizarse a través de otros derechos (ya sea de uso y habitación de la vivienda de la familia y de su mobiliario, ya sea mediante la participación en la propiedad común en el caso del cónyuge viudo, ya sea a través de pensiones). Tal evolución social también requiere una nueva visión de los pactos sucesorios, aceptándolos y permitiendo una renuncia de la herencia antes de la apertura de la sucesión (v., FOQUÉ, R./VERBEKE, A., "Towards an open and flexible imperative inheritance law", in AA. VV. (Christoph Castelein, René Foqué e Alain Verbeke), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society – five perspectives*, Antwerp – Oxford – Portland, Intersentia, 2009, pp. 217-221).

bienes establecida por la existencia de la porción indisponible del testador, que es privado de disponer libremente de sus bienes a favor de quien lo entienda o de la persona que considere más apta.

Estas consideraciones se aplican a la posibilidad de conceder al conviviente supérstite una cuota como heredero forzoso, en esos moldes.

De jure condito, el conviviente, no siendo contemplado como heredero legal, puede presentarse como heredero testamentario del otro. Cabe mencionar que el conviviente, como el cónyuge, es libre del pago del impuesto de "selo" sobre las transmisiones gratuitas de bienes (art. 6.º, al. e), del *Código do Imposto de Selo*, y punto 1.2 de la tabla general). La adquisición de bienes por donación o herencia está sujeta a impuesto de "selo", a una tasa de 10%. Esta tasa se aplica al valor de mercado de los bienes o, en el caso de bienes inmuebles, a su valor fiscal, el cual consiste en la libreta de suelo urbano. Sin embargo, si la persona que recibe bienes por donación o herencia es el cónyuge, conviviente, descendiente o ascendiente del donante o del difunto, no es sujeta a este impuesto. Así, por medio de testamento, el conviviente es libre del pago de impuesto (aunque el testamento esté sujeto al pago de los honorarios del notario a cargo del testador).