

La permanencia del viudo en la vivienda habitual tras el fallecimiento del cónyuge propietario

MARÍA REYES CORRIPIO GIL DELGADO
Profesora propia adjunta de Derecho civil
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

RESUMEN

En el contexto de las sociedades longevas se advierte la necesidad de introducir nuevos mecanismos legales para permitirle al viudo/a quedarse en la vivienda habitual propiedad del consorte si fuere posible y con preferencia a los herederos. Dados los limitados derechos sucesorios que el Código civil da al supérstite cuando concurre a la herencia con legitimarios, este objetivo no está garantizado por lo que el viudo/a podría verse abocado a abandonar la casa si no hubiese sido mejorado en testamento con título idóneo. Analizamos la importancia de las soluciones testamentarias como el usufructo universal o las titularidades fiduciarias en favor del cónyuge y las propuestas doctrinales realizadas de lege ferenda en la línea de fortalecer la posición viudal respecto a la herencia del consorte en general y a la vivienda habitual en particular.

PALABRAS CLAVE

Viudo/a. Vivienda habitual. Derechos sucesorios. Legítima. Usufructo vitalicio.

The widower's interest regard to the main residence after the death of the owner spouse

ABSTRACT

In the context of today's long-lived societies, it is necessary to introduce new legal mechanisms to allow a widow/widower to remain in their home

after the death of the property-owning spouse, if possible and with preference over the heirs. Currently, this goal is not guaranteed due to the limited succession rights under Civil Code so the widow/widower could be forced to leave the house unless the spouse had improved their rights by testamentary means, giving to him a suitable title. This paper analyzes the importance of testamentary solutions like life usufruct or fiduciary entitlements and the doctrinal proposals made de lege ferenda to strengthen the legal position of the widow/widower regarding the main residence.

KEY WORDS

Widow/widower. Main residence. Inheritance rights. Legacy. life usufruct

SUMARIO: I. Estado de la cuestión. 1. La legítima viudal y su crítica. 2. Razones para la reforma de la legítima y el interés del viudo por permanecer en la vivienda habitual.–II. La vivienda habitual en la masa postganancial y en la herencia y su ocupación por el viudo. 1. En la masa postganancial. 2. En la herencia. 2.1 Durante el proceso sucesorio. 2.2 La vivienda habitual en las actividades particionales y su lectura fiscal.–III. Soluciones testamentarias para la mejora de la posición del viudo en la herencia. 1. El usufructo universal con cautela sociniana. 2. El legado sobre la vivienda habitual: particular referencia al legado de habitación. 3. Soluciones basadas en la confianza. 3.1 Usufructo universal con facultad de disponer. 3.2 Fideicomiso de residuo. 3.3 Fiducia sucesoria.–IV. Propuestas doctrinales en favor del viudo/a. 1. Derechos y facultades electivas sobre la vivienda habitual. 2. Una más afinada protección civil del viudo/a con discapacidad y del viudo/a persona mayor. 2.1 ¿Permitiendo gravámenes sobre la legítima de descendientes? 2.2 ¿A modo de crédito sobre la herencia? 2.2.1 Alimentos sucesorios. 2.2.2 Otras figuras.–V. La situación de la pareja de hecho en relación a la vivienda habitual. 1. En los derechos forales o especiales. 2. En el Derecho común.–VI. Conclusiones.–Bibliografía.–Jurisprudencia.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El Código civil no otorga al viudo/a un derecho subjetivo que le permita tras el fallecimiento del cónyuge propietario permanecer en la vivienda –dejando a salvo la hipótesis del legitimario con discapacidad, al cual se le concede un legado legal de habitación

cuando lo necesitare (art. 822 CC¹)— a menos que el causante hubiera dispuesto otra cosa. Tampoco permite al supérstite reservarse o avocarse la vivienda para sí en la fase de partición hereditaria, una facultad que únicamente se reconoce dentro del proceso de liquidación de gananciales (art. 1406 CC²). En consecuencia y para la generalidad de los casos, la permanencia en la vivienda del cónyuge no propietario será cuestión que quede a la libre decisión del causante³ algo que no responde hoy de forma suficientemente satisfactoria a los retos que plantean las sociedades longevas, inclinadas por favorecer que el viudo/a pueda seguir viviendo en su casa si lo desea y fuera posible. Díaz Alabart⁴ así lo entiende al señalar que el cónyuge debería tener además del actual derecho a detraer el ajuar familiar de la vivienda común algún tipo de derecho de propiedad, usufructo o uso sobre la vivienda misma para facilitar que pueda seguir viviendo en su casa tras la muerte del consorte. Por su parte, Pereña denuncia la insuficiente previsión del artículo 1406 CC que coloca muy a menudo al viudo en la delicada situación de perder su casa, para esta autora «es difícil entender una desidia tal de nuestro Código, muy cuidadoso con la protección de la vivienda familiar mientras dura el matrimonio, e incluso después de disuelto tras un divorcio, y paradójicamente insensible al fallecimiento de uno de los cónyuges» y pide que se consagre por ministerio de la ley una legítima al viudo que consista en atribuirle el usufructo de la vivienda habitual, a respetar en todo caso, aunque exceda la cuantía de los derechos legitimarios en abstracto y aunque quede gravada la legítima⁵ dotándole de una entidad mayor que la del exiguo derecho de habitación del legitimario con discapacidad antes mencionado.

El deseo del cónyuge supérstite por permanecer en la vivienda constituye un interés personal o de afección digno de tutela⁶, vin-

¹ Introducido por la Ley 41/2003 permite que el causante done o legue un derecho de habitación constituido sobre la vivienda habitual en favor de un legitimario discapacitado que conviva con él en el momento del fallecimiento. (*Vid* reforma en Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del CC y de la LEC y de la normativa tributaria con esta finalidad. *BOE* 19 de noviembre de 2003, núm. 277 y comentario en RAMOS MAESTRE, *RD*, 2013, p. 15).

² Tendremos la ocasión más adelante de comentar la importancia que tiene el ejercicio por el supérstite de esta facultad desde la perspectiva de garantizar su permanencia en el hogar a la muerte de su cónyuge (arts. 1321 y 1406 CC).

³ En todo caso la voluntad puede anticiparse por acuerdos *inter vivos*. En algunos derechos forales encontramos diversas formulaciones como el pacto de supervivencia del Derecho catalán otorgado en el momento de la compra de la vivienda por el cual cualquiera de ellos cuando muera el otro devendrá en propietario único de la totalidad de bien (Art. 231-15 CCCat).

⁴ DÍAZ ALABART, *RD*, 2023, p.130.

⁵ PEREÑA VICENTE, *La Ley DF*, 2019, pp. 59 y ss.

⁶ MARTÍN MELÉNDEZ, *ADC*, 2019, p. 1061.

culado a su dignidad (debidamente atendida en otros casos como lo manifiesta el derecho de predetracción del ajuar doméstico) y se traduce en la necesidad de facilitarle al cónyuge el acceso a algún título jurídico-real adecuado (desde propiedad hasta usufructo o habitación)⁷ que no lo haga depender en exclusiva del testador o de los herederos. Una solución legal al problema⁸ construida sobre la práctica testamentaria habitual dotaría de unidad a las variadas hipótesis y circunstancias en las que puede encontrarse un viudo y podría hacerse fortaleciendo los derechos legitimarios del cónyuge que actualmente son muy reducidos. A la cuestión de la vivienda habitual se suma otra concomitante, la necesidad de dejar atendido patrimonialmente al cónyuge cuando fuere discapacitado o persona mayor. No se trata sólo de considerar que al llegar a cierta edad resulte penoso o inhumano echarle de su casa, también lo es que quede en una mala posición económica por falta de testamentificación tras una larga vida matrimonial. Por ello, a lo largo del trabajo, añadiremos valoraciones sobre ciertos aspectos distintos a la vivienda encaminados al objetivo de mejorar la posición del viudo/a mayor en derecho sucesorio. El momento actual es propicio para debatir estas cuestiones tras la propuesta de Orden del Ministerio de Justicia de 4 de febrero de 2019 por la que se encomienda a la sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación el estudio de los regímenes sucesorios de legítimas y libertad de testar⁹. Con este objetivo exponemos en primer lugar los contornos actuales de la legítima en Derecho común y su crítica

⁷ Dejamos fuera de este trabajo los títulos de ocupación de naturaleza crediticia como la subrogación arrendaticia y el derecho de uso de viviendas militares, cuyas regulaciones atienden bien el objetivo de poder permanecer en el hogar al permitirle al viudo/a subrogarse en el puesto del arrendatario o usuario. Queremos resaltar como precisamente estas facultades manifiestan que nos encontramos ante un interés digno de tutela, el cual entronca con el derecho a la vivienda reconocido en el artículo 47 CE. Véase la normativa al respecto en materia de arrendamiento de viviendas en el art 16.1, a y b de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre (BOE núm. 282 de 25 de noviembre) y en cuanto al régimen de viviendas militares en el artículo 6.2 según el cual el cónyuge conviviente será beneficiario del derecho vitalicio e intransmisible de uso de la vivienda militar en caso de fallecimiento del titular (Ley 26/1999, de 9 de julio, de medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas, BOE núm. 165, de 10 de julio de 1999).

⁸ Favorable a esta solución FERNÁNDEZ CAMPOS, 2016, p. 1081.

⁹ Nos referimos a la Orden de 4 de febrero de 2019, del Ministerio de Justicia, Accesible en https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803576-Orden_de_4_de_febrero_de_2019__por_la_que_se_encomienda_a_la_seccion_de_derecho_civil_de_la_comisio. PDF. En sus declaraciones Elena Sánchez Jordán, vocal permanente de la Comisión general de Codificación, manifiesta que aboga por una modificación del sistema de forma radical y porque se reduzca la parte que obligatoriamente se ha de dejar a los hijos, dándoles a esto a lo sumo un cuarto o un tercio, aumentando también las causas de desheredación (Accesible en <https://www.ull.es/portal/noticias/2023/la-profesora-que-prepara-los-textos-de-las-leyes/>)

y en segundo lugar diversos argumentos que sugieren reformularla en su contenido y alcance.

1. LA LEGÍTIMA VIDUAL Y SU CRÍTICA

Los derechos legales del viudo sobre la herencia del consorte están conformados por una legítima pobre que se otorga en usufructo y opera sobre una cuota: el tercio de mejora si concurre con descendientes, sobre la mitad si concurre con ascendientes o de dos tercios si se trata de otros herederos (arts. 834 a 838 CC)¹⁰. Se tiende a justificar el carácter reducido de los derechos legitimarios del viudo en el Derecho común por la preferencia del sistema de gananciales como régimen económico matrimonial aplicable a falta de capitulaciones matrimoniales, el cual da al viudo en el momento del fallecimiento –y por tanto de la liquidación de la sociedad de gananciales– acceso a la propiedad sobre la mitad de dichos bienes. Se cumple así en el Derecho común el principio de que los regímenes que dan preferencia al sistema de gananciales (o sistemas de comunidad) son menos generosos con el viudo en materia de sucesiones que los que tienen separación de bienes y viceversa¹¹. Podría colegirse de ello que los gananciales es la vía por la que el legislador común quiere dejar protegido económicamente al supérstite frente a su posible desvalimiento dejándole libertad al testador para determinar y conformar los derechos que quiere dejarle finalmente sobre sus bienes, con respeto en todo caso a las legítimas.

Ciertamente el diseño de la legítima vidual en el Derecho común tiene algunas fortalezas: la principal es que surge de forma automática quedando todos los bienes de la herencia afectos al pago de este usufructo en el tiempo previo a que sea conmutado

¹⁰ Así se hubo de disponer en el Código civil por virtud de la Ley de Bases de 1888 por la que se autoriza al Gobierno a publicar un Código civil con arreglo a las bases establecidas en la ley (Art. 1 Ley de bases de 11 de mayo de 1888, Gaceta de Madrid de 22 de mayo de 1888). En la base 17 se manda que el viudo o viuda tenga el usufructo de alguna de las legislaciones especiales, pero limitándolo a una cuota igual a lo que por su legítima hubiera de percibir cada uno de los hijos si los hubiere.

¹¹ Es una afirmación reiterada que los derechos matrimoniales débiles se compensan con fuertes derechos sucesorios y viceversa, de ahí que un sistema del Derecho común basado en gananciales le otorgue reducidos derechos sucesorios al cónyuge viudo mientras que los de separación de bienes, como el sistema catalán actual, le atribuyan sustanciosos beneficios viduales (ZABALO ESCUDERO, 1993, p. 86). No en todos los casos se cumple esta regla, hay ejemplos en el Derecho antiguo navarro y catalán antiguo de transgresión de esa idea: Navarra con su régimen fuerte de comunidad, la sociedad de conquistas, y que concede amplios derechos sucesorios al viudo, mientras que Cataluña donde tiene un régimen de separación de bienes no venía acompañado (antes de la reforma) de fuertes derechos sucesorios al supérstite (CALDUCH, GARGALLO, *EdRDP*, 2007, pp. 12 y ss).

(839,2 CC) lo cual es interesante porque los herederos adquieren los bienes con esta carga¹². Puede decirse que su posición sucesoria es muy próxima al heredero, está facultado para conocer el patrimonio (su cuantía y composición)¹³, asume la responsabilidad por razón de los gastos comunes de la partición¹⁴ y está legitimado para pedir la división judicial (art. 782 1 LEC) aunque no está obligado a soportar las deudas (estas le afectarán indirectamente en la medida en que restan también en su contra el valor del patrimonio) asimilándose a un legatario de parte alícuota. Ahora bien, el viudo/a no sucede a su cónyuge en los derechos existentes en el haber hereditario, sino que obtiene sobre este un derecho *ex novo*¹⁵ sobre *parts valoris bonorum*, y no *pars hereditatis*, por ello bien puede decirse que no ocupa una posición idéntica al de un genuino sucesor y el mismo Tribunal Supremo no le tiene por heredero si bien ha de indicarse que lo hace al objeto de eximirle del pago de las deudas¹⁶.

¹² En este sentido de carga sobre su porción hereditaria, STS (Sala Primera) de 25 de octubre de 2000 (TOL 1840/2000).

¹³ El cónyuge y los herederos tienen un verdadero derecho de acceso a la información económica. El artículo 3.1 LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales, dispone que las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de la persona fallecida salvo que exista prohibición expresa de esta si bien, indica la norma, esta prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante. Las entidades bancarias donde tuviera cuentas abiertas el causante darán a los herederos el certificado de posiciones y además podrán pedir todos los movimientos posteriores al óbito. Respecto a los anteriores, podrán obtenerse con pronunciamiento judicial favorable si fueren peticiones concretas y no desproporcionadas.

¹⁴ Es referente en este punto la STS 11 enero 1950 (RJ 1950/21), en uno de cuyos considerandos indica al respecto de una viuda heredera forzosa del usufructo de la mitad del remanente de bienes que en forma de legado le otorgó su marido, que «aunque por su carácter de usufructuaria, por la temporalidad de su derecho y por la modalidad especial que para la efectividad de su legítima establece el artículo 838 del Código Civil, su posición jurídica no sea absolutamente idéntica a la del genuino sucesor universal, particularmente en el aspecto de responsabilidad por deudas hereditarias, pero es indudable que tal identidad existe en punto a responsabilidad por razón de gastos comunes de la partición, porque el artículo 1074 del Código Civil no establece distinción en este respecto, en el cual están situados en el mismo plano el usufructuario y los nudo propietarios por el interés común que les liga en la liquidación de la herencia, como partícipes de un derecho abstracto en el “universum ius defuncti” o en una cuarta parte del mismo».

¹⁵ El artículo 807 CC caracteriza al viudo/a como heredero forzoso, pero como hemos advertido en la nota anterior no sucede al causante en calidad de heredero (art. 660 y 661 CC) por tanto no responde de las deudas como la jurisprudencia ha consolidado (A la anterior referida STS 22 de enero de 1963 añadimos la STS 20 de octubre de 1987 RJ 1987,7303). Postura doctrinal en el mismo sentido DIEZ PICAZO, L y GULLÓN BALLESTEROS, 2006, p. 353.

¹⁶ Es doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de diciembre (RJ 2014/6780) que el beneficiado con el usufructo sobre la totalidad de la herencia, o una parte o cuota, no puede ser asimilado a la posición jurídica del heredero. Dicha sentencia entiende que el otorgamiento de usufructo al cónyuge no le hace sucesor a título universal (heredero) sino que tiene un derecho concreto que se constituye en el testamento (MARTINEZ ESPIN, *CCJC*, 2016, p. 46). En relación a las teorías subjetivistas cabría preguntarse si el testador al configurar el usufructo universal o de parte alícuota para el superéste tuvo la

Como indicábamos al principio, la legítima actual no ofrece base suficiente como para permitirle el viudo/a permanecer en la vivienda (ni ser alimentado a su cargo) a menos que el testador lo hubiere dispuesto expresamente. Esta situación es gravosa en la sucesión intestada cuando coincide con descendientes o ascendientes por ser el cónyuge tercero en el orden de llamamientos (art. 944 CC) lo que significaría que únicamente obtendrá su cuota legal en usufructo. Además, si atendemos a la facultad de conmutación de la legítima viudal del artículo 839 CC, los herederos podrán sustituir el usufructo viudal «por una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo»¹⁷, lo que claramente demuestra que nuestro sistema común es reticente a imponerle a los nuevos propietarios la carga de soportar que el viudo siga ocupando el inmueble que ahora les pertenece. Volveremos sobre esta cuestión al analizar la vivienda en las actividades particionales.

La solución que dan los derechos civiles especiales o forales es muy diferente. Los Derechos catalán¹⁸, navarro¹⁹ y aragonés²⁰

intención de instituirlo en calidad de heredero, utilizando el *nomen iuris* en el testamento y atender al sentido literal de las palabras (art. 675.1 CC) pero la calificación no es determinante de por sí de la voluntad sino que debemos atenernos al contenido del derecho instituido (lo que son dichos derechos) para lo cual el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de enero de 1963 (RJ 1963/447) propuso valorar dos requisitos para que podamos hablar de heredero: el subjetivo (llamamiento a título de herencia) y el objetivo (llamamiento universal) de tal forma que si faltara el subjetivo habría un legado de parte alcuota y si falta el objetivo sería un legado de cosa determinada.

¹⁷ La conmutación puede producirse o bien a iniciativa de los herederos (art. 839 CC) o por decisión del viudo que concorra con hijos solo del causante, pudiendo exigir que su derecho de usufructo «le sea satisfecho, a elección de los hijos asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios» (art. 840 CC). Se trata en ambos casos de una elección que recae sobre los hijos y que opera sobre supuestos tasados que habilita para elegir alternativamente entre uno de estos tres medios sin que estén obligados a observar el orden en los que están enumerados.

¹⁸ Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto del Código civil de Cataluña relativo a las sucesiones *DOG* 17 de julio de 2008 (CCCat.).

¹⁹ El sistema navarro también resulta claramente favorable al cónyuge supérstite al que concede un derecho extenso: el usufructo sobre todos los bienes y derechos que pertenecían al premuerto en el momento del fallecimiento (Ley 253 de su Fuero nuevo, Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. *BOE* 137, de 8 de junio).

²⁰ Aragón concede al supérstite un derecho al usufructo sobre todos los bienes del que primero fallezca (derecho de viudedad aragonés, artículo 192 del Código de Derecho foral aragonés CFA) un derecho revestido de unas características singulares como su inalienabilidad e inembargabilidad (art. 273 CFA) si bien se trata de un derecho dispositivo en la medida en los cónyuges pueden pactarlo o disponer en testamento la exclusión o limitación del mismo o regularlo como libremente convengan (art. 272 CFA) y es renunciación a escritura pública (art. 274 CDF). En su exposición de motivos vinculan esta solución a una «concepción igualitaria y participativa de la comunidad de vida conyugal en la que ambos cónyuges comparten todas las decisiones económicas que tienen incidencia sobre la familia, en particular las más importantes, y, por tanto, las relativas a la enajenación de bienes inmuebles de uno de ellos sobre los que el otro está llamado a tener usufructo» (EM núm. 24). (Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas. *BOA* núm. 67 de 29 de marzo de 2011)

tienden a asegurar la permanencia del viudo en su casa. Por ejemplo, Cataluña le concede abintestato (también al conviviente que fuere pareja estable) el usufructo universal de los bienes del causante y menciona de forma expresa la vivienda al permitirle la conmutación del usufructo universal por una cuarta parte alícuota de los bienes y el usufructo sobre la vivienda conyugal (arts. 442-3 y 442-5 Ley 10/2008). En otros Derechos especiales también existen previsiones expresas, aunque de menor alcance, el Derecho civil vasco crea en favor del cónyuge (y también para la pareja) un derecho *ex lege* de habitación²¹ y Galicia en la Ley de 2006 le concede al viudo el usufructo vitalicio de una cuarta parte de la herencia y le coloca por delante de los herederos para hacer efectiva su legítima sobre la vivienda habitual en tanto que no exceda de su cuota usufructuaria (art. 257 Ley de derecho civil de Galicia)²² siendo preferente a la facultad de conmutación de los herederos.

En la misma línea, los ordenamientos de nuestro entorno tienden a arbitrar soluciones legales favorables a que el viudo pueda quedarse en la casa fortaleciendo sus derechos²³: Italia en 1975 reformó su derecho sucesorio para otorgarle al cónyuge una cuota legitimaria en plena propiedad²⁴ y un derecho de habitación sobre la vivienda familiar y uso de los bienes muebles que la acompañan²⁵. Bélgica concede al cónyuge viudo que coincida con descendientes el usufructo de la totalidad de los bienes hereditarios (art. 4.17 Código civil belga)²⁶ y Suiza, desde el 1 de enero de 2023

²¹ La Ley reguladora del Derecho civil vasco atribuye tanto al cónyuge viudo como al miembro supérstite de la pareja un derecho de habitación en la vivienda mientras se mantenga el estado de viudedad, no haga vida marital ni tenga un hijo no matrimonial o no constituya una nueva pareja de hecho (art. 54 LDCV). Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco (BOPV núm. 176, de 24 de julio de 2015).

²² Ley 2/2006 de 14 de junio de derecho civil de Galicia, *DOG* 124 de 29 de junio de 2006.

²³ FERNANDEZ CAMPOS, 2016, p. 1079.

²⁴ Ley italiana núm. 151 de 19 de mayo de 1975 de reforma del Derecho de familia (texto completo en español accesible en *ADC*, 29, núm. 2, 1976 pp. 369-423). Esta Ley introduce amplias modificaciones del Código civil italiano y otorga al viudo que concorra con hijos unos derechos legitimarios en propiedad de un tercio si concurre con un solo hijo o de una cuarta parte, si hubiere varios (art. 542 CC italiano) y cuando concorra con ascendientes se le reservará al viudo la mitad del patrimonio (art. 544 CC italiano). Si la sucesión fuere por ley tendrá los dos tercios de la herencia si concurre con ascendientes, hermano o hermanas y la parte restante a estos dejando a salvo en todo caso a los ascendientes el derecho a una cuarta parte de la herencia (art. 582 CC italiano) y si no concurren con los antedichos, le corresponderá la totalidad de la herencia (art. 583 CC italiano).

²⁵ El artículo 540 CC italiano le reserva un derecho de habitación sobre la vivienda familiar y el uso de los muebles que la acompañan que fueren propiedad del difunto. Se recoge una regla adicional por la que si bien se aplicará este derecho sobre la parte de libre disposición si no fuera suficiente se proyectará sobre la parte reservada al cónyuge y eventualmente sobre la parte reservada a los hijos (Código civil italiano aprobado por Regio Decreto núm. 262 de 16 de marzo de 1942).

²⁶ El actual Código civil trae causa de la Ley belga de 13 de abril de 2019 de creación de un código civil y de inclusión de un libro VIII La prueba, (publicado en *Moniteur*

amplía sustantivamente la parte de libre disposición, reduciendo las legítimas de descendientes, suprimiendo la de ascendientes que pierden la condición de legitimarios (lo que redundaría en beneficio del viudo/a que habitualmente es bien tratado por su consorte) y mantiene la legítima del cónyuge y la cautela sociniana²⁷.

Respecto al Derecho español común, la doctrina española es favorable a reformular el Código civil de forma que pueda atenderse mejor la posición del cónyuge y sugiere que en el orden de llamamiento de la sucesión intestada se adelante al cónyuge por delante de los ascendientes²⁸ y en la testada se amplíe la libertad de testar²⁹ reduciendo –que no eliminando³⁰– las legítimas de descen-

Belge el 14 de mayo de 2019, en vigor desde el 1 de noviembre de 2020 y reformado en 2022). La redacción actual del Derecho sucesorio belga otorga al cónyuge el usufructo de todo el patrimonio cuando coincide con descendientes y si coincidiera con ascendientes o colaterales cercanos el cónyuge recibiría la propiedad plena del patrimonio común y el usufructo de los demás bienes patrimoniales del difunto. Accesible en https://www.ejustice.just.fgov.be/img_1/pdf/2022/01/19/2022B30600_F.pdf

²⁷ MATEO VILLA, *RDC*, 2023, p. 66.

²⁸ GALIZIA AIZPURUA a quien corresponde la autoría del Capítulo VII, Título VI del Libro Cuarto de la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores y profesoras de Derecho civil (APPDC) opta por dar a los ascendientes la legítima de un cuarto en caso de que concurran con el cónyuge viudo y dispone el retorno de donaciones hechas en favor de sus descendientes cuando estos fallecen sin posteridad (APPDC, *Propuesta de Código Civil*, tecnos, 2018). *Vid* síntesis y comentario en GALIZIA AIZPURUA, *IV*, 2020 p. 329.

²⁹ Martínez de Aguirre lleva años sugiriendo introducir en el Derecho común mayor libertad de testar (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2010, p. 197). En el mismo sentido va la Asociación de Profesores de Derecho Civil en su propuesta de reforma del Derecho común de sucesiones, antes referida. Para Carrasco Perera «sólo deberían tener derechos legitimarios aquellos descendientes que en el momento del fallecimiento del causante se encontraran en situación actual (no posible) de titular un crédito de alimentos contra el causante» (CARRASCO PERERA, *AJA*, 2014, p. 1). Por su parte Cazorla también aboga por la reducción de las legítimas, su sustitución por un derecho de alimentos y la ampliación de las causas de desheredación, aunque no es partidaria de su supresión para evitar el hándicap de un testador caprichoso e injusto (CAZORLA GONZALEZ, *RDP*, 2020, pp. 18 y 19).

³⁰ Nos decantamos por las posturas de reducción -no de supresión- de las legítimas para permitir que sigan reflejando la cohesión en la familia como indica José María Miquel González (opinión recogida en BENAVENTE MORERA, *ADC*, 2023, p. 239) y en la línea de Gomá que es partidario de mantener la legítima de descendientes (GOMÁ LANZÓN, 2019, p. 75). Coincidimos con Bernad en que el hecho de que los legitimarios tengan su vida resuelta no es razón suficiente para excluir la legítima porque esta hunde sus raíces en consideraciones de tipo antropológico, ético, filosófico y de justicia y por su conexión intrínseca con la idea de familia donde la legítima se inserta como un deber familiar (BERNAD MAINAR, *AJI*, 2019, p. 406). Por su parte Mondragón aboga por mantener el sistema actual de legítimas con fundamento en evitar que los cuidadores desaprensivos se aprovechen de las discapacidades del anciano testador para conseguir ser nombrado heredero único y pide el mantenimiento del sistema de legítimas como lo configura en la actualidad el Código civil por mantener el principio de solidaridad familiar de manera más justa y equilibrada (MONDRAGÓN MARTÍN, 2019, pp. 444 y 446 respectivamente). Pereña por su parte considera que a pesar de los cambios sociales no ha desaparecido el fundamento de la legítima de descendientes por lo que hay que hacerlos compatibles con los del cónyuge viudo (PEREÑA VICENTE, *La Ley DF*, 2019, p. 60). Finalmente, Vela Sanchez en un reciente trabajo en el que recoge la postura de un importante sector de la doctrina favorable a suprimir la figura de la legítima, aconsejada por los trascendentales cambios sociales y el aumento de la esperanza de vida, se decanta en nota al pie 15 por la simple actualización del régimen legitimario que no debe ser tan profunda como para suprimirlas al ser un sistema generalmente aceptado y respetado (VELA SANCHEZ, *ADC*, 2023 p. 999).

dientes y ascendientes permitiéndole así beneficiar al cónyuge (o a la pareja) si así lo quiere. Esto último resulta conveniente en el contexto de las sociedades envejecidas, pues como indica Ronchetti, una regulación que priorizara al anciano como sujeto débil, tendería a reducir las restricciones a la libertad de testar que supone la legítima para que pudiera beneficiar al viudo/a mayor³¹, dejándole debidamente atendido en sus necesidades patrimoniales hasta su óbito.

2. RAZONES PARA LA REFORMA DE LA LEGÍTIMA Y EL INTERÉS DEL VIUDO POR PERMANECER EN LA VIVIENDA HABITUAL

El aumento de la esperanza de vida, la necesidad de atención a las personas mayores y su bienestar, la protección de la dignidad del viudo/a y su lugar en la familia deben inclinar la balanza de la reforma del Derecho sucesorio común hacia una mejor atención del supérstite, sobre todo en lo que concierne a su interés por permanecer en la vivienda familiar con preferencia a los herederos. Entre los argumentos pueden citarse los siguientes:

1.º Por razones de dignidad, humanidad y piedad para con el viudo. El que los herederos puedan echarle de la casa tras largos años conviviendo con el causante, cuando es mayor o tiene necesidad o discapacidad resulta una actuación éticamente reprochable, a menos que sea esa la voluntad del causante. El mismo derecho legal de predetracción en el artículo 1321 CC que faculta al viudo hacer suyos los bienes muebles que conforman el ajuar sin computárselo en su haber, con mucho que no se trate propiamente de un derecho hereditario³² ni comprenda todos los muebles (deja fuera los de singular valor) refleja la importancia en las sucesiones de salvaguardar los principios de humanidad y piedad³³. En el caso de la vivienda habitual si partimos de la importancia y especial consideración jurídica que tiene el domicilio conyugal en el normal des-

³¹ RONCHETTI, *Oñati*, 2011, p. 14.

³² Como indica Díaz Alabart el derecho de predetracción no es propiamente un derecho hereditario y por ello no se computa en su haber, ni es una consecuencia de la liquidación del régimen económico matrimonial, son bienes que se extraen previamente de la masa hereditaria (DÍAZ ALABART, 2022, p. 516), entre sus singularidades están que opera por ministerio de la ley (ESPIAU ESPIAU, 2016, p. 764) y que le confiere al cónyuge un poder directo sin necesidad de intermediarios que hará valer frente a cualquiera y que podrá ejercitar aunque haya repudiado la herencia, sea indigno o haya sido justamente desheredado lo que hace que se sustraiga a las dinámicas propias del Derecho sucesorio.

³³ LOPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 2002, p. 319.

envolvimiento de las relaciones matrimoniales (art. 1320 CC)³⁴ lo más coherente sería entender que, respecto del hogar, el viudo tiene un interés prevalente al de los herederos a falta de indicación del testador. La misma función del derecho a la propiedad privada tal y como ha sido configurada por Constitución (la función social, *Vid.* arts. 39.3 y 49 CE) se cumple de forma más atinada si los bienes del fallecido van dirigidos a proteger a quien es más perjudicado por el fallecimiento situando el foco en las obligaciones alimentarias, como indica Roca Trías³⁵.

2.º El principio de solidaridad familiar cuando los herederos son ya adultos inclina la balanza en favor del cónyuge. Un sector doctrinal (*vid.* comentario en nota al pie 30) considera poco razonable que el Derecho sucesorio común siga poniendo el acento en la legítima de descendientes si los herederos ya son personas adultas e independientes pues tal cosa desfigura uno de los objetivos perseguidos por el legislador cuál era la protección de niños y jóvenes³⁶ y responde a un principio sucesorio de continuidad en la vivienda de los familiares o linaje que se entiende hoy en día como anacrónico³⁷. En este sentido, Carrasco Perera opina que la legítima de descendientes tenía un mayor sentido en épocas pretéritas cuando había que atender las necesidades de la prole en momentos históricos en los que la expectativa de vida era baja por lo que sólo deberían tener derechos legitimarios aquellos descendientes que fueran titulares de un crédito de alimentos contra el causante³⁸. Por su parte, el legislador aragonés justifica la reducción de la legítima de descendientes (de tres cuartos en la legislación anterior se pasó a la mitad del patri-

³⁴ Entre las manifestaciones protectoras de la vivienda familiar quizá en sede civil la más relevante sea la exigencia de consentimiento del cónyuge para realizar actos de disposición que afecten al goce de la misma (art. 1320 CC) que se concreta en actos de disposición por los que se priva del uso de la misma por la familia (MARTÍN MELÉNDEZ, *ADC*, 2019, p. 1085). El tribunal Supremo ha llegado a considerar la vivienda familiar a los efectos de la vida matrimonial y de las crisis matrimoniales, separación o divorcio, como un «bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario» (STS 31 diciembre 1994, RJ 1994/10330).

³⁵ ROCA TRÍAS, *AFDUNAM*, 2020, p. 44.

³⁶ Línea seguida en la Exposición de motivos del Libro IV del Código civil de Cataluña que consideran que reducir la legítima de descendientes o la restricción para reclamarla es más ajustado «a la realidad de la sociedad contemporánea que prevalece el interés en procurar formación a los hijos sobre el interés en garantizarles un valor patrimonial cuando faltan los progenitores». (Cataluña: Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro IV del Código civil de Cataluña relativo a las sucesiones DO. Generalitat de Catalunya 17 julio 2008, núm. 5175). Por su parte Vaquer Aloy observó dos fenómenos extraídos de datos estadísticos en 2007: que los herederos reciben su legítima entre 55 y 64 años que es el momento de su mayor riqueza y que el sistema de transmisión de la riqueza se realiza en vida mediante las inversiones en conocimiento y formación por lo que se cuestiona que hoy en día pueda seguir afirmándose que su fundamento está en la solidaridad intergeneracional (VAQUER ALOY, *InDret*, 2007, pp. 10 y 11).

³⁷ FERNÁNDEZ CAMPOS, 2016, p.1079.

³⁸ CARRASCO PERERA, *AJA*, 2014, p. 1.

monio del causante y además se estableció como legítima colectiva) para atender «a las voces procedentes sobre todo de los ambientes urbanos, que demandan mayores posibilidades para favorecer al cónyuge con los bienes que se adquirieron durante el matrimonio, especialmente cuando no son importantes los que a su vez se heredaron y, por otra parte, se costeó en su momento la formación de los hijos y se ayudó sustancialmente a su bienestar económico cuando se independizaron». Se pone el acento en una persona viuda, urbanita y mayor, con hijos independizados beneficiados por la constante ayuda de sus progenitores que ahora pueden ser pospuestos en la sucesión para priorizar la atención al supérstite que se enfrenta a la fase final de su vida. Cabe entender que hoy en día la carga ética que acompaña el Derecho de familia inclina su balanza en favor del cónyuge cuando la siguiente generación tiene sus propios ingresos y no lo necesita, luego el fortalecimiento de los derechos del cónyuge y la reducción de legítimas de descendientes pueden verse como un ajuste normativo adaptado a los tiempos actuales sobre la base de los principios de equidad y de solidaridad familiar.

3.º Por razones de justicia. Si partimos de que el hogar se construye sobre el esfuerzo conjunto de ambos cónyuges lo suyo sería colegir que el viudo es quien más justamente debiera acceder a su propiedad (o a la asignación del uso en su favor) e incluso por razones de sostenibilidad de la vida humana cuando el fallecido haya precisado cuidados. Agrupamos en este bloque valoraciones novedosas que pueden integrarse en sede sucesoria con el objetivo de dar realce a la unidad esponsal llena de recíprocos cuidados y atención mutua durante la última enfermedad sobre todo cuando el fallecido necesitó durante años cuidados y los recibió de su cónyuge, aunque también es predicable de algún otro miembro abnegado de la familia. Así, Pérez Gallardo y Pereira Pérez³⁹ son partidarios de incrementar la cuota del cuidador sobre la del resto de coherederos o atribuirle un bien de importancia como puede ser la vivienda familiar sobre la base de lograr una distribución más justa del patrimonio hereditario. A esta misma conclusión se llega cuando el supérstite se vino dedicando a las tareas domésticas en beneficio del fallecido o realizó una sobreaportación al levantamiento de las cargas familiares que debiera verse justamente compensada a la extinción del régimen de separación de bienes (*Vid* art. 1438 CC)⁴⁰.

³⁹ Gallardo y Pereira proponen incluir una atribución preferencial *ab intestato*, así como incentivos sucesorios para el cuidador (PEREZ GALLARDO y PEREIRA PÉREZ, *RDP*, 2023, p. 14).

⁴⁰ El deber de compensar el trabajo doméstico como contribución a las cargas cuando tuvieren separación de bienes está explícitamente recogido en el artículo 1438 CC debiendo el juez señalar le cuantía de la misma a la extinción del régimen de separación. Se trata de una fórmula que busca paliar el aprovechamiento que uno experimenta a cargo

Todo ello impulsa a la evolución de la institución sucesoria en un escenario de población longeva y a formalizar mejor las consecuencias de haber recibido servicios y cuidados.

4.º Consideramos favorable al viudo la construcción de una teoría del hogar como política pública asociada al derecho a una vivienda digna y a la protección de personas vulnerables que se traduce para las personas de edad no sólo en que puedan permanecer en su hogar según su voluntad y preferencias personales, también el proporcionarles servicios para que ello sea posible, integrándolo dentro del ámbito de responsabilidad del Estado⁴¹. En el ámbito sucesorio civil esta dimensión ha comenzado a incorporarse a través de previsiones protectoras de la persona con discapacidad, nos referimos al derecho legal de habitación sobre la vivienda (art. 822 CC)⁴² que prevalece sobre las legítimas de los coherederos. Sería deseable mejorar esta previsión en relación al viudo/a para evitar su carácter limitado e insuficiente pues no le permite un uso excluyente de la vivienda -algo necesario en aras a preservar su independencia y autonomía- y está condicionado por la acreditación de la discapacidad y la prueba de la necesidad. En este panorama, atender el interés del viudo sobre la vivienda con preferencia a los herederos, sobre todo si es persona mayor, encaja mejor con las exigencias de protección de las personas vulnerables.

del trabajo del otro cuando este se dedicó a la familia. La norma, como señala Villó, pone el acento en el valor que se da al trabajo doméstico en sí mismo, por tanto, no se hace depender de la incidencia o repercusión en los respectivos patrimonios privativos de forma que aunque la autora sea partidaria de que la compensación se funde en el incremento de patrimonio del cónyuge deudor, la norma no exige dicho incremento lo que rompe con la idea de enriquecimiento injustificado y desliga la compensación de la desigualdad de patrimonios (de VILLÓ TRAVÉ, *ADC*, 2024, p.190). En este sentido la Propuesta de Código de Derecho civil de la Asociación de Profesores antes referida, introduce en el régimen de separación de bienes (artículo 265.5 de la Propuesta de CC) un derecho a la compensación por trabajo en el hogar (o colaboración en las actividades económicas del otro cónyuge) de manera que en el momento de extinción del régimen (por separación, divorcio, nulidad o fallecimiento) en nuestro caso el superviviente podrá recibir una compensación (en dinero salvo que se acuerde otra cosa) determinada por razón de la duración e intensidad de la dedicación, los años de convivencia, la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges, así como la ayuda de tercera persona o de servicio doméstico.

⁴¹ ARÉVALO GUTIÉRREZ, 2024, p. 804.

⁴² El derecho de habitación reconocido en el artículo 822.2 CC está diseñado con cierta flexibilidad pues su constitución, a realizar por el beneficiario, se extingue por las mismas causas de extinción del derecho de habitación: la muerte del habitacionista, la expiración del plazo por el que se constituyó el derecho (en su caso), por condición resolutoria, reunión de la habitación la propiedad en una misma persona, renuncia del habitacionista, pérdida total de la cosa, resolución del derecho del constituyente y prescripción (art. 513 CC) y el abuso grave no bastando meros deterioros en la cosa, falta de reparaciones, impago de cantidades o la realización de obras sin consentimiento del propietario, sino de actos de mayor calado como la introducción de un tercero en la casa o la enajenación del derecho (recordemos que es un derecho personalísimo).

II. LA VIVIENDA HABITUAL EN LA MASA POSTGANANCIAL Y EN LA HERENCIA Y SU OCUPACIÓN POR EL VIUDO

La vivienda habitual es un importante activo en las masas ganancial y hereditaria, ejemplos paradigmáticos de patrimonios separados e integrados por universalidades de bienes, derechos de contenido económico y deudas (*universitas iuris*) como una entidad jurídica unitaria. Lo fundamental de estas agrupaciones es su régimen de gestión y administración distinto al del patrimonio personal de cada sujeto (cónyuge, herederos/legatarios) y las particularidades de su liquidación (con la importancia que reviste esta cuestión). Dentro de ellas, la vivienda conyugal es quizás el más valioso de todos los activos agrupados abstractamente y está sujeta al pago de las deudas del causante⁴³. Ya opere sobre todo el bien (titularidad única) o sobre parte del mismo (porque la titularidad sea compartida o plural) el destino de la vivienda vendrá marcado por la voluntad del titular expresada en testamento si lo hubiera o por el régimen sucesorio que corresponda. Es frecuente que el casado introduzca previsiones explícitas testamentarias sobre el hogar garantizándole al viudo su permanencia al menos a título de usufructo y otros beneficios, se trata con todo de deseos del testador que se hallan tensionados por la voluntad de que finalmente vayan sus bienes a sus descendientes o familiares.

1. EN LA MASA POSTGANANCIAL

La muerte produce la disolución del régimen matrimonial y liquidación de gananciales (art. 1392 CC)⁴⁴. La situación del viudo respecto a la vivienda será dispar según su carácter de bien privativo o ganancial, pudiendo darse el caso también de que hubiera sido

⁴³ Sobre la puesta a disposición de los acreedores de la vivienda habitual, los herederos no podrán beneficiarse de las reglas que sobre el particular han emergido recientemente en materia de exoneración de pasivo insatisfecho en la legislación concursal tras las reformas impulsadas por el Derecho europeo que hace posible la exclusión de la embargabilidad de la vivienda habitual en una serie de supuestos (Directiva 2019/1023 de 20 de junio sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones traspuesto en nuestro país por la Ley 16/2022 de 5 de septiembre de reforma del texto refundido de la Ley concursal). CUENA CASAS, 2023.

⁴⁴ El nuevo sistema de liquidación de bienes matrimoniales se aplicará a todos los supuestos en los que exista una masa común de bienes sujeta a las cargas matrimoniales cualquiera que sea el régimen existente, lo que incluye no sólo los gananciales, también otros similares de derecho especial como la sociedad conyugal de conquistas de Navarra, o el régimen de comunidad de bienes de Aragón o la comunicación foral de Vizcaya o el agermanament del derecho de Tortosa (MONTERO AROCA, 2003, p. 162).

adquirida por los cónyuges en régimen de cotitularidad (carácter privativo de las mitades indivisas del inmueble). Si fuere ganancial la liquidación señalará su destino en el reparto del 50% de los bienes, correspondiendo entonces al cónyuge superviviente (total o parcialmente) o a la masa hereditaria en el porcentaje restante, pendiente en todo caso de las actividades particionales.

La categorización concreta de cada bien (privativo o ganancial) nos viene dada por el Código civil que dispone como privativos los adquiridos antes del matrimonio y respecto a los adquiridos después opera la presunción de ganancialidad del artículo 1360 y artículo 1347.3 CC, luego sería privativo cuando quedara acreditado que fue heredado u obtenido por el causante a título gratuito o, si la adquisición fue onerosa, cuando se hizo a cargo de bienes privativos (artículos 1344 a 1410 CC). Podría ocurrir también que se trate de una adquisición mixta en cuyo caso el artículo 1354 CC indica que «los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas». Este principio de subrogación real opera con fuerza para dar seguridad jurídica a la adquisición de la vivienda posterior al matrimonio y aunque se admite trasvase patrimonial de bien ganancial a privativo del cónyuge en cuyo haber queda la vivienda (o la cuota proindiviso de la misma) —por donación, permuta o venta (art. 1323 CC)— debe justificarse siempre la no operatividad del principio de subrogación real (art. 1347.3 CC), por ejemplo acordándose el reembolso al tiempo de la liquidación al que refiere el artículo 1358 CC, lo que no es frecuente.

La vivienda (en su parte ganancial o privativa) pasa a la sociedad postganancial, deferida a los partícipes de la comunidad sucesoria y tendrá un régimen especial de gestión requiriendo los actos de disposición el consentimiento de todos ellos o autorización judicial⁴⁵. Cuando el viudo concurre a la herencia con hijos que son también hijos propios es habitual que ni siquiera llegue a hacerse la división del haber consorcial, como indica López Beltrán de Heredia «el cónyuge no suele tener ningún deseo de repartir con sus hijos lo que considera suyo y muchas veces los bienes de la extinta sociedad de gananciales no se reparten hasta su muerte»⁴⁶. En estos casos coexistirían una comunidad postganancial y una comunidad hereditaria, integrándose aquella en su mitad abstracta dentro de la segunda.

⁴⁵ MONTERO AROCA, 2003, pp. 89 y 91.

⁴⁶ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 2002, p. 58.

Sea como fuere la liquidación de gananciales implicará actuaciones como el inventario y avalúo de bienes, derechos, cargas y obligaciones y el pago o deducción de estas últimas con el caudal inventariado, también serán abonadas las indemnizaciones y reintegros a cada cónyuge cuando el fallecido sea deudor de la sociedad (art. 1403 CC). El neto o remanente, del que formaría parte la vivienda ganancial se dividirá por mitad entre supérstite y los herederos del premuerto (art. 1404 CC), pasando a integrar la masa hereditaria junto a los bienes privativos que hubiere dejado el difunto. Así, la vivienda habitual ganancial pasaría a pertenecer en su mitad al supérstite y en su otra mitad a los herederos del fallecido en régimen de comunidad ordinaria.

En este proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, el Código civil le concede al supérstite un derecho de atribución preferente en su haber de la vivienda donde tuviese la residencia habitual (art. 1406.4 CC), una solución que, como dice Vázquez Iruzubieta, «de seguro echa paz en la conciencia de cualquiera»⁴⁷. Se trata de un derecho potestativo de configuración jurídica que le permite conformar como parte de su lote la vivienda familiar, respecto del cual pudiese pedir que se le atribuya en propiedad o que se constituya a su favor un derecho de uso o habitación (art. 1407 CC) lo que supone una vía importante de accesibilidad a la vivienda en la fase de liquidación de la sociedad de gananciales y evita que los herederos puedan privarle de su uso. Se entiende así que los herederos deberían permitir la permanencia del viudo en la vivienda que constituyó su hogar tras la muerte del cónyuge como algo lógico dentro de las relaciones familiares⁴⁸ si bien como sugiere de *lege ferenda* Cobas Cobiella⁴⁹, para tener título real idóneo que le permita el disfrute de toda la vivienda debería concedérsele en sede sucesoria el usufructo sobre el 50% restante de la vivienda habitual al objeto de que no sea inquietado respecto a la ocupación del hogar.

El referido derecho de atribución preferente se proyecta sobre la vivienda habitual luego no comprende otras casas como las de temporada a menos que el matrimonio soliera residir entre dos viviendas también de forma habitual y entonces el cónyuge atributivo puede elegir aquella que le resulte más adecuada a sus necesidades. La norma (art. 1406 CC) es de aplicación restrictiva, no puede ser invocada cuando la vivienda habitual fuera privativa ni tampoco en los procesos de liquidación derivados de crisis matri-

⁴⁷ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, 2002, p 114.

⁴⁸ Así lo indica la SAP Valencia 15 febrero 2023 (JUR 2023/297490).

⁴⁹ COBAS COBIELLA, 2023, p. 228.

moniales⁵⁰ por tratarse de una regla propia del sistema de gananciales y una excepción al principio particional de igualdad cualitativa entre los lotes (art. 1404, 1410 y 1061 CC), aunque en ocasiones la jurisprudencia lo ha hecho alegando razones de justicia material⁵¹.

En su párrafo final, el artículo 1407 CC resuelve el problema de que resulte de mayor valor el bien que los correlativos de su haber adjudicado pudiendo abonar la diferencia en dinero, lo cual permite reequilibrar el valor del bien o derecho que adquiere con el montante del haber que le correspondiera. Es una facultad que tiene fortaleza y opera incluso cuando existiera un legitimario con discapacidad al que se hubiera realizado donación del derecho habitación del artículo 822.4 CC, en este caso el legitimario podrá seguir usando su derecho de habitación independientemente de que en la partición sea adjudicada en propiedad, uso o habitación la vivienda al viudo porque no impide el ejercicio de la atribución preferente al supérstite consagrada en estos artículos⁵².

2. EN LA HERENCIA

La vivienda que pertenezca al fallecido (en su porción correspondiente según el porcentaje del que fuera titular y resuelta la cuestión de los gananciales o, en caso de separación de bienes, atendiendo a la presunción de comunidad por mitades del artículo 1441 CC) quedará integrada en la herencia en el estado en el que se hallare, con o sin gravámenes o cargas, y estará sujeta al pago de las deudas existentes en el momento del fallecimiento (art. 659

⁵⁰ Sobre este particular Martín Meléndez recoge en nota al pie 6 las diversas posiciones en relación con la atribución preferente de la vivienda a otros supuestos distintos del viudo (MARTÍN MELÉNDEZ, *ADC*, 2019, p. 1062)

⁵¹ Aunque, en efecto, no cabe sostener que dentro del proceso liquidativo de los gananciales en los casos de crisis matrimoniales exista un derecho de atribución preferente de la vivienda familiar en favor del cónyuge al que se le hubiere adjudicado el derecho de uso, goza de cierta preferencia como criterio interpretativo judicial o solución razonable a aplicar en estos casos, ajustándose al interés más necesitado de protección y a fin de evitar conflictos innecesarios salvo que concurren hechos que justifiquen otra solución (SAP Valencia 31 mayo 2005, JUR 2005/2332). En este caso la Audiencia recoge su admisibilidad como criterio razonable de adjudicación por venir regulado en el entonces vigente artículo 78.4 de la Ley 22/2003 concursal que establecía el derecho del cónyuge del concursado a solicitar la disolución de la sociedad ganancial y un derecho de preferencia legal sobre la vivienda familiar a favor del cónyuge no deudor hasta donde alcance su haber. Actualmente esta previsión sigue manteniéndose contenida en el artículo 125.3 del RDL 1/2020 de 5 de mayo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal que indica: «El cónyuge del concursado tendrá derecho a que la vivienda habitual del matrimonio que tuviere carácter ganancial o común se le incluya con preferencia en su haber hasta donde este alcance. Si excediera sólo procederá la adjudicación si abonara al contado el exceso».

⁵² *Vid* en este sentido MARTÍN MELÉNDEZ, *ADC*, 2019, p. 1087.

CC) según el principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 CC. Rubio Garrido considera importante entender que los bienes y deudas de un causante están integrados en una herencia o masa patrimonial unitaria o en distintas masas patrimoniales que actúen separadamente, pues tal cosa permite sujetarlos a procedimientos de liquidación más o menos reglados prescindiendo de la construcción jurídica del heredero⁵³. En el aspecto del pasivo en ocasiones surgen dificultades que sugieren la necesidad de una regulación en el Código más detallada de las deudas hereditarias y de las deudas de la comunidad hereditaria⁵⁴ y se está cuestionando la responsabilidad ilimitada del heredero que acepta tácitamente la herencia sin beneficio de inventario ex artículo 1003 CC o que lo pierde por no ejercitarlo en tiempo y forma ex artículo 1005 CC⁵⁵. Son factores a tener en cuenta a la hora de valorar la materialización de los derechos del viudo sobre el inmueble.

En lo que concierne específicamente a este trabajo analizamos la situación del viudo no propietario respecto de la vivienda habitual durante el proceso sucesorio y en las actividades particionales.

2.1 Durante el proceso sucesorio

La vivienda incluida en la masa hereditaria será deferida a los herederos que adquirirán sobre ella la posesión civilísima sujetándose a su régimen fiscal correspondiente⁵⁶. Durante el tiempo inicial y hasta la adjudicación de los bienes, el viudo seguirá viviendo en la casa al amparo de su condición de legitimario. El carácter

⁵³ RUBIO GARRIDO, 2022.

⁵⁴ A ello se añaden las que acumula el transcurso del tiempo y las diferencias entre la computación de los bienes y deudas en el momento del fallecimiento y los que acaecen con posterioridad. La reforma de 1981 alteró el momento en el que se han de valorar los bienes de cara a la partición, lo que genera nuevos problemas por la falta de correspondencia con el valor de los bienes en el momento de la sucesión. Respecto a los gastos debe diferenciarse entre las deudas hereditarias y las deudas de la comunidad hereditaria. En las primeras son sujetos obligados los herederos en sentido estricto, (que incluirán los herederos universales y los que sean en cosa cierta o aquellos hayan cedido sus cuotas) y las deudas de la comunidad hereditaria, que serán a cargo de los miembros de la comunidad hereditaria (es decir excluyendo pues a los herederos de cosa cierta e incluyendo a los legatarios de parte alícuota).

⁵⁵ La STS 27 junio 2000 (RJ 2000/5909) admitió la impugnación de la aceptación tácita de la herencia por error esencial y excusable como remedio para eludir la responsabilidad ilimitada del heredero por deudas del causante que fueren imprevistas y desconocidas al tiempo de aceptar. La doctrina se muestra favorable a esta solución para evitar que el heredero se haga prisionero de por vida (o casi) de las deudas del causante sin ser siquiera consciente de ello (VIVAS TESÓN, *CCJC*, 2022, p. 112).

⁵⁶ En cuanto que tiene su CIF y tributación en el IVA con sus trimestrales correspondientes, además de que las comunidades de herederos estarán sujetas al régimen de atribución de rentas cuando los bienes produzcan frutos o dividendos (modelo 184).

abstracto de la legítima viudal del artículo 807 CC en relación con el artículo 834 CC proporciona base suficiente para justificar su permanencia en la casa y evitar la apreciación de la situación de precarista. Como indica la SAP Girona, «por su cuota legitimaria el cónyuge viudo tiene un poder de uso y disfrute difuminado en todos y cada uno de los bienes que constituyen el patrimonio del cónyuge causante mientras esta no se concrete en bienes determinados»⁵⁷.

Pero aunque el viudo pueda permanecer en el inmueble durante el proceso sucesorio⁵⁸ no se trata en modo alguno de una posición fuerte. En lo que se refiere a bienes de la herencia, los herederos de cuota o de participación indivisa en cuanto tales no tienen título para el disfrute exclusivo y excluyente de demás⁵⁹. El artículo 394 CC dispone que cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes siempre que las use conforme a su destino y sin impedir a los copartícipes utilizarlas según su derecho, en consonancia con lo cual el TS sostiene que cada coheredero tiene la facultad legal de servirse de las cosas comunes y que el uso de la cosa común por todos ellos es solidario siendo ilegítimo que uno solo de los partícipes excluya el goce o uso de los demás. En algunos casos el Tribunal Supremo resuelve atendiendo a los respectivos derechos en proporción a la cuota de cada uno, como en la STS núm. 700/2015 de 9 de diciembre⁶⁰, en la que aplica un reparto por turnos del uso de la vivienda y fija los días que corresponden a cada uno en atención a la cuota de propiedad. Podría llegarse a falta de acuerdo con los coherederos, al ejercicio por estos de la acción de desahucio por precario contra el viudo que posea en exclusiva la vivienda cuando el título de ocupación fuere menor⁶¹.

⁵⁷ SAP Girona 4 febrero 1998 (AC 1998/262). Nótese que la Audiencia extrae esta conclusión no sólo de las peculiaridades del derecho especial catalán sino también la aplica como consecuencias del artículo 807 CC en relación con el artículo 834 que reconoce al cónyuge viudo el derecho al usufructo del tercio de mejora si concurre con hijos o descendientes, consideraciones que traemos a nuestro análisis del derecho civil común.

⁵⁸ El supérstite podrá beneficiarse de las obligaciones de cuidado que los herederos tienen del caudal relicto y dentro de este de la vivienda familiar, por tanto, ciertos gastos serán atendidos por la comunidad hereditaria como los fijos de agua, gas, luz, comunidad, impuestos, etc., que seguirán abonándose desde las cuentas bancarias de la persona difunta si estuvieran domiciliados.

⁵⁹ Al respecto SAP Zamora 3 diciembre 2013 (JUR 2013/9351) cita oportunamente la STS 8 mayo 2008 (RJ 2008/2964), según la cual no se admiten los actos particulares de los comuneros sin asentimiento de los demás salvo que la actuación redunde en claro provecho de la comunidad, pues «la utilización de la finca por uno solo de los partícipes en la comunidad hereditaria, excluyendo el goce o uso de los demás es ilegítimo», y añade posteriormente que tal uso una vez finalizado el título por el que inicialmente se poseía, tiene la consideración de precario.

⁶⁰ STS 9 diciembre 2015 (RJ 2015/5895).

⁶¹ La doctrina del Tribunal Supremo sobre el precario en comunidades hereditarias parte de que cada coheredero tiene la facultad de servirse de las cosas comunes y que es ilegítima la utilización de la finca por uno solo de los partícipes en la comunidad hereditaria.

2.2 La vivienda habitual en las actividades particionales y su lectura fiscal

En la fase de partición de los bienes el viudo no cuenta con facultad para avocarse la vivienda habitual en propiedad ni tampoco puede concretar su cuota usufructuaria sobre la misma a menos que así lo hubiera dispuesto el testador. A falta de previsión testamentaria, el interés del viudo sobre la vivienda quedaría totalmente frustrado si los herederos deciden conmutar los derechos sucesorios del cónyuge por alguno de los tres medios de satisfacción de la legítima recogidos en el artículo 839 CC (renta vitalicia, productos de determinados bienes o capital en efectivo) procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial, sin que pueda el viudo/a elegir por sí mismo el medio sustitutivo del usufructo como pago a la legítima ni vetar el medio elegido por los herederos⁶². Desde una perspectiva vital lo que en el Código aparece como excepción (la conmutación) se ha convertido en la práctica en la regla general como solución preferida por los herederos para evitar la desmembración entre propiedad y usufructo de ahí que el usufructo sea habitualmente reemplazado⁶³.

Cuando el cónyuge tuviere asignado vía testamento el usufructo sobre la vivienda (ya sea universal con cautela sociniana o un derecho específico sobre la vivienda) y los herederos no pudieran imponer la conmutación suelen estos avenirse sin problema a adjudicarle al viudo la propiedad (si este lo pide y puede pagar el exce-

ria. La antes referida STS de 8 de mayo de 2008 (RJ 2008/2964) indica textualmente «si algún heredero hace uso exclusivo de algún bien, al no tener título que ampare su posesión, se coloca como precarista siendo viable la acción ejercitada, más esa concepción en modo alguno puede comportar la inexistencia del derecho a coposeer como lógica emanación del derecho de propiedad, no encontrándonos, ante una posesión sin título, sino ante un posible abuso en el ejercicio del derecho, exceso que queda determinado por el uso en exclusiva de un concreto bien, necesariamente comporta el implícito derecho a poseer en cuestión por parte de los coherederos». La STS núm. 691/2020 de 21 de diciembre (RJ 2020/5037) aplicó la referida doctrina jurisprudencial sobre desahucio por precario a coherederos durante el periodo de indivisión que precede a la partición hereditaria para resolver un caso complejo de cotitularidad postganancial entre la primera esposa y la comunidad hereditaria de la que la segunda esposa y viuda era usufructuaria universal, en este estadio caracterizado por la falta de liquidación y en la que los cónyuges tienen una cuota indivisa en cuanto que estamos ante un patrimonio separado colectivo únicamente cuando concluyan las operaciones de liquidación esa cuota sobre la masa será sustituida por la titularidad singular concreta que corresponda a cada uno de los ex cónyuges o sus herederos por lo que resulta viable el precario entre coherederos, se trata de una acción a ejercitar en provecho de la comunidad pues de lo contrario el demandante incurriría en la misma posesión exclusiva bastando con que redunde en beneficio y provecho de la misma por tanto se condena a la demandada (viuda) a dejar libre y expedita la vivienda con apercibimiento de lanzamiento, vivienda que tampoco podrá ser ocupada por la demandante pretendiendo el uso exclusivo y excluyente que quiso evitar (FJ 3. 15).

⁶² FERNANDEZ CAMPOS, 2016, pp.1107 y 1108.

⁶³ MASIDE MIRANDA, 1989, p. 213.

so). No tendrían alternativa mejor si no quieren soportar el mantenimiento del usufructo ya que la opción de venderle a un tercero su nuda propiedad resulta poco atractiva económicamente dados los bajos precios que ofrecen las empresas del sector en relación al valor global del inmueble, como veremos más adelante. En este caso, se procedería a conmutar de mutuo acuerdo los derechos del viudo por la adjudicación en propiedad de la vivienda habitual, eligiendo la opción del «capital efectivo» (art. 839 CC) expresión esta que si bien viene en principio referida a la entrega de una cantidad o suma monetaria se admite que pueda operar atribuyéndole al viudo en pleno dominio la vivienda habitual, eso sí, se requiere para ello que los herederos sean mayores de edad, obren en interés propio y tengan la libre administración de sus bienes y derechos conforme al artículo 1058 CC (y también en el caso extraordinario de que todos los bienes o en su mayor parte fueren improductivos como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1962)⁶⁴.

La adjudicación en propiedad plena al viudo de la vivienda habitual arroja paz en las relaciones familiares sobre todo cuando los herederos fueran hijos o parientes sólo del fallecido. Debe desaconsejarse la vía de la cotitularidad de la finca por ser algo poco deseable tanto para el viudo como para los herederos⁶⁵ a no ser que el cónyuge tuviera además el usufructo sobre la finca, en cuyo caso tendría título real para permanecer en la casa de forma excluyente. Si no lo tuviera, las desavenencias podrían desembocar o bien en la venta del proindiviso o cuota (art. 399 CC) o en el ejercicio por cualquiera de los comuneros por la *actio communi dividundo* (art. 400. 1 CC) a cuya división judicial se aplican las reglas concernientes a la división de la herencia (art. 406 CC). Nótese como la solución que el Código da a la división de la cosa común es precisamente la adjudicación a uno de los condueños indemnizando a los demás, pero también dispone que, si no hay consenso, se venda y se repartan el precio (art. 404 CC), bastando con que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta y con admisión de licitadores externos. Esta solución a la postre conllevaría que el viudo tuviera que abandonar el hogar de ahí que, si quiere evitarse este efecto, sea preciso completar su título dominical parcial con el usufructo sobre la cuota de vivienda que no le perteneciere.

⁶⁴ STS de 28 de junio de 1962 (RJ 1962/3094).

⁶⁵ Entre los gastos que deberán soportar los herederos se encuentran básicamente los gastos de comunidad y respecto al pago de impuestos, el IBI tendrá como sujeto pasivo a los copropietarios, a menos que el viudo tenga el derecho del usufructo, en cuyo caso corresponderá a este. (Art. 61 RD Ley 2/2004, de 5 de marzo, reguladora de las Haciendas locales).

Si no hubiere previsión testamentaria al respecto, la concreción del usufructo legal del cónyuge sobre la vivienda habitual corresponde a los herederos. En este punto, aunque se requiera el consentimiento del viudo/a⁶⁶ –pues la facultad de conmutación de los herederos no se configura como un derecho puramente potestativo de estos– cuando no haya mutuo acuerdo la voluntad del superviviente puede ser suplida por decisión judicial lo que impide a la legítima viudal ser una base jurídica fuerte para conservar en su poder la vivienda tras las actuaciones particionales. Las facultades de conmutación de que gozan los herederos hacen que el usufructo legitimario del cónyuge sea «disolvente y raquíptico» y de lugar a que la protección del superviviente quede atendida de forma aislada e incompleta como indica Maside quien se inclina de forma razonable por ampliar las facultades del cónyuge según convenga a sus intereses⁶⁷.

Sea como fuere, el viudo puede negociar con los herederos la adjudicación del inmueble en propiedad ofreciéndose a pagar el exceso con dinero extrahereditario⁶⁸. Las bases de dicha negociación comienzan por la fijación del valor capitalizado de los derechos del viudo⁶⁹ y del valor de tasación del inmueble, calculándose la diferencia entre este último (minuyendo) y el primero (sustraendo) para determinar lo que deba pagar el viudo con su patrimonio (el exceso). Para la fijación del valor de los derechos que tiene el viudo en usufructo se suelen aplicar las pautas fijadas por el Impuesto de sucesiones (IS), algo generalmente aceptado, lo que no impide emplear otros criterios que se consideren más ajustados a la justicia y circunstancias del caso. Si se aplican los bare-

⁶⁶ *Vid* al respecto la RDGRN de 3 de febrero de 1997 (RJ 1997/853). Se entiende que este consentimiento no opera sobre la facultad en sí, que corresponden a los herederos, ni sobre la modalidad (lo cual es discutido por la doctrina) sino sobre la valoración de su derecho y la concreción de los bienes afectos a su pago, siendo admisible el recurso a la autoridad judicial instando la revisión de la forma específica de pago realizada por el heredero cuando «el modo de satisfacción postulado por el heredero mediante el ejercicio de la facultad de conmutación hiciera ilusorio el derecho del cónyuge superviviente» (SAP Madrid 30 septiembre 2019, JUR 2019/309119). Cuando no haya acuerdo y se realizara por mandato judicial valdrá el que determine la sentencia de instancia (STS de 4 de octubre de 2001, RJ 2001/7542 y SAP Ciudad Real de 22 de febrero de 2007, JUR 2007/265414).

⁶⁷ MASIDE MIRANDA, 1989, pp. 133 y 135.

⁶⁸ Los artículos 821, 829, 1056.2 y 1062.1 CC permiten en concreto: la reducción de un legado consistente en una finca que no admita cómoda división, el señalamiento de la mejora en cosa determinada cuyo valor exceda del tercio de mejora, la realización de la partición de los bienes por el propio testador que quiera preservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad de capital y la adjudicación a uno de los causahabientes de una cosa hereditaria indivisible o que desmerezca.

⁶⁹ Un valor de capitalización de los derechos viudales pequeño, como ocurre con los derechos a título de usufructo sobre todo si es una persona mayor, impide la viabilidad económica de facto de esta opción de ahí que convenga que la participación del viudo en la herencia no sea particularmente pobre para que la diferencia entre ambos (el sobreexceso) sea una cantidad asumible.

mos del IS el porcentaje del valor del inmueble que corresponde a las nudas propiedades de los herederos puede ser muy alto, el 90% del precio del inmueble si el viudo tiene ochenta o más años⁷⁰. Ahora bien, si contemplamos esta operación no desde la perspectiva del valor del usufructo sino del valor de las nudas propiedades el resultado cambia considerablemente pues tienen un valor de mercado sustantivamente inferior⁷¹. En esta tesitura ¿no sería más justo que el cálculo del diferencial se hiciera utilizando el valor de mercado de la nuda propiedad? El Código no entra en ello, pero por supuesto son factores que deben valorarse en la negociación cuando los herederos quieran desprenderse del inmueble ahora bien no entendemos adecuado imponer normativamente este criterio de valoración porque podría desincentivar el acuerdo que es en claro interés del viudo/a y porque podría conducir a la especulación si el viudo tras adjudicarse la vivienda «a buen precio» la vendiera enseguida.

Finalizamos este epígrafe aludiendo al magnífico tratamiento fiscal que recibe la adjudicación al viudo de la vivienda habitual. No creo que sea inoportuno indicar someramente, aunque ello suponga salirnos de la materia civil, el apoyo del legislador en forma de exenciones, reducciones y bonificaciones en los impuestos de sucesiones, transmisiones patrimoniales, e incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana:

a) La Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones en su artículo 20.2, c (sobre reducciones) aplica a la adquisición de la vivienda habitual del causante por el cónyuge (entre otros) la reducción del 95% del valor de la vivienda con el límite de 122.606,47 euros si bien tiene un condicionante, que este la mantenga en su patrimonio durante al menos 10 años (salvo fallecimiento). Puede advertirse como la reducción está ligada a la permanencia y por tanto va vinculada a la satisfacción de sus necesi-

⁷⁰ Vid cómputo del valor del usufructo vitalicio en artículo 26, a, 2.º Ley 29/1987 de 18 de diciembre, del Impuesto de Sucesiones y donaciones (BOE núm. 303, de 19 de diciembre).

⁷¹ No es cuestión de entrar con detalle en este asunto, pero debe advertirse la posición económicamente desfavorable que tienen los herederos a la hora de transmitir su nuda propiedad, cuando no quieren esperar al fallecimiento del usufructuario. Aunque el valor de sus derechos sobre el inmueble en términos contables y fiscales expresado en porcentajes sobre el valor de la casa sea alto (según la edad del usufructuario podría llegar al 90% del valor de tasación de la casa si el viudo tuviera más de ochenta años), las entidades compradoras calcularían el precio de la nuda propiedad conforme a factores fluctuantes (estimación de la evolución de los precios de la vivienda en los próximos años, estimación del estado de conservación de la vivienda cuando se extinga el usufructo, estimación de los impuestos y derramas, esperanza de vida del usufructuario...) y a ello ha de añadirse sus legítimas ganancias lo que nos da unos importantes factores de minusvaloración del valor real de sus derechos.

dades de habitación. Si además el viudo acusara discapacidad se beneficiaría de otras importantes reducciones según su minusvalía, grado de discapacidad o dependencia. Estas previsiones se aplicarán con carácter supletorio a falta de regulación propia de la Comunidad Autónoma que también suelen recoger similares reducciones.

b) En cuanto a las transferencias dinerarias correspondientes a los excesos de adjudicación dados por el cónyuge (o los herederos), aunque en principio tributan en el Impuesto de transmisiones patrimoniales (art. 27.3 LISD) podrán beneficiarse de la excepción contenida en el artículo 7.2.b) RDL 1/1993, de 24 de septiembre (LITPyAJD) según la cual no se considerará transmisión patrimonial a los efectos del impuesto cuando se trate de excesos de adjudicación declarados que surjan para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 821, 829, 1056.2 y 1062.1 CC (art. 27.3 LISD), lo que beneficia al cónyuge respecto al exceso que pagó por la adquisición de la vivienda habitual.

c) Respecto al impuesto de incremento del valor de los terrenos (plusvalía municipal) las Ordenanzas fiscales recogen importantes bonificaciones ligadas a la transmisión mortis causa de la vivienda habitual. Mencionamos a título meramente ejemplificativo las Ordenanzas fiscales de los Ayuntamientos de Madrid y de Barcelona: En Madrid la Ordenanza fiscal reguladora de este impuesto, de 6 de octubre de 1989 recoge en su artículo 18 una bonificación cuando el incremento del valor se manifiesta por causa de muerte respecto de la transmisión de la vivienda habitual del causante o la constitución de un derecho real de goce limitativo de dominio sobre los referidos bienes en favor de descendientes, ascendientes y del cónyuge, bonificándose el 95% si el valor catastral del suelo es inferior o igual a 60.000 euros y se recogen otros porcentajes reductores siendo el menos beneficioso el 40% si el valor catastral del suelo es superior a 138.000€. Por su parte el artículo 9 de la Ordenanza de Barcelona establece un 95% de bonificación en la cuota en las transmisiones mortis causa referidas a la vivienda habitual de la persona causante cuando las personas adquirentes sean el cónyuge, los descendientes y los ascendientes. Son algunos ejemplos que denotan la singular protección de la vivienda habitual por la gran reducción que se opera en este impuesto, claramente favorecedor de que el adjudicatario pueda residir, o continuar residiendo, en su hogar.

Añadimos dos últimas consideraciones en el ámbito fiscal, la primera que los bienes heredados que ya tributan por los impues-

tos anteriores no están sujetos al IRPF⁷² ahora bien se deberá hacer constar en la declaración (marcando la casilla correspondiente) que el inmueble adquirido es aprovechado como vivienda habitual para que si tiene otros inmuebles a su disposición le quede mejor ajustada la imputación de rentas inmobiliarias (art. 85.1 Ley IRPF⁷³), la segunda concierne a la necesidad de guardar convenientemente los justificantes de los gastos en los que ha incurrido (tales son los gastos de notaría, gestión, Registro de Propiedad, impuesto de sucesiones, plusvalía)⁷⁴ a los que se podrá sumar el capital aportado, para el cálculo del precio de adquisición de cara a la tributación de las futuras transmisiones del inmueble. La protección fiscal de la tercera edad añade interesantes previsiones como la exención de las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de la vivienda habitual por mayores de 65 años o por personas en situación de dependencia severa o gran dependencia (art. 33.4.b Ley IRPF) así como las cantidades obtenidas por renta vitalicia. Son factores que manifiestan sobradamente la idoneidad de la adjudicación del inmueble al superviviente en la fase particional.

III. SOLUCIONES TESTAMENTARIAS PARA LA MEJORA DE LA POSICIÓN DEL VIUDO EN LA HERENCIA

Vista la situación legal del cónyuge viudo respecto a la vivienda propiedad del consorte resulta altamente conveniente que este teste en su favor si quiere evitar que pueda ser echado de la casa por los herederos. Normalmente el casado, sobre todo el más empoderado, suele cuidar testamentariamente a su viudo/a dejándole cubierto a cargo de sus bienes, disponiendo en su favor o bien el usufructo universal o un usufructo enriquecido con legado sobre la casa (usufructo o habitación del establecido en el art. 524.2 CC⁷⁵) con/sin

⁷² La Ley del Impuesto de la Renta de las Personas físicas declara exentas del impuesto las ganancias que se pongan de manifiesto con ocasión de ciertas transmisiones de la vivienda habitual (ej. por mayor de 65 años o personas en situación de dependencia severa o realizadas por dación en pago o en ejecuciones hipotecarias) artículo 33.4 y en el artículo 38.1 permite excluir de gravamen las ganancias patrimoniales obtenidas por la transmisión de la vivienda habitual cuando el importe se reinvierta en la adquisición de una nueva vivienda habitual aunque fue suprimido desde el 1 de enero de 2013 por artículo 1.6 de la Ley 16/2012 de 27 de diciembre. (Vid Ley 35/2006 de 28 de noviembre, BOE 29 noviembre 2006).

⁷³ Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE núm. 285 de 29 de noviembre).

⁷⁴ Como resulta de la Consulta DGT núm. 1477/03 (JUR 2004/ 9532).

⁷⁵ Puede apreciarse en SAP Madrid 30 septiembre 2019 (JUR 2019/309119).

una renta vitalicia, pudiendo darse casos en los que opta por dejarle la titularidad dominical sobre la vivienda respetando las legítimas⁷⁶. Completan el panorama de las disposiciones testamentarias en favor del cónyuge las formulaciones basadas en la confianza que bien por su habitualidad, bien por su contenido, ofrecen títulos fuertes que aseguran la permanencia del supérstite en el hogar: el usufructo con poder de disposición, las sustituciones fideicomisarias, principalmente de residuo, y la fiducia sucesoria. Se incluyen algunas valoraciones.

1. EL USUFRUCTO UNIVERSAL CON CAUTELA SOCINIANA

El usufructo universal y vitalicio en favor del viudo/a constituye hoy en día una de las previsiones más habituales en los testamentos de personas casadas y con hijos comunes (no se admite en el caso de ascendientes según la opinión de algunos autores)⁷⁷. Con el usufructo universal vitalicio se mantiene indiviso el patrimonio familiar hasta el fallecimiento de ambos cónyuges y se fortalece la autoridad del supérstite sobre la prole y debe disponerse de forma clara en el testamento⁷⁸. Esta fórmula equilibra dos

⁷⁶ Partimos del presupuesto habitual de que la voluntad del fallecido es dejar herederos a sus hijos y respetar el sistema de legítimas, podría ocurrir, sin embargo, que el testador quisiera dejar los bienes a una persona en concreto, sea un legítimo hijo, el cónyuge o un tercero, en este caso tendría las manos atadas por tropezar necesariamente con las legítimas, no pudiendo desheredar al hijo indeseable sino por las causas tasadas y exponiendo a los herederos a una reclamación judicial a su fallecimiento para verificar la causa para desheredar. Para evitarlo los notarios recomiendan que el testador le deje al hijo indeseable su legítima estricta y nombre a los demás herederos universales. Otros recursos como el contrato de alimentos o de vitalicio (que se concluya con hijo que le cuida o un tercero) permiten sortear el escollo de la desheredación pues el carácter oneroso de este contrato evita que se considere una donación y pueda ser atacada por inoficiosa o tenida por donación encubierta colacionable, de manera que, como indica Vela, los bienes transmitidos o los derechos constituidos por esta vía no formarían parte del caudal relicto no quedando afectas al cálculo de las legítimas (VELA, *ADC*, 2023, p. 997). Esta solución lamentablemente no encaja con el supuesto del cónyuge al estar los cuidados, atenciones y servicios ya incluidos en la relación jurídica matrimonial como deberes legales (art. 68 CC) por lo que no cabría otorgar un contrato de vitalicio en este sentido. La STS de 18 de enero de 2001 (RJ 2001/1319) consideró el caso especial de la supervivencia de un contrato vitalicio concluido por una mujer que posteriormente llegó a contraer matrimonio con el cedente ya viudo, entendiéndose que el hecho de casarse no extingue la obligación de cuidados y servicios que puede renacer en su aplicación en todo caso de crisis matrimonial y poniendo el énfasis en el alea del contrato derivado de desconocer su duración, desde luego no es el caso habitual de quienes ya están unidos por matrimonio.

⁷⁷ Así se pronuncian Hernández Ibáñez y Núñez Muñiz que consideran no admisible el usufructo universal cuando el viudo o viuda concurren con ascendientes pues en tal caso estos nunca podrían disfrutar la herencia, que perciben en nuda propiedad y vinculada a la vida de una persona más joven (HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, 2013, pp. 1385 y ss. y NÚÑEZ MUÑIZ, *RCDI*, 2015, p. 439).

⁷⁸ Puede acaecer que el testador designe al cónyuge como heredero vitalicio, se trata de una fórmula poco clara que genera la incertidumbre sobre si el usufructo se proyecta sobre la totalidad del caudal relicto o exclusivamente sobre el tercio de libre disposición.

deseos: 1.º dejar empoderado a su cónyuge y permitirle el goce y disfrute de sus bienes hasta su fallecimiento y, 2.º a la muerte de este, transmitir la propiedad del bien a sus propios hijos o familiares evitando que se desvíe hacia los familiares del consorte.

Los contornos jurídicos del usufructo universal conservativo vienen dados por las siguientes notas tomadas de Garrido de Palma⁷⁹: 1.º Tiene la naturaleza jurídica de manda o legado y debe verificarse como tal lo que significa que el cónyuge no es instituido como heredero y no responde por las deudas hereditarias. 2.º Es amplio y se proyecta sobre todos los bienes, lógicamente se tratará de los bienes que obran en la herencia, pero subyace en este tipo de usufructo la idea de que la propiedad de los bienes familiares pase limpia a los hijos y 3. Va dirigido a la conservación del patrimonio evitando la partición o división y obedece a los planteamientos conservadores de perpetuación de la estructura familiar tras la muerte del paterfamilias.

La finalidad conservativa queda a veces explícita en algunas prohibiciones testamentarias como la de no verificar la partición mientras viva el cónyuge (con las particularidades y excepciones indicadas en el art. 1051 CC) o la prohibición de disposición del usufructo (enajenarlo o hipotecarlo). Respecto a las prohibiciones de realizar la partición, el artículo citado permite la petición de división de la herencia mediante alguna de las causas por las que se extingue la sociedad⁸⁰ si bien la actual regulación procesal amplía las posibilidades por las que un coheredero o legatario de parte alícuota pueda ser obligado a permanecer en indivisión (art. 782.1 LEC)⁸¹. En cuanto a la segunda, la prohibición de enajenar, nada impide que pueda producirse una renuncia del usufructo una vez adquirido ya sea total o parcial al objeto de que algún bien quede libre y pueda ser enajenado.

La conciliación del usufructo universal con las legítimas se realiza por el mismo artículo 813, 2 CC que deja a salvo lo dispuesto «en cuanto al usufructo de viudo». La jurisprudencia civil ha admitido que se pueda excepcionar la intangibilidad de las legítimas por esta vía no obstante el heredero forzoso siempre podrá reclamar su legítima (acción de complemento de la legítima) cuando el testador

⁷⁹ GARRIDO DE PALMA, 1973, pp. 488 a 491.

⁸⁰ Se trata con ello de una remisión a los artículos 1700 a 1708 y 1965 CC.

⁸¹ El artículo 842 LEC regula el inicio del procedimiento para pedir la división de la herencia, para el cual está legitimado cualquier coheredero o legatario de parte alícuota siempre que aquella no deba efectuarla un contador o partidor que el testador haya designado, por acuerdo entre coherederos o por Letrado de la Administración de Justicia o el Notario.

no la hubiera respetado⁸², en estos casos, si la manda consiste en un usufructo (o renta vitalicia) cuyo valor sea superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador (art. 820.3 CC). Para fortalecer el mantenimiento del usufructo universal es habitual acompañarlo de la cláusula sociniana⁸³ la cual opera como una condición necesaria al heredero forzoso de forma que si se opone al usufructo universal verá reducida la herencia a tan sólo la legítima estricta. Se advierte así que el usufructo universal es para los herederos una carga (modus) querida por el testador y que afecta a la asignación de derechos sucesorios en la parte que excede de la legítima porque si se avienen a respetarlo recibirían una porción mayor. Se entiende, pues que la cautela socini no coacciona la libre decisión del legitimario que siempre puede optar por recibir en plena propiedad su legítima estricta. Esta figura que tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias⁸⁴ consideran viable se asienta indirectamente en el artículo 820.3 CC, convendría por tanto y dada su importancia en la práctica testamentaria que se le diera una mejor fundamentación legal con objeto de no dejarlo todo a la interpretación de la voluntad del testador y despejar algunas incógnitas como propone la doctrina o hacen las Compilaciones catalana y balear⁸⁵.

El usufructo universal vitalicio (con o sin cautela sociniana) no solo ofrece un título jurídico fuerte para garantizar la permanencia

⁸² La acción procesal se dirigirá primero contra los coherederos y si no bastaren los bienes de estos para cubrirlos se dirigirá contra los legatarios e incluso contra los donatarios en orden inverso a su fecha cuando fuere preciso.

⁸³ También llamada galdense o de Socino es una cláusula testamentaria por la que el testador pasa por encima de la prohibición de imponer gravámenes sobre la legítima dejando al legitimario la facultad de aceptar las condiciones en las que se le impone la sucesión o rechazarla optando por la aplicación de la legítima estricta, como dice Fuenmayor, se trata de una invitación del causante al legitimario dirigida al libre sometimiento del segundo respecto a la voluntad del primero. (FUENMAYOR AMADEO, *ADC*, 1948, p. 67).

⁸⁴ En este sentido MONDRAGÓN MARTÍN, 2019, p. 225. *Vid* también SAP A Coruña (Sección 5.ª) núm. 484/2016 de 30 de diciembre (AC 2017/184) y STS 27 de mayo de 2010 (RJ 2010/5158). El TS en sentencia núm. 254/2014, de 3 de septiembre (RJ 2014/4795) declara que la cautela socini no es un fraude de ley que imponga una condición ilícita (coacción) o gravamen directo sobre la legítima pues se alcance se proyecta como un derecho de opción o facultad alternativa sujeta a su libre decisión y que ejercerá según sus intereses. La cautela socini incorpora una prohibición al heredero, pero no excluye cualquier tipo de intervención judicial, sólo cuando haya contenido impugnatorio que se afecte a lo dispuesto testamentariamente (STS 21 abril 2014, RJ 2015/1913).

⁸⁵ (REAL PEREZ, 1988, p. 35). En lo que concierne a la Compilación Baleares que admite la donación universal de bienes presentes y futuros, cuando esta se realiza en favor del cónyuge o pareja del donante (sucesión contractual en las islas de Mallorca y Menorca) podrá ser revocada unilateralmente sin consentimiento del donante (revocación unilateral) si hubiera divorcio, separación legal o nulidad de matrimonio o en el caso de ruptura de la convivencia con su cancelación en el registro podrá ser revocado unilateralmente.

del cónyuge en el hogar, también le permite disfrutar de los demás bienes de la herencia y acceder a los rendimientos de todos sus activos sin que los herederos tengan facultad para conmutarlo a diferencia de lo que sería si el cónyuge tuviera sólo la cuota legítima sobre el tercio de mejora (art. 839 CC)⁸⁶, igualmente la titularidad del usufructo le legitima para ejercitar el desahucio contra los herederos que ocupen indebidamente el inmueble⁸⁷ y, en cualquier caso, de cara a la posible conmutación le otorga una fuerte posición negociadora aumentando el valor capitalizado de sus derechos sucesorios. El usufructo universal se proyecta sobre todos los bienes del causante⁸⁸ (menos los legados) y permite que el viudo/a tenga la posesión de los bienes hereditarios por sí mismo (cosa que no es propia del legatario)⁸⁹.

Por otra parte, esta figura entraña dificultades prácticas tanto para los herederos como para el viudo. Tiene el inconveniente de disgregar la propiedad del uso y los ahora propietarios tendrán que asumir como nudos propietarios los gastos que les correspondan (ej. gastos extraordinarios de comunidad, reparaciones necesarias en la vivienda) por lo que no es de extrañar que en la práctica les resulte penoso sobre todo si no son hijos también del viudo/a y que prefieran conmutar el usufructo por su valor económico o se aven-

⁸⁶ Se entiende que el usufructo universal es un legado de cosa cierta y específica regulado en los artículos 882 y 886 CC por tanto las normas sobre conmutación del usufructo viudal no afectan al legado de usufructo universal vitalicio y el heredero sólo cumple cuando entrega dicho usufructo, lo que también le veda la posibilidad de conmutar la parte de usufructo legítimo viudal como indica la STSJ Illes Balears, 6 de mayo 2013 (RJ 2013/5760).

⁸⁷ El Tribunal Supremo considera que el instituido legatario de usufructo universal de la herencia tiene legitimación no solo para actuar en beneficio de la comunidad hereditaria sino también para ejercitar la acción de desahucio por precario frente a los instituidos herederos, hijos del causante, por la inalterabilidad del *ius delationis* como razón informadora del derecho hereditario ya plenamente delimitado y concretado en el curso del fenómeno sucesorio con independencia de los derechos de los demás herederos en situación de indivisión y su posterior determinación de titularidades concretas sobre bienes determinados (STS 20 enero 2014. FJ 3.º RJ 2014/2229). La solución dada a este caso ha sido criticada por la doctrina por vulnerar el artículo 813 CC por el cual el testador no puede privar a los herederos de su legítima sino en los casos tasados por la ley ni imponerle gravámenes ni condiciones ni sustitución salvo el caso del legatario con discapacidad pues cuando el usufructo universal con cautela socini se concede al viudo (y no a un heredero) esta no tiene facultad electiva y su elección no tiene por qué ser aceptada por el demandante (*Vid* reglas de conmutación del art. 820.3 CC), siendo además el tercio de nuda propiedad es un título más fuerte que el tercio en usufructo. (NÚÑEZ MUÑOZ, *RCDI*, 2015, p. 444).

⁸⁸ ALVAREZ LATA, 2009, p. 1.

⁸⁹ Sobre esta cuestión el Código no es favorable a concederle al viudo la posesión directa sobre los bienes respecto de los que tiene una cuota legal en usufructo, no obstante, es recomendable que se le reconozca en lo que concierne a la vivienda habitual como apuntamos en este trabajo. Los usufructos viudales regulados por los derechos forales, resuelven mejor esta cuestión precisamente por concederlos sobre una masa patrimonial en conjunto (usufructo universal por defecto) como acaece en el aragonés según disponía el antiguo artículo 79 de la Compilación aragonesa y actualmente hace el artículo 283.4 del Código foral aragonés, evitando las discusiones sobre la idoneidad del título de ocupación en exclusiva de la vivienda.

gan más fácilmente a acordar la adjudicación en propiedad de la vivienda al viudo como vimos en el epígrafe relativo a las actividades particionales de la herencia. Serían posibles también otras soluciones como la venta de la nuda propiedad o incluso la renuncia a la herencia por parte del/los heredero/s en cuyo caso quedaría vacante la institución testamentaria del heredero (que no revierte con carácter automático al viudo/a por carecer de título de sucesión en pleno dominio de la totalidad de los bienes) lo que obligaría a tramitar la declaración de herederos abintestato⁹⁰.

Desde la perspectiva del viudo, el usufructo universal conservativo tiene el inconveniente de la gestión de los bienes y el deber de mantener incólume el patrimonio para transmitirlo, por tanto no podrá vender los bienes para atender necesidades económicas sobrevenidas, lo que le impide el acceso a ciertos recursos patrimoniales hoy emergentes como la hipoteca inversa o a la transmisión de la nuda propiedad conservando el usufructo. Sería deseable, como explicita el Código foral aragonés, que se incorporen previsiones relativas al usufructo de dinero, constituyéndose con el carácter de consumible, a modo de cuasiusufructo, que le permita al viudo disponer del capital con obligación de restituir su valor nominal con los intereses legales, debiendo reintegrar su valor actualizado⁹¹. Gestionar un usufructo universal puede resultar complejo y presentar disfunciones, como señala la EM V del Libro IV del Código civil catalán, y por ello precisamente esta norma concede al viudo la facultad de conmutar el usufructo universal por el usufructo de la vivienda si pertenecía al difunto y una cuarta parte alícuota de la herencia descontado el valor del usufructo que podrá ejercitar durante el año siguiente a la apertura de la sucesión entendiendo que ello «mejora sensiblemente la posición de este en la sucesión intestada». Si la persona es mayor podría resultarle más conveniente transformarlo en renta vitalicia conservando el usufructo sobre la vivienda (y a ello sumaría en su caso la pensión que pueda tener tipo jubilación, viudedad) lo que le daría recursos líquidos suficientes para atender sus necesidades, aunque le prive de la posesión y disfrute de otros bienes de la herencia a cuyo uso habría renunciado.

⁹⁰ Vid RDGSJFP, núm. 2098/2021 de 29 de enero (RJ 2021/507).

⁹¹ El art 299 CFA concreta el usufructo de dinero como derecho a los intereses que el mismo produzca, pero podrá también disponer de todo o de parte restituyendo a la extinción del usufructo (normalmente serán los herederos del viudo) el valor actualizado del dinero dispuesto.

2. EL LEGADO SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL: PARTICULAR REFERENCIA AL LEGADO DE HABITACIÓN

Esta formulación resulta de gran interés cuando el testador tiene hijos que son solo suyos y a la par quiere que sus bienes sirvan para dejar debidamente atendido al consorte tras su fallecimiento. El legado consistirá en la atribución al viudo/a de algún título jurídico real (propiedad, usufructo, habitación) sobre la vivienda⁹², de todos ellos el habitual y quizá también el más idóneo para combinar los intereses en juego es el usufructo, pero nada obsta para aplicar otros derechos de menor entidad como el de habitación⁹³. El legislador le ha dado recientemente gran impulso a esta última figura al regularlo como fórmula beneficiosa para donatario o legitimario con discapacidad (en el sentido de la disposición adicional cuarta del Código civil), así como para que el viudo en gananciales pueda seguir viviendo en su casa, al poder constituirlo sobre la vivienda habitual en la partición de la masa conyugal (art. 1406. 3 y 4 del CC), y coexistiendo los derechos entre sí (art. 822, 4.º CC). Ahora bien, el derecho de habitación faculta únicamente para ocupar en casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia (art. 524,2.º CC)⁹⁴ salvo que se disponga otra cosa.

Centrándonos en el derecho de habitación, la reforma operada por la Ley 41/2003 lo incluye como legado en favor de persona con discapacidad, lo que puede verse como la recuperación de un derecho real que parecía obsoleto y se torna en un instrumento jurídico útil y eficiente para asegurar la continuidad de la persona vulnerable en el uso de la vivienda familiar, así como, en su caso, la convivencia en la misma de varios titulares⁹⁵. El legislador asigna al legado del derecho de habitación en favor de persona con discapacidad (art. 822, 1 CC) caracteres especiales que lo hacen atractivo: a) no computa para el cálculo de las legítimas si en el momento del

⁹² El objeto del legado de vivienda habitual recaerá sobre el domicilio conyugal y los muebles que en él hubiere (se entiende que los extraordinarios porque los del ajuar doméstico le corresponden por derecho propio).

⁹³ El valor capitalizado del derecho de habitación es menor que el de usufructo atendiendo a las reglas habituales que se aplican al respecto procedentes del impuesto de sucesiones. Se calcula aplicando el 75% del valor del piso (valor de tasación conforme a lo establecido por la Orden Ministerial Eco 805/2003, de 27 de marzo) según las reglas para el cálculo del usufructo vitalicio (*Vid* art. 26.b Ley 29/1987, de 18 de diciembre del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones).

⁹⁴ Lo que no significa que la ocupación de la casa deba ser para vivienda o que deba servir para satisfacer las necesidades primarias alojativas, pudiendo ser utilizada con otras funciones como de pernocta o residenciales, como indica la SAP Las Palmas 30 marzo 2007 (JUR 2007/147837).

⁹⁵ FERNÁNDEZ CAMPOS, 2023, p. 102.

fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella, b) no requiere necesidad, c) es intransmisible⁹⁶ d) no puede su titular impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten. En su párrafo segundo, el artículo 822 CC permite su constitución por ministerio de la ley cuando el legitimario con discapacidad lo necesitare y no lo hubiera excluido expresamente el testador. Pese a las ventajas que ofrece, Pallarés⁹⁷ lo tiene por insuficiente porque no satisface el derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente que exige el artículo 19 de la Convención de Nueva York, al coexistir con otras personas algo que puede ser difícil de combinar en un entorno con discapacidad, sobre todo de personas con trastorno mental.

En consecuencia, el derecho de habitación será de menor interés para el viudo por lo que supone de tener que soportar la convivencia de legitimarios que quizás no sean sus hijos por lo que no resulta una solución óptima. Desde la perspectiva del cónyuge lo ideal sería que se le asignara la vivienda en usufructo o si es en habitación explicitando que recaiga este derecho sobre todas las estancias de la vivienda, en cuyo caso se asimilaría al usufructo quedando el viudo obligado a realizar reparaciones ordinarias para la conservación y al pago de las contribuciones al modo del usufructuario (art. 527, 1 CC)⁹⁸, pudiéndole también repercutir el propietario las derramas que hubiere tenido que soportar por reparaciones que le corresponda pagar al usufructuario y el pago de servicios o suministros generales incluidos en la cuota de la comunidad.

Además, las ventajas antes aludidas no podrían ser aprovechadas por el viudo que no tuviera discapacidad. En este caso el legado computaría para el cálculo de las legítimas que, habiendo descendientes, se proyectarán sobre al tercio de mejora que tiene

⁹⁶ No pudiendo tampoco ni hipotecarse ni embargarse por su afectación a la finalidad que se persigue. La intransmisibilidad a que se refiere el art. 822 CC parece introducir un matiz respecto a la regulada en el artículo 525 CC según el cual «los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título». Es cuestión debatida si esta última norma implica que la intransmisibilidad es un elemento estructural de los derechos reales de uso y habitación o más bien se trata de un elemento natural, modificable en el título de constitución, dada la falta de concordancia entre el Código civil y el artículo 108.3 de la Ley Hipotecaria que prohíbe hipotecar tales derechos. Esta discordancia se salva con unas adecuadas reglas de interpretación entendiendo que sólo afectan a los derechos intransmisibles atendiendo al título de constitución, pudiendo transmitirse cuando expresamente fueren autorizados según una interpretación sistemática y el carácter generalmente transmisible de los derechos patrimoniales (FERNÁNDEZ CAMPOS, 2023, p. 74).

⁹⁷ PALLARÉS, 2017, p. 313.

⁹⁸ Ello comprende los deterioros o desperfectos que proceden del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación derivado del deber de cuidado diligente de la cosa ajena (art. 500 CC), pues debe cuidar las cosas como exige el criterio del buen padre de familia por remisión del artículo 528 CC de las reglas del usufructo en cuanto no se pongan a su regulación especial.

atribuido el viudo en su condición de legitimario al que podría sumarse el tercio de libre disposición y no podrá perjudicar a los herederos forzosos. Resulta fundamental que el testador indique explícitamente tanto el título jurídico real con el que le beneficia a su cónyuge como el bien sobre el que se proyecta.

3. SOLUCIONES BASADAS EN LA CONFIANZA

Agrupamos en este apartado formulaciones valiosas para el caso de no haya otros herederos forzosos y completamos con ellas el panorama actual de las soluciones testamentarias al efecto de ilustrar las propuestas de futuro que se realizan en el capítulo siguiente. Se trata de alternativas de máximos por las que el testador busca que el viudo/a, usufructuario o fiduciario pueda vivir dignamente y con un determinado estatus, admitiéndose la disposición de los bienes a necesidad. Son soluciones que garantizan no sólo la permanencia en la vivienda, también permiten que sus necesidades queden atendidas a cargo del caudal relicto. Nos referimos en primer lugar al usufructo con facultad de disponer y al fideicomiso de residuo, como figuras próximas entre sí que ofrecen interesantes aplicaciones por su fortaleza en los casos de matrimonios sin hijos y a continuación la fiducia sucesoria. Son formulaciones confiables para atender mejor a las necesidades del usufructuario o fiduciario en el que deposita su confianza, de ahí la importancia de la buena fe en el cumplimiento del cometido y de determinar la voluntad del testador respecto al alcance concreto de las facultades que concede.

3.1 Usufructo universal con facultad de disponer

El usufructo vitalicio universal con facultad de disponer es una figura con apoyo legal en el artículo 467 CC (o usufructo de subsistencia) que permite o faculta al usufructuario a enajenar inter vivos los bienes objeto de usufructo supliendo con ello los exiguos ingresos que el usufructo normal genera sobre el caudal relicto. Esta fórmula elimina el carácter conservativo del usufructo, de manera que los herederos nudo propietarios sólo obtendrían el remanente de los bienes que subsistieren en el patrimonio del viudo/a una vez que este fallezca.

El ejercicio de la facultad dispositiva debe realizarse siempre de buena fe y los rendimientos obtenidos con la disposición estarán causalmente vinculados a de satisfacer sus necesidades econó-

micas por tanto no opera de forma ilimitada con mucho que pueda tener contornos distintos. La facultad puede estar configurada por el testador de forma muy amplia a través de estipulaciones abiertas («que sólo a la usufructuaria corresponde apreciar», «a su solo juicio», «basta sólo que el usufructuario lo manifieste», «sin que tenga que justificar ante nadie dicha necesidad», «dejando a su conciencia la apreciación del estado de necesidad»), sin embargo, se entiende que será ejercida de buena fe porque el usufructuario no puede actuar como si fuera el propietario y no hubiera esta exigencia, por tanto cabría impugnar por parte de los nudo propietarios el acto dispositivo bien por las hipótesis de la simulación, bien por la vía del ejercicio abusivo del derecho (art. 7.2 CC) o del dolo o mala fe ya que se entiende que si falta causa jurídica lícita (de la necesidad), se produce «una burla antijurídica de los legítimos intereses de los nudo propietarios». Esta es una doctrina general que no impide, por otra parte, hacer matizaciones en ciertas hipótesis singulares⁹⁹.

3.2 Fideicomiso de residuo

Muy próxima al usufructo con facultad de disponer es el fideicomiso de residuo, una modalidad de sustitución fideicomisaria donde el deber de conservar y transmitir los bienes heredados al segundo llamado (art. 781 CC) puede quedar muy reducido según se le permita o no al fiduciario disponer solo a título oneroso o también a título gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*¹⁰⁰. Por tanto, si bien se mantienen deberes de conservar y transmitir no son las mismas obligaciones típicas de conservación que la ordinaria pues las facultades que adquiere el fiduciario le permiten disponer a título oneroso (o gratuito) pudiendo consumir los productos obtenidos transmitiéndose al fideicomisario solo el residuo si *aliquid supererit* es decir, si queda remanente, estando su actuación regida por lo dispuesto en el testamento y por la buena fe que marcarán la línea divisoria de la legitimidad de los actos dispositivos que realice y el respeto a la finalidad de los mismos al modo indicado en el testamento que podrán ser de desigual intensidad¹⁰¹.

⁹⁹ SSTS 3 marzo 2000 (RJ 2000/1501) y 6 abril 2006 (RJ 2006/2218).

¹⁰⁰ Entre otras *Vid.* RDGSJFP, núm. 25387/2023, 23 noviembre (JUR 2023/438380).

¹⁰¹ CERVILLA GARZÓN, 2013, *RCDI*, p. 2180.

Como toda sustitución fideicomisaria (o llamamiento sucesivo de heredero)¹⁰² implica una división transitoria de la propiedad entre un primer llamado, el fiduciario, que en la sucesión mortis causa es el primer heredero y un segundo llamado, el fideicomisario, que sería en tal caso el segundo heredero, habiendo por tanto dos llamamientos sobre los mismos bienes y las obligaciones de conservación van dirigidas a que el segundo llamado no vea defraudadas sus legítimas expectativas cuando le toque. Maside considera al fideicomiso como la única institución que concilia sin violencia los deseos de transmitir un bien a uno reservando derechos a otro¹⁰³. En la práctica testamentaria actual puede decirse que el fideicomiso de residuo es emergente en los testamentos de matrimonios sin hijos cuando un cónyuge quiere dejar favorecido al supérstite y desea al mismo tiempo que tras la muerte de este sus bienes pasen a sus familiares y no a los del cónyuge. No ofrece la misma utilidad cuando el testador tuviere descendientes pues entonces sólo podría emplearla sobre el tercio de libre disposición (art. 782 CC)¹⁰⁴.

Con todo es mejor opción que el usufructo universal con facultad de disponer a la que se asemeja, pero con la que tiene importantes diferencias que hacen que la situación del fiduciario sea extraordinariamente más ventajosa que la del usufructuario¹⁰⁵. Nieto Alonso¹⁰⁶ las sintetiza de la siguiente forma: mientras que este es titular de un derecho sobre cosa ajena, es decir sólo detenta facultades de goce y disfrute y jamás podrá consolidar la nuda propiedad,

¹⁰² El legado de sustitución fideicomisaria sobre la vivienda permite al cónyuge acceder a la casa en calidad de titular durante toda su vida, no cabe confundirlo con lo que sería un fideicomiso que suponga la entrega de manera inmediata del bien al fideicomitado.

¹⁰³ MASIDE MIRANDA, 1989, p. 324.

¹⁰⁴ En el caso de la SAP Madrid núm. 33/2022 el testador, teniendo hijos, había dispuesto para la esposa además de ciertos legados y el tercio de libre disposición completo una sustitución fideicomisaria a cargo del tercio de mejora lo que supone un gravamen ilícito de la legítima de los hijos, la cuestión se recondujo hacia la invalidez de la sustitución fideicomisaria sobre la mejora pero respetando, a la par y haciendo interpretación de la voluntad del testador la legítima viudal en usufructo que no podía entenderse embebida en el legado del tercio de libre disposición (SAP Madrid, núm. 33/2022, JUR 2022/141639).

¹⁰⁵ Las RRDGRN de 14 de noviembre de 2016 y 3 de julio de 2019 diferencian conceptualmente el usufructo vitalicio con facultad de disposición y el fideicomiso de residuo en que el titular usufructuario tiene un derecho sobre cosa ajena mientras que el fideicomiso otorga a su titular el pleno dominio con la limitación de no poder disponer mortis causa, además el ejercicio de la facultad de disposición está condicionada a la necesidad para la cual se otorga de forma que no puede procederse sin control ni fiscalización alguna con el móvil de privar al heredero de la herencia por tanto el nudo propietario deberá prestar asentimiento a la enajenación y tener causa jurídica lícita. Se pone el acento en que los instituidos usufructuarios universales no pueden actuar por sí solos en la atribución de la herencia y en que los nudopropietarios son sucesores simultáneos con el usufructuario, ostentan una titularidad actual y por tanto deben concurrir a la liquidación de gananciales y en las demás operaciones particionales (LÓPEZ FRÍAS, *RDP*, 2021, p. 83).

¹⁰⁶ NIETO ALONSO, 2014, p. 171.

el fiduciario lo es sobre cosa propia, como propietario aunque temporal y puede adquirir el dominio perpetuo si la sustitución resultare ineficaz¹⁰⁷. Desde la perspectiva sucesoria el fiduciario es heredero y el usufructuario no, por tanto, el fideicomiso de residuo ofrece un título más fuerte que el usufructo universal.

Roca Sastre había sostenido que esta figura, residual en las sociedades modernas industrializadas, era útil para «cubrir determinadas necesidades o conveniencias»¹⁰⁸. El legislador ha recurrido a ella en la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad que reforma los arts. 782, 808.3 y 813.2 CC al objeto de permitir su constitución gravando las legítimas de descendientes en aras a proteger patrimonialmente al colegatario que padezca discapacidad en sentido estricto¹⁰⁹. La doctrina reciente ha propuesto introducir ajustes en su regulación de manera que pueda ser un instrumento mejor delimitado, en la Propuesta doctrinal de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil aparece con epígrafe propio y recibe cumplida definición y delimitación de facultades del fiduciario, atendiendo también a lo dispuesto por el fideicomitente¹¹⁰.

3.3 Fiducia sucesoria

La fiducia sucesoria, de gran tradición en los Derecho forales¹¹¹, es una forma de ordenar la sucesión mediante la encomienda

¹⁰⁷ No referido al caso de premoriencia del fideicomisario en los casos de fideicomisos directos (no condicionados) pues al adquirir este sus derechos desde la muerte del testador fideicomitente los transmite a sus herederos. Si premuere al testador o si se tratara de una sustitución condicional mientras que la condición no se cumpla el fideicomisario no adquiere derechos y debe vivir al cumplirse la condición. (NIETO ALONSO, A, 2014, 179).

¹⁰⁸ ROCA SASTRE MUNCUNILL, 2002, p. 49.

¹⁰⁹ Los porcentajes vienen fijados el artículo 2.2 de la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad: 33% en caso de discapacidad psíquica y 65% en el caso de discapacidad física o sensorial. Además, ha denotarse la aplicación a las personas que tengan reconocido un grado de dependencia II y III en el sentido que cabe dar a este término la Ley de Dependencia 39/2006 de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (*Vid.* Disposición adicional cuarta del Código civil tras la dición dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (*BOE* núm. 132 de 3junio)

¹¹⁰ Sita en el capítulo IV, del Título VI del Libro Cuarto de la Propuesta del Código civil de la Asociación de Profesores y Profesoras de Derecho civil de 2018, cuya autoría corresponde a DÍAZ MARTÍN, Ana (accesible en <https://www.derechocivil.net/index.php/pcc-completo>).

¹¹¹ En los Derechos forales la fiducia sucesoria tiene gran alcance, el fiduciario puede estar revestido con amplias facultades para instituir herederos, atribuir legados, ordenar sustituciones, adjudicar bienes, etc. y puede dar reglas particulares para la administración de los bienes asignados a menores e incluyen también actos de disposición (aunque habiendo legitimarios estos deberán autorizarlo) cosa que no ocurre con el usufructo donde las funciones de disponer corresponden a los nudos propietarios. Por tanto, utilizar esta figura para encomendar dicha función al supérstite supone reforzar su posición frente

al fiduciario de amplias facultades decisorias sobre el destino final de los bienes. Su admisión en el Derecho común no tuvo inicialmente mucho arraigo al tropezar con la prohibición de la disposición al arbitrio de tercero (art. 670 CC) y la intangibilidad cualitativa de la legítima, lo que le restaba operatividad, por ello se permitía escasamente para la distribución de cantidades entre personas pertenecientes a una clase determinada (como los parientes o los pobres, art. 671 CC). Tras la reforma del artículo 831 CC operada por la Ley 41/2003, recibe cierta flexibilidad lo que hace que empiece a conocer un cierto impulso testamentario como institución protectora del supérstite (art. 671 CC), excepcionando al artículo 830 CC que recoge como regla general la prohibición de encomendar a otro la facultad de mejorar.

El artículo 831 CC permite la delegación fiduciaria en favor del cónyuge de la facultad de distribuir los bienes y mejorar a los hijos comunes, una facultad que puede ser dispuesta en testamento o concedida vía capitulaciones matrimoniales, como indica la doctrina¹¹², con la fortaleza en este último caso de que precisará para su modificación en vida de la intervención de los otorgantes (art. 1331 CC). A través de esta vía se le confieren al cónyuge en testamento facultades para que, fallecido el testador, «pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar» (art. 831.1 CC). Sirve al efecto de que el testador pueda conceder al cónyuge facultades para realizar mejoras en favor de los hijos o descendientes comunes incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier tipo o concepto, lo que cobija un amplio haz de facultades atribuidas al fiduciario que deberán ejercitarse respetando las legítimas estrictas de los descendientes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos (art. 831.3 CC). Que se dilate el tiempo del reparto no obsta para que los descendientes puedan exigir la entrega inmediata de la legítima estricta a la que tienen derecho sin esperar a que transcurra el plazo fijado para el ejercicio

a los posibles llamados. Aragón cuenta con una regulación extensa de la misma permitiendo que el cónyuge sea nombrado fiduciario de por vida (Art. 444 CFA) e incluso podrá asignar los bienes por testamento (art. 456 CFA).

¹¹² Sobre este particular TORRES GARCÍA, y DOMÍNGUEZ LUELMO, 2016, p. 437 consideran que no parece que existan obstáculos para admitir la delegación de la facultad en capitulaciones matrimoniales pues la ley no lo prohíbe ni se han alterado los artículos relativos a la mejora.

de la fiducia y ello por no existir norma que expresamente autorice a excepcionar este pago que no está sujeto a plazo alguno¹¹³.

La doctrina la considera útil para introducir previsiones protectoras del cónyuge¹¹⁴ y se percibe en la Propuesta doctrinal de Código civil, antes referida, una posición favorable a incorporarla más extensamente al Derecho común admitiendo su constitución por pacto sucesorio¹¹⁵. Para el cónyuge supone mantener de forma unida ambos patrimonios (de marido y mujer) durante el tiempo de la fiducia quedando pospuesta la delación de la herencia del premuerto hasta que transcurra el tiempo previsto que de no tener fijado un plazo será de dos años (art. 831.1, 2.º CC) pero que puede dilatarse hasta la muerte del cónyuge de forma que las disposiciones de ambos queden complementadas recíprocamente constituyendo un todo a efectos sucesorios, de ahí que suponga una vía testamentaria importante para fortalecer su posición y sirva para el mantenimiento de la cohesión y paz familiar. El artículo 831.6 CC permite aplicar esta figura a las parejas de hecho con descendencia común que no estén casadas entre sí, de donde se colige su interés para la protección del miembro superviviente de la pareja.

Como sostiene Pérez Velázquez quizá no sea la solución idónea para todo tipo de matrimonios/parejas con hijos comunes pues requiere grandes dosis de confianza, que el fiduciario sea cabal y difícilmente influenciado, relativamente joven y que pudiera acometer las actividades de administración de los bienes, que le confiere el artículo 831.2 CC, pero si se dieran estas condiciones podría servir bien a los intereses del testador resultando más ajustado por ejemplo que la clásica formulación *prêt à porter* del usufructo universal con cautela sociniana¹¹⁶. Para Garrido de Palma la carga para el cónyuge fiduciario no es fácilmente soportable de ahí que se haya aplicado a cuentagotas¹¹⁷.

IV. PROPUESTAS DOCTRINALES EN FAVOR DEL VIUDO/A

Recogemos en este epígrafe diversas tendencias doctrinales a las que sumamos nuestra reflexión personal encaminadas a fortalecer los derechos del viudo sobre la vivienda habitual, sobre todo

¹¹³ STS 24 mayo 2019 (RJ 2019/2113).

¹¹⁴ RUEDA ESTEBAN, 2014; DÍAZ ALABART, *RDP*, 2023, p.128; COBAS COBIELLA, *AJI*, 2022, p. 2418.

¹¹⁵ *Vid* artículo 463.1 de la Propuesta del Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil, 2018.

¹¹⁶ PÉREZ VELÁZQUEZ, *ADC*, 2019, pp.1145 y 1146.

¹¹⁷ GARRIDO DE PALMA, *RJN*, 2019, p. 247.

cuando es persona mayor. Son soluciones *de lege ferenda* basadas en derechos, esto es, en el reconocimiento de facultades legales que enriquezcan el contenido de los derechos sucesorios del viudo al objeto de que pueda permanecer en el hogar. La primera propuesta va en la línea de reformar la legítima viudal para fortalecerla incluyendo derechos específicos sobre la vivienda y/o facultades de conmutación de sus derechos que le permitan acceder a títulos reales para satisfacer su interés por permanecer en su casa de forma que no dependa del testamento ni de las negociaciones con los herederos. La segunda propuesta se centra en mejorar la situación del viudo/a persona mayor o viudo/a con discapacidad dándole una protección reforzada que incluya alimentos a cargo de la herencia como algo no descabellado en las sociedades urbanitas y longevas.

1. DERECHOS Y FACULTADES ELECTIVAS SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL

Dentro de un consenso general de fortalecimiento de los derechos del cónyuge se debe tender a concederle al viudo una legítima mejorada que consista en atribuirle derechos específicos sobre la vivienda para que pueda continuar viviéndola tras la muerte del propietario, incluso aunque exceda de la cuantía de derechos que le correspondan y gravando la legítima como indican Díaz Alabart y Pereña¹¹⁸. Entendemos adecuado el otorgamiento al viudo de un legado legal específico sobre la vivienda habitual que no quede afectado por las posibilidades de conmutación del artículo 839 CC como una solución plausible.

La mejora de la posición del cónyuge requiere dar un paso delante desde la cuota usufructuaria parcial hacia derechos más extensos incluida la propiedad. López Beltrán de Heredia considera más acorde a los nuevos valores sociales la atribución necesaria al supérstite del usufructo universal o una cuota alícuota en propiedad¹¹⁹ y Fernández Campos¹²⁰ se inclina por aplicar la solución catalana del usufructo universal en la sucesión intestada como una forma de resolver los problemas de imputación y conmutación del usufructo viudal. Estellés, por su parte, es favorable a atribuirle una parte en propiedad a aquel que compartió durante años una comunidad de vida y amor y que colaboró en la riqueza

¹¹⁸ Vid DÍAZ ALABART, *RDP*, 2023, p.130; PEREÑA VICENTE, *La Ley DF*, 2019, pp. 59 y ss.

¹¹⁹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 1989, p. 140.

¹²⁰ FERNANDEZ CAMPOS, 1998, p.73.

del causante (obtención y/o mantenimiento de la misma)¹²¹. Garrido de Palma¹²² opta por darle facultades electivas posibilitando cualquier medio que redunde en beneficio del cónyuge ampliándole sus derechos y posibilidades de elección pero sin que ello suponga que el legislador deba imponer el usufructo universal como hace el Derecho catalán¹²³. Finalmente, Bernad propone que la vivienda conyugal quede excluida de la legítima para evitar los graves problemas de distribución, imputación y pago de las mismas¹²⁴.

Como mínimo teniendo en cuenta lo que suele ser habitual en la práctica testamentaria actual el supérstite debería tener un legado sobre la vivienda habitual en usufructo o en habitación (sobre todas las estancias) no transmisibile. Aplicando las reglas propias de todo legado tiene la ventaja de que adquiere el usufructo desde la muerte del testador haciendo suyos los frutos pendientes y afectándole los riesgos y mejora (arts. 881 y 882) y evita las dificultades que ofrecen el usufructo de cuota o usufructo universal (y sin entrar en su valoración como heredero usufructuario). Ahora bien, la atribución de derechos en usufructo tiene ciertos inconvenientes porque supone mantener en el tiempo la disociación propiedad-uso y es fuente de litigios, de hecho, algún autor considera el usufructo de cuota como una solución arcaica, engorrosa e insuficiente¹²⁵, por ello el legislador debería favorecer las soluciones basadas en atribuir una cuota en propiedad variable como el catalán o el italiano.

Si el legislador optara por no concederle derechos exclusivos sobre la vivienda habitual al menos debe favorecerle con facultades de conmutación o de adquisición preferente bien en propiedad, bien en usufructo/habitación (de todas las estancias) hasta el valor de sus derechos sucesorios con pago del exceso. Esta facultad de atribución preferente al viudo sobre la vivienda habitual se admite ya para la liquidación de los bienes gananciales tras la muerte del cónyuge e incluso en el caso de que la vivienda fuera común dentro de los procesos de liquidación de masas patrimoniales como recoge el artículo 125.3 de la Ley concursal¹²⁶ que indica: «el cónyuge del concursado tendrá derecho a que la vivienda habitual del matrimonio que tuviere carácter ganancial o común se le incluya con preferencia en su haber hasta donde este alcance. Si excediera sólo

¹²¹ ESTELLÉS PERALTA, 2022.

¹²² GARRIDO DE PALMA, 1973, p. 493.

¹²³ Ídem pp. 484 y 487 respectivamente.

¹²⁴ BERNAD MAINAR, *AJI*, 2019 p. 407.

¹²⁵ FERNANDEZ CAMPOS, 2016, p.1097.

¹²⁶ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (*BOE* núm. 127 de 7 de mayo de 2020).

procederá la adjudicación si abonara al contado el exceso». El reconocimiento al cónyuge de un derecho de adquisición preferente sobre la vivienda habitual privativa del consorte (y a falta de disposición testamentaria en contra) podría hacernos reconsiderar la posición actual de segunda clase que ocupa el cónyuge entre los miembros de la comunidad hereditaria que no es tenido por heredero cuando participa meramente a título de usufructuario.

Quizá la mayor dificultad podría darse respecto de aquellos inmuebles que tuvieran un origen familiar (es el caso de que la vivienda hubiera sido adquirida por el fallecido vía herencia), y valorarse el interés de los herederos sobre el inmueble por razones familiares aspecto este que tiene fuertes plasmaciones en el derecho foral como serían los denominados bienes troncales y de abolorio del Derecho aragonés¹²⁷. Puede solucionarse la fricción excluyendo este tipo de viviendas de las facultades de adquisición preferente de la propiedad o requerir consenso con los herederos en este caso. También habría que resolver cuestiones relevantes como la tasación de la vivienda, que se realizará mediante peritaje, el cálculo del valor de los derechos sucesorios del viudo (que será la base para calcular el precio y la diferencia) y la cantidad a abonar o exceso. Nos remitimos a lo ya indicado en las actividades participacionales.

Esta adquisición preferente en propiedad o usufructo puede canalizarse a través de facultades electivas y de conmutación del viudo sobre la vivienda habitual como un criterio de razonable preferencia cuando es posible, lo que supondría modificar las facultades de conmutación actuales que el Código otorga a los herederos.

2. UNA MÁS AFINADA PROTECCIÓN CIVIL DEL VIUDO/A CON DISCAPACIDAD Y DEL VIUDO/A PERSONA MAYOR

En ocasiones anteriores he tenido la oportunidad de expresar la necesidad de construir un marco jurídico para las personas de edad avanzada¹²⁸ al objeto de facilitar el acceso a recursos económicos

¹²⁷ Los bienes troncales del Derecho aragonés comprenden tanto los troncales simples, que son los recibidos por el causante a título gratuito de ascendientes o colaterales hasta el sexto grado (art. 528 CFA) como los de abolorio que son aquellos que han permanecido en la casa o familia del causante durante las dos generaciones inmediatamente anteriores cualesquiera que sean su procedencia y modo de adquisición inmediatos (art. 527 CFA).

¹²⁸ CORRIPIO GIL DELGADO, *ADC*, 2020 pp. 110 y ss.

suficientes que les permitan llevar una vida digna¹²⁹. El aumento de la esperanza de vida y el incremento notable de ancianos hacen que el marco jurídico actual centrado en el deber de respeto de los hijos hacia los padres (art. 155 1.º CC), el deber de alimentos de descendientes a ascendientes y hermanos (art. 143 CC) y las causas tasadas de indignidad sucesoria (art. 756 CC) o de desheredación conectadas con el incumplimiento de dichos deberes (arts. 852 y 853 CC) resulten en todo punto insuficientes y deba fortalecerse la posición en la herencia del cónyuge mayor. Este objetivo debe ser atendido sobre dos pilares claros: la permanencia en casa si es posible y su cuidado patrimonial. Respecto a la primera cuestión, Fernández Campos¹³⁰ pide garantizar la permanencia en el hogar familiar del viudo/a cuando se trata de matrimonios consolidados otorgándole derechos sucesorios por ministerio de la ley, aunque sea exigiendo una duración mínima del matrimonio puesto que con ello lo que se protege no es la *affectio maritalis* sino la dignidad del cónyuge viudo al asegurarle que podrá vivir hasta su muerte en la vivienda en la que ha construido una comunidad de vida con el causante. No cabe duda que ponerle en el disparadero de salida de su casa y abandonarle patrimonialmente resulta éticamente inaceptable.

En lo que concierne a la cuestión patrimonial, urge mejorar las fórmulas jurídicas que garanticen para el anciano o cónyuge con discapacidad su cuidado eficaz con obligaciones a cargo de la herencia, una solución que más allá de la permanencia en su casa comprendería el poder vivir en buenas condiciones, lo que resulta más acorde a los objetivos constitucionales de suficiencia económica y de promoción del bienestar de la tercera edad (art. 50 CE). Las mejoras *de lege ferenda* podrían ir desde permitir la constitución del fideicomiso de residuo en favor del viudo persona mayor en perjuicio de las legítimas o el establecimiento de cargas de constitución forzosa cuando su nivel de vida haya quedado afectado por la viudedad y el consorte no le hubiere dado una protección razonable.

¹²⁹ Una de las grandes dificultades que encuentran las personas mayores es el acceso a recursos líquidos estables y son actualmente muy dependientes de las pensiones públicas, algo que puede quedar comprometido en los países occidentales que acusan un gran envejecimiento poblacional, lo que se traduce en problemas de insuficiencia financiera pública y en la previsible reducción futura de los ingresos. Navau, ha reflejado la importancia de los productos de ahorro alternativos, más flexibles que los planes de pensiones como son la renta vitalicia asegurada y la hipoteca inversa, que permiten transformar en dinero algún elemento patrimonial del titular pensionista, normalmente la vivienda habitual, y que cuentan con incentivos fiscales idóneos, y podrían resultar más demandados si vinieran acompañados de una mayor alfabetización financiera y fiscal de la población de edad avanzada. (NAVAU MARTÍNEZ-VAL, 2024, p. 606).

¹³⁰ FERNÁNDEZ CAMPOS, 2010, p. 29.

2.1 ¿Permitiendo gravámenes sobre la legítima de descendientes?

Una primera vía de fortalecimiento del cónyuge persona mayor o con discapacidad sería la de permitirle al testador constituir en favor del cónyuge y bajo ciertas condiciones una sustitución fideicomisaria de residuo u otra figura similar gravando las legítimas de los descendientes. Se trataría de una solución similar al actual artículo 808.3 CC que dice textualmente «cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad», en tal caso, continua la norma, lo recibido por el beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo en favor de los que hubieran visto afectada su legítima estricta, no pudiendo disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa. Esta previsión podría extenderse al cónyuge con discapacidad o anciano, como han defendido algunos autores (Díaz Alabart¹³¹ y Noguera¹³²) pues o bien no hay motivo alguno para que el supérstite quede excluido de la previsión del artículo 808.3 o se trata de inconvenientes salvables, aunque habría que valorar en este caso si es necesario establecer algún tipo de reserva para salvaguardar la legítima estricta evitando que por esta vía queden totalmente frustradas las expectativas sucesorias de los descendientes.

Entre los pros de esta figura se encuentra la mejor posición en la que se coloca al fiduciario en comparación con la que estaría en un usufructo universal conservativo o una fiducia sucesoria y resulta coherente en un contexto actual caracterizado por la tendencia a reducir la legítima de descendientes¹³³ y proclive a proteger al viudo persona mayor que lo necesite. En contra podrían argumentarse las reticencias del legislador hacia esta figura que tras el impulso inicial dado por la Ley 41/2003 ha querido después reservarla sólo a los hijos como potenciales beneficiarios, así se entiende tras la reforma de la Ley 8/2021, interpretando el término «descendientes» conforme a los arts. 782 y 808.4 CC, quedando limitada esta figura a quienes lo fueren en primer grado y excluyendo a los nietos (como tampoco puede serlo el cónyuge).

¹³¹ DÍAZ ALABART, AC, 2006, p. 2110 y en *RD*, 2004, p. 263.

¹³² NOGUERA NEBOT, *RCDI*, 2020, p. 1828.

¹³³ Esta es la línea que como hemos visto siguen las posturas doctrinales mayoritarias. Galicia Aizpurua lo apunta al recoger la Propuesta de Código civil que realizó la Asociación de Profesores de Derecho Civil (GALICIA AIZPURUA, 2020. IV, pp. 315-340).

2.2 ¿A modo de crédito sobre la herencia?

En este epígrafe valoramos diversas posturas tendentes a incorporar en la herencia obligaciones alimentarias o cargas en sustitución o como complemento de las legítimas. Son soluciones que se ofrecen normalmente como alternativas *de lege ferenda* a la legítima viudal para aquellos casos en los que el testador no hubiere recogido previsión alguna en su favor. El Código civil actualmente no concede al cónyuge ni alimentos ni créditos sobre la herencia a excepción de la viuda encinta como regula el artículo 964 CC¹³⁴ si bien en este caso con el matiz de que esta opera sobre los bienes del progenitor que puedan corresponder al póstumo si naciere, estas carencias son susceptibles de críticas en el contexto de protección de la tercera edad. Arakistain, por ejemplo, considera que los recursos sociales deben ser complementados vinculando la herencia del causante cuando el supérstite fuere anciano, facilitando el cuidado de un colectivo que tiene grandes dimensiones¹³⁵. Podrían articularse soluciones de dos maneras, a través de alimentos sucesorios o instituyendo cargas sobre la herencia.

2.2.1 ALIMENTOS SUCESORIOS

En algunos regímenes forales como Aragón, Navarra o País Vasco, con amplias facultades de testar o legítimas colectivas se han incorporado obligaciones de alimentos para el caso de legitimarios que queden desatendidos y en situación de necesidad. Estos alimentos derivan de la *caritas sanguinis* y el antiguo *officium pietatis* del Derecho romano clásico y pueden servir para introducir ajustes necesarios a la libertad de testar a modo de restricciones flexibles para atender necesidades alimentarias familiares¹³⁶. Aragón lo recoge en su artículo 515 CFA para el caso de un legitimario de grado preferente en situación de necesitar alimentos y no estuviere obligado a prestarlos el viudo usufructuario o los parientes conforme a la legislación general. Navarra en la Ley 272 de la

¹³⁴ Es debatida la naturaleza del derecho de la viuda encinta a ser alimentada a cargo de la herencia recogido en el artículo 964 CC. Se trata este de un derecho de alimentos *sui generis* pues se hace en consideración a la parte que en ellos puede tener el póstumo si naciere y no depende de la necesidad de la persona, sino que se le reconoce «aun cuando sea rica», lo que nos aleja del régimen de los arts. 142 y ss. (alimentos entre parientes) cuya esencia es precisamente la situación de necesidad del alimentista.

¹³⁵ ARAKISTAIN, *RBD*, 2023. p. 102.

¹³⁶ Barrio Gallardo recoge diversas opiniones doctrinales favorables a sustituir la legítima de descendientes por un derecho sucesorio de alimentos tanto en el sistema aragonés como en el común, y a reformular el artículo 150 CC que dispone el cese de la obligación de suministrar alimentos con la muerte del obligado. (BARRIO GALLARDO, *RDCA*, 2011, p. 77).

Compilación Foral refiere el derecho de alimentos de los hijos y descendientes del causante contra los sucesores voluntarios a título universal o articular con cargo a la atribución patrimonial recibida, una obligación que se fijará en función de las necesidades del alimentista y del valor de los bienes recibidos del causante por los sucesores obligados. Por su parte la Ley de Derecho civil vasca recoge en sus arts. 21 y 38 el pago con cargo al caudal relicto de los alimentos debidos a los hijos y descendientes del causante. Atxute-gi¹³⁷ extrae del análisis de los supuestos aragonés, navarro y vasco un sistema común de alimentos sucesorios en favor del descendiente que quede en situación de desamparo económico con anclaje en el derecho natural y sobre la base del fundamento constitucional protector de la familia contenido en el artículo 39.1 CE, pero acaba reconociendo que esta solución tiene críticas y que su inclusión en los derechos aragonés vasco y navarro no deja de ser eventual y con poco desarrollo, concluye abandonando por el momento la posibilidad de poder configurar un sistema de sucesión forzosa con función meramente asistencial¹³⁸.

La figura de la *family provision* del derecho anglosajón puede ser inspiradora si se quiere reflexionar sobre las legítimas de corte asistencial favorables al viudo al ser un modelo que concilia la libertad de testar y el deber del causante de atender a sus familiares. Esta figura recogida en la Ley UK de 1975¹³⁹ garantiza al supérstite una atribución económica razonable llamada estándar de mantenimiento con cargo al neto de la herencia. Como indica Barrio, no se limita a subvenir a su mera subsistencia sino de proporcionarle un «confort extra» hasta el punto de atribuirle al supérstite una suma suficiente como para «adquirir, cuando no le correspondiera por otro título, la vivienda que había sido de la familia hasta el fallecimiento del causante»¹⁴⁰. Bajo el paraguas de esta previsión los tribunales británicos gozan de amplia discreción para decidir su cuantía a partir de numerosos parámetros legales, entre los que se encuentran no sólo los recursos del solicitante o sus necesidades, también la cuantía y composición de la herencia, la discapacidad del solicitante y de otras personas involucradas o la conducta podrán ser determinantes a la hora de fijar los contornos de la prestación a asignar, algo que desde la perspectiva del jurista

¹³⁷ Recoge este autor las ideas de autores anteriores sobre el posible cambio del sistema de legítimas y su sustitución por alimentos sucesorios como hipótesis viable o incluso admitiendo la fusión de estas instituciones. (ATXUTEGI GUTIÉRREZ, *RBD*, 2023, p. 134).

¹³⁸ ATXUTEGI GUTIÉRREZ, *RBD*, 2023, p. 145.

¹³⁹ UK, Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975. Accesible en <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63>

¹⁴⁰ BARRIO GALLARDO, *Anales*, 2018, p. 111.

continental resulta imprecisa en exceso¹⁴¹ y que distancia esta figura del fundamento habitual de las pensiones alimenticias que es la necesidad.

Este tipo de provisiones encuentran poco eco en nuestro país. Según Ribot resulta paradójico que no se haya producido un incremento de reclamaciones de padres a hijos en las sociedades longevas, lo que achaca a la existencia en España de un sistema de pensiones públicas, a la universalización de la asistencia sanitaria y al dato palmario de que en España hay solidaridad espontánea no coactiva, además de la tendencia de los padres ancianos a no reclamarle nada a sus hijos¹⁴². Estas conclusiones resultan reveladoras de la dificultad de canalizar las necesidades del cónyuge anciano por la vía de un derecho de alimentos sucesorio siendo preferible un sistema de legítima vidual reforzada al que podría sumarse un crédito para garantizar su confort si quedara afectado con la muerte del consorte.

2.2.2 OTRAS FIGURAS

Respecto a otro tipo de créditos contra la herencia en favor del viudo y que trascienda del concepto de mero alimentista podría recurrirse a una suerte de pensión compensatoria o a una renta vitalicia. La primera resulta muy útil en los procesos de ruptura matrimonial ¿podría también aplicarse a la sucesión *mortis causa*? Cuadrado Perez¹⁴³ de hecho, ha sugerido sustituir la legítima vidual del cónyuge por una pensión compensatoria en la viudedad, concluyendo este autor que la preocupación del legislador por la subsistencia del cónyuge con menos recursos no debería ser distinta al caso de la ruptura en vida cuando acabe el viudo en un nivel de vida inferior al que mantenía en vida con el finado. En nuestra opinión se trata de una solución reductora y supondría suprimir un derecho ya consolidado del viudo/a participar de la herencia de su cónyuge caminando en la línea opuesta a la que aquí defendemos que es el fortalecimiento de sus derechos.

La segunda fórmula, la renta vitalicia, resulta óptima tanto constituida testamentaria como legalmente. Desde la perspectiva del crédito sobre la herencia y partiendo del objetivo a alcanzar que no es otro que el cónyuge mayor o con discapacidad quede debidamente atendido, sugerimos que se disponga en su favor (además del usufructo o habitación sobre la vivienda habitual) una renta

¹⁴¹ VAQUER ALOY, *InDret*, 2007, pp. 5 y 6.

¹⁴² RIBOT IGUALADA, *ADC*, 1998, p. 1141.

¹⁴³ CUADRADO PEREZ, *RCDI*, 2023, p. 767.

vitalicia o pensión periódica (anual, mensual o semanal) en la línea del artículo 880 CC. Existe un importante mercado con el que los herederos podrían contratar la prestación en favor del viudo y es una solución más que aceptable para atender debidamente las necesidades de las personas mayores y complementar así a las pensiones públicas. Su fijación legal resulta coherente con la práctica testamentaria actual y no ofrece más problema que el ajuste derivado de la fricción con las legítimas, permitiendo a los herederos optar por cumplir con el mandato o liberarse de dicha carga entregando la parte de libre disposición cuando el valor del crédito (atendiendo a los criterios habituales de mercado de edad y discapacidad) fuera superior a la parte disponible en línea con lo dispuesto en el artículo 820.3 CC.

Unir el legado sobre la vivienda a una renta vitalicia es una solución magnífica y a la par resulta una opción plausible en los acuerdos con los herederos pues el mismo Código la recoge en diversos momentos, en el artículo 839.1 CC como vimos *ad supra* para la conmutación hecha por los herederos de los derechos del viudo sobre la herencia por acuerdo con el supérstite o por virtud de mandato judicial y también en el artículo 99 CC cuando refiere las modalidades de sustitución de la pensión compensatoria, por tanto consideramos factible incorporar en favor del cónyuge un mínimo opcional que consista en el acceso a una pensión vitalicia atendiendo al montante de la herencia tanto en la sucesión intestada cuando coincida con descendientes como en la testada cuando no le hubiere dejado debidamente atendido en sus necesidades de edad o discapacidad.

¿Cómo podría revestirse en el Código esta figura? Por medio de un legado legal de renta vitalicia constituible a demanda del viudo/a y con remisión en su contenido al contrato que lleva el mismo nombre regulado en el art 1802 y ss. del CC. Ello comportaría para los herederos el deber de pagar la pensión o rédito anual a cambio de recibir la herencia (en el contrato se refiere a un capital en bienes muebles o inmuebles cuyo dominio se transfiriere desde luego con la carga de la pensión). El legado de renta vitalicia no sería un genuino legado de alimentos del artículo 148 y ss. CC pues no quedaría vinculado a la necesidad del alimentista¹⁴⁴.

¹⁴⁴ El legado genuino de alimentos basado en la necesidad y los alimentos entre parientes se diferencian entre sí en que estos se extinguen con la muerte mientras que el legado no y en que en este la obligación subsiste, aunque mengüen los medios de aquel siendo el montante determinado por la necesidad.

V. LA SITUACIÓN DE LA PAREJA DE HECHO EN RELACIÓN A LA VIVIENDA HABITUAL

En los últimos tiempos hemos asistido a cierta equiparación jurídica de la convivencia *more uxorio* con el matrimonio bajo el principio de igualdad de trato (art. 14 CE) en diversos ámbitos (Código penal, Ley de contratos de las administraciones públicas, Ley de arrendamientos urbanos¹⁴⁵). Es notable la equiparación a la que se ha llegado entre las parejas estables y el viudo en pensiones públicas desde que en 2007 (art. 221 a 223 del TRLGSS)¹⁴⁶ se concediera la pensión de viudedad en iguales términos a la pareja de hecho formalizada (que lo fuera dos años antes del fallecimiento de uno de ellos y constara formalmente con inscripción en un registro público de parejas de hecho o el otorgamiento de escritura notarial)¹⁴⁷. Ha de significarse que la solución dada en todos estos supuestos no determina que el legislador esté abocado a equiparar siempre ambas figuras, al contrario el TC en sentencia

¹⁴⁵ Particularmente relevante resulta la doctrina sentada en la STC 222/1992 en materia de arrendamientos urbanos en la que el Tribunal declaró que el artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos entonces vigente (Decreto 4104/1964 de 24 de diciembre) era inconstitucional por excluir del beneficio de la subrogación mortis causa a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido. Esta resolución señala que aun admitiendo que la convivencia *more uxorio* y el matrimonio son realidades no equivalentes, la exclusión de quienes convivan establemente de un beneficio no siempre es compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación del artículo 14 CE, y por tanto las diferenciaciones normativas entre estas figuras que establezca el legislador deben atemperarse a tenor de la doctrina constitucional, lo que particularmente afecta a normas preconstitucionales como era el caso.

¹⁴⁶ El reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho se introdujo en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social y actualmente se rige por la reforma realizada por la Ley 21/2021 de 28 de diciembre de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones (BOE 312 de 29 de diciembre de 2021). Puede decirse que en nuestro Ordenamiento está plenamente reconocido el estatus de pareja como modelo familiar y la consideración análoga entre el casado y el miembro de pareja de hecho cuando esta sea estable.

¹⁴⁷ La exigencia de formalidad ha generado ciertas fricciones con la regulación civil catalana donde las parejas estables no requieren dicho formalismo para existir como tales. La STC 40/2014 de 11 de abril de 2014 dispuso que eran necesarios ambos requisitos para la concesión de pensión de viudedad de pareja de hecho: convivencia estable durante cinco años a acreditar mediante el certificado de empadronamiento y publicidad de la situación convivencial *more uxorio* imponiendo con carácter constitutivo y antelación mínima de dos años al fallecimiento vía la inscripción en un registro público u otorgamiento de escritura notarial de constitución. Ello tuvo un efecto negativo para aquellas parejas de hecho estables cuyas comunidades no exigían la inscripción y que no habían tenido la precaución de formalizar sus uniones con suficiente antelación. El TEDH resolvió contra España en dos asuntos por no disponer de un régimen transitorio para estos casos y consideró que en estas circunstancias excepcionales cabía reconocerles el derecho a obtener una protección prevista por el sistema de seguridad social (art. 41 CE). Son los asuntos Domenech Aradilla y Rodríguez González contra España, STEDH de 19 de enero de 2023 (TEDH 2023/12) y Valverde Digon contra España, STEDH de 26 de enero de 2023 (TEDH 2023/15).

núm. 184/1990¹⁴⁸ sostiene que puede dárseles consecuencias distintas sin incurrir en inconstitucionalidad y así lo reitera en resoluciones posteriores¹⁴⁹. Sobre esta base se han seguido posturas diferentes en los Derechos forales o especiales y en el Derecho común.

1. EN LOS DERECHOS FORALES O ESPECIALES

Algunos derechos civiles autonómicos han decidido asimilar al viudo/a y al miembro superviviente de la pareja en derechos sucesorios, lo que repercute favorablemente en el efecto de que el que sobreviva pueda seguir ocupando la vivienda habitual cuando se trate de una pareja estable. Cataluña le otorga al conviviente en unión estable de pareja el mismo derecho que al viudo (arts. 442-3 y 442-5 CCCat)¹⁵⁰, por su parte el Derecho vasco le da al cónyuge y a las parejas de hecho, además de la cuota legitimaria en usufructo, un derecho de habitación sobre la vivienda familiar mientras se mantenga el estado de viudedad (art. 54 LDCV)¹⁵¹ es decir, si no hace vida marital ni tiene un hijo no matrimonial ni constituye una nueva pareja de hecho (art. 55 LDCV). En lo que concierne a Galicia, la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006 llega a equiparar al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, siendo parejas los que estén inscritos en un registro de parejas de hecho expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio¹⁵². En estos casos se

¹⁴⁸ En relación con la pensión de viudedad la STC núm. 184/1990 de 15 de noviembre admite que el legislador de un desigual trato a las parejas y al matrimonio, las cuales no son necesariamente equivalentes, de manera que bien puede dárseles consecuencias distintas o trato desigual siendo constitucionales las normas que otorguen un trato más favorable al matrimonio, y, al mismo tiempo el Tribunal afirma que sería igualmente constitucional un cambio legislativo en el que se llegue a organizar la pensión de viudedad ampliando el ámbito subjetivo de cobertura de la pensión de viudedad para otorgárselo a las parejas de hecho (como finalmente se acometió en este campo según hemos referido).

¹⁴⁹ Es reseñable en este sentido el Auto TC núm. 203/2005 de 10 de mayo (JUR 2005/150362) ante el cual se plantea cuestión de inconstitucionalidad del artículo 174.1 del Texto refundido de la Ley General de Seguridad social que otorgaba entonces la pensión de viudedad sólo al cónyuge superviviente (con las salvedades dispuestas en la disposición adicional 10. 2.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio), pues entiende que la protección social, económica y jurídica de la familia dispuesta en el artículo 39.1 CE «no contempla ni postula por sí solo la igualdad de trato en todas sus posibles dimensiones entre las uniones matrimoniales y las uniones de hecho», y siendo una posibilidad admisible de ello no se deduce la opción contraria, la no equiparación, sea inconstitucional (FJ 2.º).

¹⁵⁰ Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña relativo a las sucesiones (DOGC 17 de julio de 2008).

¹⁵¹ Ley PV 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco (BOPV núm. 176, de 24 de julio de 2015).

¹⁵² Disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio de, de derecho civil de Galicia (DOG núm. 124, de 19 de junio de 2006) introducida como objeto único de norma en la Ley núm. 10/2007 de 28 de junio de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006 de derecho civil de Galicia DO Galicia 2 de julio 2007). El legislador

parte de un concepto de pareja estable dispar, unos, como ocurre en Cataluña, no precisan formalización bastando una convivencia de más de dos años ininterrumpidos o tener un hijo común (art. 234-1. CCCat) otros en cambio sí lo requieren.

La importancia de salvaguardar la dignidad de la pareja concernida por el duelo, particularmente en lo relativo a la vivienda, ha llevado a admitir ciertas soluciones temporales¹⁵³. Sin lugar a dudas debe destacarse la figura catalana del «año de viudedad» o beneficio del año de luto –recogido ya en la *Compilación de Derecho civil de Cataluña*¹⁵⁴– que concede tanto a la persona viuda como a la pareja superviviente no beneficiarias del usufructo universal conservar durante un año la posesión del hogar familiar que fuere propiedad del difunto¹⁵⁵ y «ser alimentado a cargo de este patrimonio, de acuerdo con el nivel de vida que habían mantenido los cónyuges y con la importancia del patrimonio» (art. 231-31 CCCat y para la pareja estable en el art. 234-14 CCCat)¹⁵⁶. Esta fórmula atiende de forma razonable las dificultades económicas que surgen cuando acaece la muerte y se asume también la realidad de un duelo que nace de la vida en común, nutrida servicios recíprocos cuando no tiene correlato hereditario. Nótese como la norma no sólo refiere el derecho a seguir ocupando la vivienda, también incluye los alimentos en consonancia con su posición social y la cuantía del patrimonio del premuerto, por lo tanto, es un derecho

gallego pone el acento en la vocación de permanencia y que esta vocación aparezca de forma evidenciada. Así cuando la DA 3.^a, 2, recoge los requisitos que deben cumplir estas uniones (mayor de edad, capacidad, no existencia de impedimentos de consanguineidad o vínculo) incluye que «convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal».

¹⁵³ Dentro de territorios autonómicos con competencia en Derecho civil el País Vasco ha querido recoger también provisiones protectoras del domicilio en su Ley reguladora de las parejas de hecho (Ley Vasca 2/2003 de 7 de mayo) en la cual reconoce al superviviente el derecho de ostentar a la muerte de la pareja y cuando existiese convivencia (siempre que ello no perjudique la legítima de los herederos forzosos) a la propiedad del ajuar doméstico y al uso de la vivienda común durante el año siguiente a la defunción, «salvo si constituyera nueva pareja de hecho o contrajera matrimonio» (art. 6.2.c) Ley 2/2003).

¹⁵⁴ Art. 25 de Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre *Compilación del Derecho civil de Cataluña*. BOE núm. 175, de 22 de julio de 1960. Recogido después en el artículo 36 del *Codi de família*, en Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del *Código civil de Cataluña* relativo a la persona y la familia (DOGC de 5 de agosto de 2010) que da nueva redacción al Título III (De las relaciones patrimoniales entre cónyuges) e introduce una sección segunda titulada los efectos patrimoniales post mortem del matrimonio en cuyo artículo 11 recoge el llamado «año de luto» (l'any de plor).

¹⁵⁵ Este derecho se aplica sobre la vivienda conyugal como indica la SAP Barcelona «cuando esta forma parte de la masa de la herencia y el cónyuge viudo no ostenta el usufructo sobre el caudal relicto del consorte, no reconociendo dicho derecho al caso de vivienda que no forme parte de la herencia», y ello porque no genera derecho alguno sobre vivienda propiedad de terceras personas. SAP Barcelona (Sección 4.^a) núm. 370/2005, de 17 de junio JUR 2006/214689).

¹⁵⁶ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del *Código civil de Cataluña* relativo a la persona y la familia (DOGC de 5 de agosto de 2010).

crédito contra la herencia del consorte que no depende de la necesidad del supérstite (ni de su régimen económico matrimonial en caso de matrimonio)¹⁵⁷. La solución catalana constituye una protección económica de urgencia y temporal lo que remite su fundamento en última instancia a la dignidad inherente a la persona (viudo o pareja) y da solución adecuada a un cambio patrimonial inesperado y desventajoso que procede la muerte del cónyuge (pareja) coherente con la preferencia que se da en Derecho catalán al régimen de separación de bienes.

2. EN EL DERECHO COMÚN

En lo que respecta al Derecho común, el Código civil no le atribuye derecho sucesorio alguno al conviviente *more uxorio* lo que significa en lo concerniente a la vivienda familiar que a falta de previsión testamentaria al respecto quedaría privado *ipso iure* de título de ocupación debiendo abandonar el hogar¹⁵⁸ lo que hace que habitualmente prosperen las acciones de desahucio interpuestas por los herederos contra la pareja supérstite¹⁵⁹. La base en la que se apoya el legislador común para no concederle derechos sucesorios legales a la pareja de hecho es sólida pues no quiere imponerle los efectos del negocio matrimonial que, pudiendo, no quisieron para sí. El Tribunal Constitucional valida esta postura en sentencia núm. 93/2013 de 23 de abril en la que se declaran inconstitucionales varios preceptos de la Ley Foral Navarra 6/2000 por atribuir a ciertas personas la condición de pareja estable con base en situaciones meramente fácticas (convivir durante un año o tener descendencia común), el Tribunal entiende que imponerles la consecuencia de un concreto régimen jurídico sin tener en cuenta su voluntad «vulnera la libertad de decisión consagrada en el artículo 10.1 CE, al responder básicamente a un modelo imperativo alejado del régimen

¹⁵⁷ Zahino Ruiz lo tiene por una obligación de alimentos a cargo de los herederos sino por un derecho de crédito a participar en los derechos del cónyuge premuerto (ZAHINO RUIZ, 2010, p. 483).

¹⁵⁸ Por conexión véase en Andalucía la protección temporal que reconoce a los miembros supérstites de la pareja para que pueda vivir en la casa durante el año posterior al fallecimiento (Art. 13 de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre de Parejas de hecho de Andalucía). Se trata de una regulación aislada que no se ha generalizado en otras leyes homólogas del entorno del Derecho común de modo que las leyes de parejas de hecho homónimas de otras Comunidades no conceden esta facultad (Vid Ley Andaluza 5/2002, de 16 de diciembre de parejas de hecho de Andalucía (BOJA 28 de diciembre de 2002).

¹⁵⁹ STS 27 marzo 2008, (RJ 2008/4062). En este asunto el Tribunal significó que el conviviente supérstite como tal no ostenta ningún título que le permita mantener la posesión de la vivienda propiedad de la premuerta, la falta de disposición testamentaria en su favor (cuando no puede acreditar otro título) conlleva el éxito de la acción de desahucio que ejercitan los herederos.

dispositivo que resultaría acorde a las características de las uniones de hecho y a las exigencias del libre desarrollo de la personalidad» siendo sólo admisibles aquellos efectos jurídicos que son asumidos por ambos miembros de la pareja¹⁶⁰. Por su parte la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil que en otros ámbitos realiza aproximaciones entre cónyuge y pareja también ha considerado inadecuado otorgarle derechos sucesorios pues no incluye propuesta en este sentido¹⁶¹. Desde un punto de vista técnico jurídico y de respeto a la autonomía privada no sería correcta una asimilación entre ambas categorías, lo contrario podría diluir o hacer irreconocible la institución matrimonial¹⁶².

Con todo, ciertas soluciones testamentarias favorables a la pareja de hecho deberían ser factibles como el usufructo universal con cautela socini o favorecerles con facultades de elección o conmutación cuando concurra a la herencia con descendientes comunes. Ya se admite, como hemos visto, la fiducia sucesoria en favor de pareja de hecho en el artículo 831.6 CC, aunque es más una previsión hecha en atención a la cualidad de progenitor del miembro supérstite que de pareja de hecho pues no se exige siquiera que hayan llegado a convivir¹⁶³. Las soluciones basadas en la autonomía privada son adecuadas y serían suficientes si a futuro se ampliara la libertad de testar, así como la posibilidad de establecer pactos sucesorios, pudiendo por esta vía vincularse efectos hereditarios respecto de aquellas parejas que tuvieren voluntades continuistas y así lo quisieren (hasta que la muerte nos separe) pero no se hayan casado.

Finalmente debe indicarse que la falta de derechos sucesorios *ex lege* en favor del conviviente *more uxorio* no impide reconocer ciertos efectos jurídicos al fallecimiento de uno de sus miembros por razones de justicia. El supérstite cuenta con la acción de enriquecimiento injusto como una forma de compensar vía herencia los desequilibrios generados durante la convivencia. Esta acción que de por sí tiene un alcance limitado¹⁶⁴ no se considera una ver-

¹⁶⁰ STC Pleno núm. 93/2013, de 23 de abril (FFJJ. 9, 10 b y c) 11 b) a d) y 13), RTC 2013/93.

¹⁶¹ Nos referimos a la Propuesta de Código civil de la Asociación de profesores y profesoras de Derecho civil, Tecnos, 2018, antes comentada.

¹⁶² (LÁZARO GONZÁLEZ, 1999, pp. 318 y 319). Isabel Lázaro recoge al respecto los riesgos que tiene el ensanchamiento de la categoría del matrimonio hasta hacerla embeber las parejas de hecho, diluyendo su sentido y contornos normativos. Habrá por tanto que atender en cada caso a las circunstancias para determinar si estamos ante una unión que reúne los elementos que constituyen el contenido esencial del matrimonio o no lo estamos (consentimiento, capacidad).

¹⁶³ TORRES GARCÍA, y DOMÍNGUEZ LUELMO, 2016, p. 437.

¹⁶⁴ No existe equiparación con la pensión de matrimonio, ni se contempla en la ley la compensación alimentaria en caso de necesidad, desequilibrio o por haber trabajado para el hogar, sin embargo, cabe que las partes pacten o pueda invocarse el principio

dadera participación en los bienes de la herencia del difunto compañero pues tal cosa como indica el Tribunal Supremo¹⁶⁵ habría sido tanto como pedir un derecho sucesorio al cual no tienen derecho, por tanto únicamente entraría en la masa hereditaria como derecho al cobro de una cantidad compensatoria cuando haya quedado acreditado el enriquecimiento.

VI. CONCLUSIONES

I. El legislador común no le concede al viudo en sede sucesoria ni derechos específicos sobre la vivienda propiedad del causante ni facultades de atribución preferente que le permitan satisfacer su interés por permanecer en ella tras el fallecimiento del cónyuge propietario, dejando esta decisión a la voluntad del testador expresada en disposiciones de última voluntad o al acuerdo con los herederos. Vista la naturaleza reducida de la legítima viudal pobre comparativamente con los derechos de los demás herederos forzosos pues opera sobre una cuota abstracta de la herencia y las amplias facultades de conmutación que tienen los herederos por una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo (art. 839 CC) es evidente que el legislador común no quiere imponer a los herederos la carga de soportar el usufructo del viudo si así no lo hubiere dispuesto el causante.

II. Se suele justificar la reducida cuota legal del viudo en el Derecho común en la preferencia del sistema de gananciales como régimen económico matrimonial a falta de pacto, un sistema que ya le concede sobre la vivienda habitual ganancial un derecho a adjudicársela en su haber pudiendo pagar el exceso con dinero propio por lo tanto esta es la vía por la que el legislador atiende el interés del viudo por permanecer en la vivienda. El problema resi-

general de prohibición de enriquecimiento injusto cuando la pareja se dedicó en exclusiva al cuidado de los hijos y del hogar familiar. El Tribunal Supremo admite que el daño del fallecimiento provocado por las uniones de hecho de larga duración pueda ser causa legítima de reclamación si aportaron algo a la creación del patrimonio del otro o se apreciara enriquecimiento injusto y el Tribunal Supremo en STS núm. 2001 de 27 de marzo acoge la necesidad jurídica de compensar económicamente al conviviente en peor situación económica tras la ruptura de la convivencia en una cuantía prudencial según las circunstancias «al menos para ayudar al tránsito a la nueva situación de hecho creada» (STS 27 marzo 2001, RJ 2001/4777). En la STS 15 enero 2018 (RJ 2018/76) queda patente el carácter restrictivo de la acción de enriquecimiento injusto cuando la dedicación a los hijos y al hogar no fue exclusiva, o no hubo pérdida de expectativas o abandono de una actividad en beneficio propio por otra en beneficio del demandado ni desatendió su propio patrimonio o le impidió obtener beneficios por el desarrollo de una actividad remunerada.

¹⁶⁵ STS 6 mayo 2011, (RJ 2011/3843).

de *a contrario* en las dificultades de obtener este mismo efecto cuando el bien fuere privativo pues entonces a falta de previsión testamentaria el viudo no está facultado para imponerle a los herederos nudo propietarios su decisión quedarse en la vivienda o adjudicarse el inmueble. Estas dificultades se resolverían mejor si se estableciera un marco básico protector de la vivienda habitual que evite desposesiones consecuencia de la falta de previsión testamentaria del causante propietario.

III. La tendencia actual reformadora tanto en los derechos forales como en los derechos de nuestro entorno va en la línea de despejar los obstáculos a que el viudo pueda permanecer en el que ha sido su hogar con el fallecido, si lo desea y fuera posible como una solución más adecuada a las actuales sociedades urbanitas y envejecidas. En este contexto, introducir unos mínimos legales beneficiosos para que el cónyuge pueda permanecer en la casa bien a través de un derecho de usufructo o habitación sobre la vivienda habitual o la adquisición preferente del inmueble con pago del sobreexceso a los herederos, debe entenderse admisible como un nuevo balance en el equilibrio de intereses entre el viudo y los herederos (descendientes y ascendientes) como solución proporcionada aun cuando se trate de una vivienda privativa del fallecido siempre que el bien no fuere de especial significado familiar para los herederos.

IV. Dada la importancia práctica que tiene la capitalización en Derecho común deben mejorarse los criterios de valoración de los derechos sucesorios del cónyuge *in re aliena*. Actualmente las bases de un eventual acuerdo con los herederos tropiezan con la baja tasación del valor del usufructo cuando el cónyuge es mayor. Al seguirse normalmente las pautas fijadas en el impuesto de sucesiones sus derechos serán menores cuanto mayor sea la edad (importe decreciente) pudiendo atribuirse a las nudas propiedades el 90% del precio del inmueble cuando la persona tenga ochenta o más años, un valor muy superior al importe que las mismas obtendrían en empresas inversoras (compradoras de inmuebles con usufructos vitalicios). Sería conveniente determinar otros modelos adecuados de capitalización que orienten esta labor.

V. Otra mejora indudable que proponemos en este trabajo es el fortalecimiento legal de las facultades electivas del viudo. En la práctica testamentaria suele garantizarse su continuidad en la casa a través de fórmulas fuertes como el usufructo universal con cautela sociniana o la fiducia sucesoria –fórmulas que palian la deficiente regulación civil y que convendría aquilatar con objeto de no dejar sus contornos a la sola interpretación de la voluntad del testador–

pero estas figuras *in re aliena* tienen ciertas dificultades. El usufructo universal conservativo tiene el inconveniente de la gestión de los bienes y el deber de mantener incólume el patrimonio para transmitirlo y se requiere nuevos consensos con los herederos para atender necesidades económicas sobrevenidas, además no tendrá acceso a vías de liquidez de las que podría disponer si la casa fuera de su propiedad como la hipoteca inversa, la venta de nuda propiedad o la constitución de una renta vitalicia sobre el inmueble. Tampoco la fiducia sucesoria es la solución más idónea para la persona mayor por requerir en el cónyuge habilidades para la gestión patrimonial. De esta manera lo que pudo ser adecuado cuando se hizo el testamento podría después de la muerte no ser la solución óptima, una ampliación de las facultades electivas del viudo no haría depender del acuerdo con los herederos la concreción de los derechos viudales sobre la casa (avocación de la vivienda habitual en plena propiedad o constitución de usufructo sobre esta con capitalización del resto). En el ejercicio de las facultades electivas puede pesar también el interés del viudo por una cierta desvinculación respecto de los herederos que no sean sus hijos algo que favorece la dignidad, libertad y el desarrollo de su personalidad.

VI. Desde un concepto amplio de hogar, cabría extender las mejoras de la posición del viudo no sólo a garantizarle la permanencia en la vivienda, también, cuando se tratara de una persona mayor o con discapacidad, dejarle debidamente atendido en sus necesidades de cuidados, sobre todo en escenarios de hijos con desafección o desunidos entre ellos o en el supuesto de herederos que no fueran hijos suyos. Cuando un viudo anciano no es agraciado por el testador con una renta vitalicia el mero usufructo sobre la vivienda habitual podría resultar insuficiente para garantizar su bienestar, lo que compromete el objetivo de política pública dispuesto en el artículo 50 CE. Toda persona mayor, tras la muerte del cónyuge propietario, debería contar, al menos, al menos con un legado de usufructo o habitación sobre la vivienda habitual más una renta vitalicia o legado de pensión periódica (art. 880 CC) como algo exigible en las sociedades longevas. Sería una solución óptima tanto para la sucesión intestada si hubiere descendientes (o ascendientes según el sistema actual) como para la testada cuando el causante no hubiere dejado suficientemente atendido a su cónyuge.

VII. Respecto a las parejas de hecho, el Derecho común ha resistido la presión de equipararlas al matrimonio sobre la base de que no cabe imponerle las consecuencias de la relación jurídica matrimonial a los que no la quisieron, no cabiendo extensión analógica ni en materia de ruptura de relación conyugal ni en derechos

sucesorios. Esta postura es coherente con la especificidad tanto del matrimonio como de la pareja que reside en la voluntad de quedar o no sujetas a los efectos y estatuto jurídico matrimonial. Dicho esto, deben acogerse favorablemente las soluciones testamentarias beneficiosas para la pareja de hecho respecto de los herederos que sean descendientes comunes como se ha admitido con la fiducia sucesoria en el artículo 831.6 CC, y concederles facultades de elección o conmutación preferentes en estos casos. También podrían encontrarse de *lege ferenda* vías de protección del miembro supérstite a través de los pactos sucesorios, pues estas soluciones basadas en la autonomía privada pueden funcionar muy bien (sin fricciones) en parejas con vocación de permanencia que no se hayan casado.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAKISTAIN ARRIOLA, Maitena: «La primacía del supérstite en la sucesión legal en Inglaterra. Comparativa con la regulación del Código civil y el Derecho civil vasco», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 35, 2023, pp. 98-125.
- ALVAREZ LATA, Natalia: «Comentario al artículo 660 CC» en *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, 2009 (BIB 2009/1705).
- ARÉVALO GUTIÉRREZ, Alfonso: «Capítulo 35. Derecho a la vivienda de los mayores y alojamientos alternativos: cohousing y viviendas tuteladas», en *Tratado de Derecho de Derecho de Mayores*, (Adroher Biosca, Salomé, Dir.), Civitas, 2024, pp. 797-816.
- ATXUTEGI GUTIÉRREZ, Jon: «El derecho de alimentos sucesorio, ¿alternativa a la legítima?», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 35, 2023, pp. 126-147.
- BARRIO GALLARDO, Aurelio: «Estudio histórico-comparado de la libertad de testar en Inglaterra y Aragón», *Revista de derecho aragonés*, núm. 17, 2011, pp. 45-92.
- «La family provision inglesa: paradigma de las restricciones flexibles a la libertad de testar», *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* (Universidad Nacional de la Plata), núm. 48, 2018, pp. 103-124.
- BENAVENTE MORERA, Pilar: «Jornada sobre «Perspectivas actuales de la Solidaridad Familiar», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 9, 2023, pp. 225-242.
- BERNAD MAINAR, Rafael: «Reflexiones sobre la conservación o supresión de la cuota legítima en la futura reforma de sucesiones del Código civil», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, 2019, pp. 374-413.
- CALDUCH, GARGALLO, Manuel: «Los derechos sucesorios del viudo en Vizcaya y Ayala I: El usufructo legal del viudo en Vizcaya: naturaleza jurídica, requisitos y objeto», *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, vol. 55, núm. 2, 2007, pp. 11-48.
- CARRASCO PERERA, Angel: «¿Te “ningunean” tus hijos? ¡Desherédalos!», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 896, 2014, p. 3.
- CAZORLA GONZALEZ, M Carmen: «La legítima en el Derecho sucesorio español y sus consecuencias, a debate», *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 2020, pp. 3-20.

- CERVILLA GARZÓN, María Dolores: «La delimitación conceptual del fideicomiso de residuo en el Derecho actual», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 738, 2013, pp. 2173-220.
- COBAS COBIELLA, María Elena: «El sistema legitimario español. Una nueva configuración en orden a los nuevos modelos familiares», *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 9, 2022, pp. 2404-2431.
- «Aspectos sustantivos del derecho hereditario», en Vol. *Derecho de sucesiones*, (sel. por J. Alventosa del Río, y dir. por M. E. Cobas), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 138-703
- CORRIPIO GIL DELGADO, María de los Reyes: «La protección patrimonial de la persona mayor», *Anuario de Derecho civil*, núm. 73, 2020, pp. 101-141.
- CUADRADO PÉREZ, Carlos: «Visión crítica del sistema de legítimas del Código civil español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 796, 2023, pp. 725-800.
- CUENA CASAS, Matilde: «Vivienda familiar y concurso de acreedores», *Actualidad civil*, núm. 9, 2023.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «Las legítimas de padres y ascendientes: una figura a revisar», *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 2023, pp. 117-142.
- «El derecho de predetracción del ajuar familiar del cónyuge supérstite (art. 1321)», en *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos*, (dir. por JR De Verda y Beamonte y Coord. por A. Carrión Vidal y G. Muñoz Rodríguez), Tirant lo Blanch, 2022, pp. 515-536.
- «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)», *Aranzadi Civil*, 2006, pp. 2099-2133.
- «La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijos o descendientes (art. 808 CC, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre)», *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio 2004, pp. 259-270.
- DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil. Vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Tecnos, 2006.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago: «Derechos del cónyuge viudo en el código civil y viudedad aragonesa», en *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, (dir. por M. C. Gete-Alonso y Calera, coord. por J. Resida), Thomson Reuters, 2016, pp. 759-836.
- ESTELLÉS PERALTA, Pilar María: *Dolencias del Derecho civil de sucesiones 130 años después de la aprobación del Código civil español*, Tirant, 2022. (TOL 9003620).
- FERNANDEZ CAMPOS, Juan Antonio: «La conmutación del usufructo legitimario del cónyuge viudo en el Código civil», *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 16, 1998, pp. 53-73.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio: «La inacabada reforma de la legítima del cónyuge viudo», en *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, (coord. por AL REBOLLEDO VARELA), Dykinson, 2010 pp. 263-296.
- «Usufructo legitimario del cónyuge viudo», en *Tratado de usufructo*, (coord. por A. Lecifena Ibarra) Wolters Kluwer, 2016, pp. 1065-1125.
- *El derecho real de habitación en el Código civil. Una alternativa para el acceso a la vivienda*, Aranzadi, 2023.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka Horacio: «Una propuesta doctrinal de reforma del régimen sucesorio del Código civil español», *Iura Vasconiae*, núm. 17, 2020, pp. 315-340.

- GARRIDO DE PALMA, Victor Manuel: «El usufructo universal de viudedad, su configuración especial en Galicia», *Anuario de Derecho civil*, vol. 26, núm. 2, 1973, pp. 483-506.
- «El artículo 831 del Código civil», *Revista Jurídica del notariado*, núm. 108-109, enero-junio 2019, pp. 237-262.
- GOMÁ LANZÓN, Ignacio: «¿Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI?», en *Las legítimas y la libertad de testar*, (dir. por F. Capilla Roncero), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 61-75.
- HERNANDEZ IBÁÑEZ, Carmen: «Algunas reflexiones en torno al usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, (coord. por M. Cuenca Casas, L. A. Anguita Villanueva, J. Ortega Doménech), Madrid, Dykinson, 2013, pp. 1385-1404.
- JORBA, Oscar: «La vivienda habitual del cónyuge superviviente», *Revista quincena fiscal*, núm. 10, 2010 (BIB 2010/755).
- LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel: *Las uniones de hecho en el Derecho internacional privado*, Tecnos, 1999.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: *La conmutación de la legítima*, Tecnos, 1989.
- *La liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002.
- LÓPEZ FRÍAS, Ana: «Preguntas que plantea en el siglo XXI la partición de los bienes sometidos a sustitución fideicomisaria», *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, mayo-junio 2021, pp. 67-103.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: «Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, 2010, pp. 185-218.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Sentencia 16 de diciembre 2014. Institución en el usufructo vitalicio de la herencia en favor del cónyuge viudo. Doctrina del Tribunal Supremo», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 101, 2016, pp. 35-46.
- MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: «El ejercicio de los derechos de atribución preferente y sus consecuencias en la liquidación y la partición de la sociedad de gananciales: una propuesta de lege ferenda», *Revista de Derecho civil*, núm. IV, 2019, pp. 1059-1132.
- MATEO VILLA, Iñigo: «De la reforma suiza del Derecho sucesorio», *Revista de Derecho civil*, núm. 1, 2023, pp. 59-74.
- MASIDE MIRANDA, Jose Enrique: *Legítima del cónyuge superviviente*, Colegio de Registradores de la Propiedad y mercantiles de España, 1989.
- MONDRAGÓN MARTÍN, Hilario, *La legítima en el Derecho español*, Universitat Jaume I, 2019.
- MONTERO AROCA, Juan: *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003.
- NAVAU MARTÍNEZ-VAL, Pilar: «Capítulo 27. La fiscalidad del seguro de renta vitalicia y otros instrumentos de garantía de ingresos estables para las personas mayores», en *Tratado de Derecho de Derecho de Mayores*, (dir. Por S. ADROHER BIOSCA), Civitas, 2024, pp. 583-607.
- NIETO ALONSO, Antonia: *Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación. La atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad*, La Ley Wolters Kluwer, 2014.

- NOGUERA NEBOT, Tomás, Algunas cuestiones sobre la protección de determinados familiares mediante la sustitución fideicomisaria, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, 2020, pp. 1822-1836.
- NÚÑEZ MUÑOZ, María del Carmen: «El usufructo universal y el legado de usufructo universal: análisis particular del ejercicio y titularidad de la acción de desahucio», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 747, 2015, pp. 434-450.
- PALLARÉS NEILA, Javier: *La protección de la vivienda habitual como exigencia del derecho a vivir de forma independiente de las personas con discapacidad*, Universidad Rey Juan Carlos, 2017.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat: «La obsolescencia no programada de los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el Código civil español», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 22, 2019, pp. 48-78.
- PEREZ GALLARDO, Leonardo B., y PEREIRA PÉREZ, Joanna: «Del cuidado familiar como derecho humano», *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 2023, pp. 3-24.
- PEREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo: «Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil: aporías de su actual redacción», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 72, núm. 3, 2019, pp. 1133-1202.
- REAL PEREZ, Alicia: *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil*, Montecorvo, Madrid, 1988.
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes», *Anuario de Derecho civil*, núm. 3, 1998, pp. 1105-1178.
- ROCA TRÍAS, Encarna: «La libertad de testar: entre Constitución y familia», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 24, 2020, pp. 13-46.
- ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho de Sucesiones*, Bosch, Madrid, 2002.
- RONCHETTI, Alfredo Fernando: «Calidad de Vida en la Ancianidad: Más Libertad de Testar es Más Justicia», *Oñati Socio-Legal Series*, núm. 8, 2011, pp. 1-18.
- RUBIO GARRIDO, Tomás, *Las deudas de la herencia y la comunidad hereditaria*, Aranzadi, 2022 (BIB 2022/2049).
- RUEDA ESTEBAN, Luis: *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del CC auténtica fiducia sucesoria en Derecho civil común*, Consejo General del Notariado -La Ley, 2015.
- SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: «Valoración del legado de cosa determinada», *Revista de Derecho civil*, vol. IX, núm. 2, abril-junio, 2022, pp. 339-343.
- TORRES GARCÍA, Teodora Felipa y DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «La legítima en el Código civil (II)», en *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, (dir. por MC Gete-Alonso y Calera, y Coord. por J. Solé Resida), Thomson Reuters, 2016, pp. 417-475.
- VAQUER ALOY, Antoni: «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», *In Dret*, núm. 3, 2007, 25 págs.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos: *Particiones hereditarias, liquidación de ganancias y demandas judiciales*, (Tomo I), Dijusa, 2002.
- VELA SANCHEZ, Antonio J.: «El contrato de vitalicio como alternativa apropiada a la desheredación», *Anuario de Derecho civil*, jul-sept, 2023, pp. 989-1040.
- VILLÓ TRAVÉ, Cristina: «Visión crítica de la compensación por trabajo doméstico en el derecho civil español», *Anuario de Derecho civil*, enero-marzo, 2024, pp. 133-216.
- VIVES VELO DE ANTELO, M. P.: «Acerca de los derechos sucesorios del cónyuge viudo: una perspectiva comparada con el Derecho Italiano», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, vol. 14, núm. 1, pp. 504-524.

VIVAS TESÓN, Inmaculada: «El error en el consentimiento en la aceptación tácita de la herencia por deudas imprevistas. Comentario a la STS de 15 de marzo de 2021 (RJ 2021,1186)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, núm. 118, 2022, pp. 81-112 (BIB 2022/192).

ZABALO ESCUDERO, M. Elena: *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado y derecho interregional*, Aranzadi, Pamplona, 1993.

ZAHINO RUIZ, María Luisa: «Los efectos patrimoniales post mortem del matrimonio: los derechos viduales familiares (art. 35 y 36 del Código de familia de Cataluña)», en *Los regímenes económico matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, (Coord. por F. Lledó Yagüe y MP Ferrer Vandrell), Dykinson, 2010, pp. 423-438.

JURISPRUDENCIA

1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- ATC Pleno núm. 203/2005, de 10 de mayo (JUR 2005/150362).
- STC Pleno núm. 184/1990, de 15 de noviembre de 1990 (RTC 1990/184).
- STC Pleno núm. 222/1992, de 11 de diciembre (RTC 1999/222).
- STC Pleno núm. 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013/93).
- STC Pleno núm. 40/2014 de 11 de abril (RTC 2014/40).
- STEDH de 19 de enero de 2023 (TEDH 2023/12).
- STEDH de 26 de enero de 2023 (TEDH 2023/15).

2. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS (1.ª Civil) 11 enero 1950, Ponente D. Celestino Valledor (RJ 1950/21).
- STS (1.ª Civil) 28 junio 1962, Ponente D. Joaquín Domínguez de Molina (RJ 1962/3094).
- STS (1.ª Civil) 22 enero 1963, Ponente D. Francisco Bonet Ramón (RJ 1963/447).
- STS (1.ª Civil) 20 octubre 1987, Ponente D. Rafael Pérez Gimeno (RJ 1987/7303).
- STS (1.ª Civil) 31 diciembre 1994, Ponente D. Jesús Marina Martínez Pardo (RJ 1994/10330).
- STS (1.ª Civil) 18 enero 2001, Ponente D. Xavier O´Callaghan Muñoz (RJ 2001/1319).
- STS (1.ª Civil) 4 octubre 2001, Ponente D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 2001/7542).
- STS (1.ª Civil) 27 marzo 2001, Ponente D. José Almagro Nosete (RJ 2001/4770).
- STS (1.ª Civil) 3 marzo 2000, Ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2000/1501).
- STS (1.ª Civil) 27 junio 2000, Ponente D. Jesús Corbal Fernández (RJ 2000/5909).

- STS (1.ª Civil) 3 de marzo 2002, Ponente D.ª M.ª Angeles Parra Lucán (RJ 2022/1164).
- STS (1.ª Civil) 6 abril 2006, Ponente D. Xavier O'Callaghan Muñoz (RJ 2006/2218).
- STS (1.ª Civil) 27 marzo 2008, Ponente D.ª Encarnación Roca Trías (RJ 2008/4062).
- STS (1.ª Civil) 8 mayo 2008, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos (RJ 2008/2964).
- STS (1.ª Civil) 27 mayo 2010, Ponente D. Antonio Salas Carceller (RJ 2010/5158).
- STS (1.ª Civil) 6 mayo 2011, Ponente D.ª Encarnación Roca Trías (RJ 2011/3843).
- STS (1.ª Civil) 20 enero 2014, Ponente D. Francisco Javier Orduña Moreno (RJ 2014/2229).
- STS (1.ª Civil) 21 abril 2014, Ponente D. Fco. Javier Orduña Moreno (RJ 2015/1913).
- STS (1.ª Civil) 3 septiembre 2014, Ponente D. Fco. Javier Orduña Moreno (RJ 2014/4795).
- STS (1.ª Civil) 16 diciembre 2014, Ponente D. Fco. Javier Orduña Moreno (RJ 2014/6780).
- STS (1.ª Civil) 9 diciembre 2015, Ponente D. Eduardo Baena Ruiz (RJ 2015/5895).
- STS (1.ª Civil) 15 enero 2018, Ponente D.ª M.ª Angeles Parra Lucán (RJ 2018/76).
- STS (1.ª Civil) 24 mayo 2019, Ponente D. Francisco Javier Orduña Moreno (RJ 2019/2113).
- STS (1.ª Civil) 21 diciembre 2020, Ponente D. Juan María Díaz Fraile (RJ 2020/5037).

3. SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA Y AUDIENCIAS PROVINCIALES

- STSJ Cataluña (Sala de lo Civil y Penal) 8 junio 1993 (RJ 1993/6325).
- STSJ Illes Balears, (Sala de lo Civil y Penal) 6 mayo 2013 (RJ 2013/5760)..
- SAP A Coruña (Sección 5.ª) núm. 484/2016, de 30 de diciembre (AC 2017/184).
- SAP Barcelona (Sección 4.ª) núm. 370/2005, de 17 de junio (JUR 2006/214689).
- SAP Ciudad Real (Sección 2.ª) núm. 48/2007, de 22 de febrero (JUR 2007/265414).
- SAP Las Palmas (Sección 4.ª) núm. 145/2007, de 30 de marzo (JUR 2007/147837).
- SAP Girona (Sección 2.ª) núm. 44/1998, de 4 febrero (AC 1998/262).
- SAP Madrid (Sección 14.ª) núm. 293/2019, de 30 de septiembre (JUR 2019/309119).
- SAP Valencia (sección 10.ª) núm. 339/2004, de 31 de mayo (JUR 2005/2332).
- SAP Valencia (Sección 7.ª) núm. 72/2023, de 15 de febrero (JUR 2023/297490).

- SAP Zamora (Sección 1.ª) núm. 202/2012, de 3 de diciembre (JUR 2013/9351).
- SAP Madrid (Sección 21.ª), núm. 33/2022, de 8 de febrero (JUR 2022/141639).

4. RESOLUCIONES DE LA DGRN/DGFPSJ Y CONSULTAS DGT

- RDGRN de 3 de febrero 1997 (RJ 1997/853).
- RDGRN núm. 11320/2016, de 14 de noviembre (RJ 2016/5760).
- RDGRN, núm. 10946/2019, de 3 de julio (RJ 2019/3059).
- RDGSJFP, núm. 2098/2021, de 29 de enero (RJ 2021/507).
- RDGSJFP, núm. 25387/2023, de 23 de noviembre (JUR 2023/438380).
- DGT CONSULTA núm. 1477/9532 (JUR 2004/9532).