

ALGUNOS ASPECTOS DE LA LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE VIUDO SEPARADO DE HECHO. PERSPECTIVAS DE FUTURO¹

M.^a CARMEN CRESPO MORA

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.-II. APUNTE HISTÓRICO.-III. LA LEGÍTIMA DEL SEPARADO DE HECHO EN EL CÓDIGO CIVIL. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 834 CC.-IV. RELEVANCIA DE LA CULPA DEL PREMUERTO PARA EL SURGIMIENTO DE LA LEGÍTIMA A FAVOR DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE.-V. POSIBILIDAD DE CONTINUAR EL PLEITO TRAS LA MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 835 CC.-IV. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Aunque son numerosos los interrogantes jurídicos que suscitan los derechos sucesorios del cónyuge viudo voy a centrar mi atención únicamente sobre un aspecto muy concreto: la legítima que le corresponde al cónyuge que, en el momento del fallecimiento de su consorte, se encontraba separado de hecho del mismo.

Pese a que, en virtud del artículo 68 Cc, los cónyuges tienen el deber legal de vivir juntos es fácilmente constatable la existencia, en la

¹ El presente estudio se concluyó cuando el Anteproyecto de ley por el que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio, se encontraba en fase de tramitación parlamentaria. Debido a la entrada en vigor de la Ley 15/2005 por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, las conclusiones de este estudio habrán de ser aplicadas a todas aquellas sucesiones de separadas de hecho fallecidas con anterioridad a la promulgación de la citada Ley.

práctica, de numerosos matrimonios que viven separados sin haber legalizado previamente su situación. Durante la separación de hecho, los cónyuges mantienen vidas económica y personalmente independientes: es frecuente que cada uno de los consortes vuelva a formar una nueva unidad familiar, y resulta igualmente habitual que, durante esta separación fáctica, cada uno de ellos adquiera bienes unilateralmente sin contar con la colaboración del otro.

Si los cónyuges adoptaron el régimen económico matrimonial de gananciales, los problemas se plantean, en primer lugar, a la hora de liquidar la sociedad ganancial como consecuencia de la posterior sentencia de separación o divorcio. Estos problemas surgen porque, pese a que son diversos los remedios jurídicos que nuestro Ordenamiento proporciona a los separados de hecho para evitar desavenencias en el ámbito de las relaciones patrimoniales (*v. gr.*, la posibilidad de adoptar otro régimen económico matrimonial a través de las correspondientes capitulaciones; la posibilidad de solicitar la disolución judicial de la sociedad de gananciales *ex* artículo 1393.3.º Cc), no es infrecuente que los separados de esta forma ignoren completamente estos remedios. En este punto las fricciones surgen cuando el consorte no adquirente solicita la inclusión en el activo de la sociedad de gananciales de los bienes adquiridos unilateralmente por el otro durante la separación de hecho, sin haber contribuido en absoluto en tal adquisición.

Los problemas patrimoniales derivados de este tipo de separaciones no sólo se presentan tras las sentencias de separación y divorcio, sino que también se evidencian en la liquidación que se ha de efectuar tras el fallecimiento de uno de los separados de hecho. En concreto, cuando el cónyuge superviviente que se encontraba separado de hecho de su consorte en el momento del fallecimiento del mismo, reclama la correspondiente legítima viudal. En ocasiones, tal solicitud puede devenir claramente injusta, sobre todo, en separaciones de hecho muy prolongadas en las que el solicitante de los derechos sucesorios es quien previamente abandonó y se desprecupó del cónyuge fallecido. Y mayor es la injusticia cuando, finalmente, el usufructo recae sobre bienes que fueron adquiridos unilateralmente por el cónyuge fallecido durante el periodo de separación fáctica. Dejando de lado la calificación ganancial o privativa que merezcan los bienes adquiridos en tales circunstancias, con el presente estudio trataré de determinar si, a la vista de los artículos 834 y 835 Cc, el cónyuge superviviente separado de hecho pierde o conserva su legítima en la sucesión de su consorte. Pretendo averiguar igualmente lo que sucede cuando la sucesión se abre durante la tramitación del proceso de separación.

Los citados preceptos, introducidos en nuestro Código civil por la Ley de 24 de abril de 1958, permanecieron inalterados tras las reformas producidas en virtud de las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981. Como posteriormente demostraré, la promulgación de las citadas leyes generó graves problemas de interpretación y coordinación. Así, mientras que el artículo 945 Cc otorga los mismos efectos a la separación judicial que a la separación de hecho de mutuo acuerdo que conste fehacientemente, existen dudas sobre si el artículo 834 Cc acoge a esta última. De igual forma, mientras que en los preceptos reguladores de la separación ha desaparecido la distinción entre cónyuge culpable e inocente, tal diferencia se sigue conservando en el artículo 834 Cc ya que, según el mismo, sólo conservará la legítima el cónyuge separado judicialmente que sea inocente.

Aunque antes de 1981 toda la doctrina defendía que el cónyuge separado de hecho conservaba sus derechos legitimarios, tras las reformas operadas en aquella fecha desapareció la unanimidad doctrinal. En cualquier caso, todas estas cuestiones han recibido respuesta en el recientemente aprobado Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio. El citado Anteproyecto suprime la posibilidad de continuar el pleito de separación tras la muerte de uno de los cónyuges prevista en el vigente artículo 835 Cc y modifica el artículo 834 Cc, apoyando la tesis de los que sostienen que la separación de hecho de los consortes es una situación que provoca la pérdida de la legítima o usufructo viudal. A su vez, la reforma elimina cualquier referencia a la culpa de los consortes. Ahora bien, para que se consolide este resultado habrá que esperar la correspondiente tramitación parlamentaria².

II. APUNTE HISTÓRICO

Como han puesto de manifiesto diversos autores³, los derechos sucesorios del cónyuge viudo tienen un origen histórico relativamente reciente. Prueba de ello es que, con anterioridad a la época de Justi-

² Ha de advertirse que la presente ley contiene previsiones muy parecidas a las recogidas en el Anteproyecto. La única diferencia es la modificación del artículo 945 Cc, que no aparecía prevista en el proyecto originario.

³ CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil español, común y foral*, Tomo VI, Vol. II, Madrid 1979, p. 612), CANO TELLO («El artículo 834 Cc desde las perspectiva de los derechos históricos y de los nuevos principios del Derecho de familia español», *Centenario del Código civil (1889-1989)*, Tomo I, Madrid 1990, p. 394) y RIVAS MARTÍNEZ (*Derecho de sucesiones. Común y foral*, Tomo II, Vol. 1.º, 3.ª ed., Dykinson, Madrid 2004, p. 503).

niano, la búsqueda de cualquier antecedente de estos derechos resulta totalmente estéril. Ya en esta época, las Novelas 53 y 117 recogían la «cuarta uxoria» reconocida, en un principio, en caso de repudio sin justa causa, aunque, posteriormente, pasó a ser concedida a la viuda (no al viudo) pobre e indotada. Esta porción se le adjudicaba en propiedad cuando concurría con herederos de su difunto consorte que no fueran descendientes y, en usufructo, cuando concurría con hijos propios. Sin embargo, la «cuarta uxoria» —que no podía exceder de 100 libras de oro— no tuvo en ningún momento la consideración de una cuota legitimaria, sino que se trataba más bien de un sucedáneo de la dote⁴.

Por su parte, los germanos, vía consuetudinaria, permitieron cierta participación de la viuda en los bienes hereditarios del marido difunto. De hecho, las legislaciones germánicas de la Edad Media (a saber, la *Lex visigothorum*, la *Lex baiovariorum* y la *Lex burgundionum*) otorgaron determinadas cuotas en usufructo a favor de la viuda.

El Derecho islámico también concedió algunos derechos al cónyuge viudo⁵. Estos derechos consistían en la mitad o cuarta parte —cuando el viudo era el marido— y en la cuarta u octava parte —cuando la viuda era la mujer—. Pero, en cualquier caso, ha de reconocerse las escasas repercusiones de este Derecho sobre los reinos cristianos.

El texto legal de nuestra Edad Media que, por primera vez, hace expresa referencia a los derechos del cónyuge viudo es el Fuero Juzgo (Leyes 13 y 15, Título II, Libro IV). Éste concedía a la madre viuda (pero no al viudo) el usufructo de una porción igual a la de cada hijo mientras no contrajera segundo matrimonio. También han de ser tenidos en cuenta ciertos Fueros Municipales, entre los que destacan el de Cuenca o el de Baylo, que dejaron en el olvido cualquier vestigio del Fuero Juzgo en relación con los derechos del cónyuge viudo en la sucesión de su consorte.

El siguiente paso en esta evolución los constituyen las Partidas, que conllevan la resurrección, aunque modificada, de la cuarta marital romana. Las Partidas (Ley 7.^a, Título XIII, Partida 6.^a) no concedían a la viuda un usufructo sino que, al igual que en el Derecho romano, le otorgaban la posibilidad de heredar en propiedad hasta la cuarta parte de los bienes del marido, siempre que ésta fuera pobre o que no pudiera vivir honestamente de sus bienes. Por ello, la natu-

⁴ CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil español, común y foral, op. cit.*, p. 613).

⁵ PUIG PEÑA (*Tratado de Derecho civil español. Sucesiones*, Tomo V, Vol. II, Madrid 1963, p. 354) y CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil español, común y foral, op. cit.*, p. 613).

raleza de esta cuarta marital estaba más cerca de un derecho de alimentos para que la viuda pudiera vivir honestamente, que de una verdadera cuota legitimaria.

Dando un gran salto en el tiempo —pues en el presente trabajo se pretende ofrecer un mero apunte de la evolución histórica de estos derechos—, el Proyecto de Código civil de 1851 recoge varios artículos relacionados con la legítima del viudo. En concreto, el artículo 773 recuerda lo que finalmente llegaré a ser el artículo 834 en el Código civil de 1889, ya que condicionaba la atribución de la porción hereditaria al cónyuge viudo al hecho de que éste no se hallara divorciado al fallecer el causante o que lo estuviese por culpa del causante⁶.

Finalmente, el citado artículo 773, tras ser modificado, se convierte en el artículo 834 del Código civil de 1889. La redacción original de este precepto decía lo siguiente: «El viudo o viuda que al morir su consorte no se hallase divorciado, o lo estuviere por culpa del cónyuge difunto, tendrá derecho a una cuota, en usufructo, igual a la que por legítima corresponda a cada uno de los hijos o descendientes legítimos no mejorados. Si no quedara más que un solo hijo o descendiente, el viudo o viuda tendrá el usufructo del tercio destinado a mejora, conservando aquél la nuda propiedad, hasta que por fallecimiento del cónyuge superviviente se consolide en él el dominio. Si estuvieren los cónyuges separados por demanda de divorcio, se esperará al resultado del pleito. Si entre los cónyuges hubiere mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos».

La reforma del Código civil de 24 de abril de 1958 modificó esta materia, quedando redactado el artículo 834 Cc tal y como hoy lo conocemos. Sin embargo, el precepto actual no contiene ya los dos últimos párrafos del antiguo —que pasan a integrar el artículo 835 Cc— a la vez que se sustituye la palabra divorciado por el término más adecuado de separado, ya que el divorcio vincular no fue introducido en nuestro Derecho hasta 1981.

Para terminar con esta rápida evolución histórica, hay que recordar dos importantes reformas legislativas que afectan en gran medida a este tema: la reforma producida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, sobre modificación del Código civil en materia de filiación, pa-

⁶ Según el artículo 773 del Proyecto de Código civil de 1851 «el viudo o viuda, que al morir su consorte no se hallase divorciado o se hallase por culpa del mismo consorte, le heredará en el quinto, si deja algún descendiente; en el cuarto, si deja algún ascendiente; y a falta de unos y de otros, en el tercio». Sin embargo, a diferencia del posterior artículo 834, el artículo 773 atribuye al viudo o viuda la cuota legitimaria en propiedad.

tria potestad y régimen económico del matrimonio —que introduce en el Código civil ciertas modificaciones en materia sucesoria— y la operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre modificación de la regulación del matrimonio en el Código civil y determinación del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Entre las distintas modificaciones que introduce la Ley de 13 de mayo de 1981 es destacable la alteración del orden de llamamientos en la sucesión *abintestato*, dando preferencia al viudo sobre los hermanos. De esta forma, en el derogado artículo 952 Cc, el cónyuge sucedía *abintestato* a su consorte premuerto sólo a falta de descendientes, ascendientes y hermanos e hijos de hermanos, a condición de que no se hallare separado por sentencia judicial firme. En consecuencia, la citada Ley de 13 de mayo de 1981 mejora ostensiblemente la situación del viudo en la sucesión intestada⁷. Por otra parte, resulta igualmente destacable la exclusión del viudo en la sucesión de su consorte, cuando este muere sin testamento, en los casos en los que el cónyuge supérstite «estuviere separado por sentencia firme o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente» (artículo 945 Cc)⁸. La aparición del actual artículo 945 Cc provocó, como ya he indicado anteriormente, importantes problemas de coordinación con el artículo 834 Cc. Precisamente el presente estudio pretende dar respuesta a alguno de estos problemas.

III. LA LEGÍTIMA DEL SEPARADO DE HECHO EN EL CÓDIGO CIVIL. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 834 CC

Los artículos 834 y ss. Cc regulan el derecho del cónyuge viudo a participar con carácter forzoso en la sucesión del premuerto. Para

⁷ Ahora bien, también hay que reconocer que, tras la publicación de la Ley de 13 de mayo de 1981 «la equiparación entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, significa que el cónyuge deja, en lo sucesivo, de ser llamado en casos en los cuales, antes de esta ley, lo era» (Exposición de Motivos que acompaña al Proyecto de Ley de lo que luego fue la Ley de 13 de mayo de 1981, que no contiene la citada Exposición de Motivos). Como pone de manifiesto SERRANO ALONSO («Aspectos sucesorios del nuevo derecho de familia», *La Ley*, 1983-2, p. 1172), la supresión del adjetivo «legítimos» referida a los hijos o descendientes, produce un aumento del número de posibles legitimarios, pues la hipótesis del originario artículo 834 estaba redactada explícitamente sólo en relación con los hijos y descendientes legítimos.

⁸ Según CÁRCABA FERNÁNDEZ («Derechos del cónyuge viudo en la sucesión intestada tras la reforma del Código civil operada por Ley 11/1981, de 13 de mayo», *La Ley*, 1986-1, pp. 1179-1180), la reforma que introduce el artículo 945 Cc en relación con la separación de hecho estuvo precedida de una fuerte polémica. Para conocer los términos de esta polémica véase el «Diario de Sesiones del Pleno del Congreso de los Diputados», celebrado el 17 de diciembre de 1980.

que se atribuya al cónyuge supérstite la cuota usufructuaria prevista en los mismos, constituye un presupuesto necesario la normalidad de las relaciones conyugales. De hecho, dispone el artículo 834 Cc, que el cónyuge viudo conservará su legítima siempre que no «se hallare separado o lo estuviera por culpa del difunto». El principal interrogante jurídico que suscita este precepto es la determinación del alcance del término «separado». Resulta evidente que esta norma se refiere a la separación judicial⁹. Ahora bien, plantea muchas más dudas la posibilidad de que este artículo acoja igualmente a la separación de hecho de los consortes. La solución de esta cuestión reviste gran importancia, ya que las consecuencias que pueden derivarse son muy diferentes según la opción escogida. De esta forma, si defendemos que la separación de hecho o amistosa queda incluida en el artículo 834 Cc, los cónyuges separados de esta forma perderán su legítima (aunque según este precepto, el cónyuge «inocente» seguirá conservando sus derechos legitimarios), consecuencia que no se producirá si, por el contrario, se sostiene que el artículo 834 Cc se refiere únicamente a la separación judicial.

Antes de 1981 la unanimidad de los autores consideraba que el cónyuge separado de hecho conservaba sus derechos legitimarios¹⁰. El Tribunal Supremo, por su parte, se pronunció en idéntico sentido¹¹.

⁹ Tampoco ofrece dudas que carecerá igualmente de derechos legitimarios el cónyuge divorciado sobreviviente, puesto que con el divorcio queda civilmente disuelto el vínculo matrimonial. Así lo declaran las SSTs de 14 de enero y 17 de enero de 1962 [RJ 1962, 445] y 13 de marzo de 1969. También será privado de sus derechos legitimarios el cónyuge viudo cuyo matrimonio haya sido declarado nulo (*vid.* STS de 11 de mayo de 1976 [RJ 1976, 1995]), salvo que la declaración de nulidad se produzca con posterioridad al fallecimiento del causante, en cuyo caso, se aplicará la doctrina del matrimonio putativo, por lo que la declaración de nulidad no producirá efectos retroactivos en perjuicio del cónyuge de buena fe *ex* artículo 79 Cc [en este sentido, CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil español, común y foral, op. cit.*, p. 626), VALLET DE GOYTISOLO («Comentario al artículo 834 Cc», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, Tomo XI, Madrid 1982, p. 447) y («Comentario al artículo 834 Cc», *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I, Madrid 1993, p. 2069) y ALBÁCAR/ CASTRO GARCÍA («Comentario al artículo 834 Cc», *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo III, Madrid 1991, p. 763)].

¹⁰ Entre otros muchos, MANRESA («Comentarios al Código civil español», Tomo VI, Vol. I, 7.ª ed., Madrid 1951, pp. 575-576), PUIG-BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, Tomo V, Vol. 3.º, Bosch, Barcelona 1964, p. 123), OGÁYAR Y AYLLÓN («Separación de hecho de los cónyuges. Efectos que produce», *RGLJ*, julio-agosto 1972, p. 149) y CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil español, común y foral, op. cit.*, p. 626).

¹¹ Sobre el particular, es destacable la STS de 7 de marzo de 1980 [RJ 1980, 1558]. En ella el Alto Tribunal declara que «según la indicada normativa del precitado artículo 834 (...) cuando se refiere a que el cónyuge no se hallare separado, evidentemente se está refiriendo a la separación judicial, y no a la meramente de hecho o amistosa, producida entre los cónyuges».

Entre otros argumentos, la doctrina alegaba que, en ese momento, nuestro Código civil únicamente admitía la separación judicial y que, en caso de que el cónyuge premuerto hubiera querido privar de la legítima al cónyuge separado de hecho, podría haber acudido a la desheredación¹². Ahora bien, algunos autores ya detectaron que tal solución, respaldada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, podía llegar a provocar resultados claramente injustos¹³.

Esta unanimidad doctrinal desaparece tras las reformas de 1981. Aunque éstas no inciden directamente sobre el precepto objeto de este estudio, los autores empiezan a cuestionarse hasta qué punto pueden afectarle las distintas reformas sufridas por el Derecho sucesorio, y, en concreto, la promulgación del artículo 945 Cc, que concede determinados efectos jurídicos a la separación de hecho de mutuo acuerdo que conste fehacientemente. En definitiva, a partir de aquella fecha, algunos autores comienzan a proponer la posible aplicación analógica del artículo 945 Cc para corregir la interpretación del artículo 834 Cc.

Son evidentes los problemas de coordinación que provoca la aparición del artículo 945 Cc sin que previamente hubiera sido modificado el artículo 834 Cc. En primer lugar, de acuerdo con el artículo 945 Cc el cónyuge separado por sentencia firme perderá el derecho a suceder *abintestato* sin atender a la culpabilidad; es decir, pierde este derecho tanto el cónyuge «inocente» como el cónyuge «culpa-

¹² Apuntan este argumento MANRESA («Comentarios al Código civil español», *op. cit.*, pp. 575-576) y HERNÁNDEZ IBÁÑEZ (*La separación de hecho matrimonial*, Madrid 1982, p. 177). Hasta 1981, la causa que podía alegarse en estos supuestos era la primera del artículo 855, antes de ser modificada por la Ley de 7 de julio de 1981. Dicho precepto señalaba: «Serán justas causas para desheredar al cónyuge, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2.º, 3.º y 6.º, las siguientes: 1.ª Las que dan lugar a la separación personal según el artículo 105». Por otra parte, el último párrafo del artículo 855 exigía que los esposos no vivieran bajo el mismo techo, requisito que cumple la separación de hecho matrimonial, puesto que ésta es una de las primeras medidas que adoptan los cónyuges al llegar a esta situación. Por consiguiente, era posible que la separación de hecho se hubiese producido por uno de los motivos del artículo 105, lo que, junto al hecho de no vivir el matrimonio bajo el mismo techo, permitía a cualquiera de los cónyuges desheredar a su consorte.

¹³ Reconoce MANRESA («Comentarios al Código civil español», *op. cit.*, pp. 575-576) que «será en muchos casos un espectáculo triste y repugnante, ver cómo un cónyuge que no tuvo de tal más que el nombre, que no compartió su existencia con el premuerto, que tal vez fue causa de todas sus desgracias y que en la vida le despreció, se presente reclamando el disfrute de una parte de su fortuna, y haya de concedérsele contra toda razón y justicia (...). La Ley ha hecho cuanto podía en esta cuestión, facultando a cada uno de los cónyuges, en el número primero del artículo 855 Cc para desheredar al otro, por cualquiera de las causas que dan lugar al divorcio, hoy la separación».

ble». Sin embargo, respecto a los derechos legitimarios, sólo perderá el derecho al usufructo viudal el cónyuge separado judicialmente por causa que pueda imputársele (pues, tras la reforma de la separación en 1981, no resulta adecuado hablar de cónyuge «culpable»). De igual forma, de mantenerse la interpretación tradicional del artículo 834 Cc, a los cónyuges separados de hecho de mutuo acuerdo que conste fehacientemente se les privará del derecho a suceder *abintestato* (no puede predicarse tal resultado en la separación de hecho unilateral —aunque haya sido impuesta por el cónyuge superviviente— o en la mutuamente aceptada pero que no tenga constancia fehaciente¹⁴), aunque seguirán conservando el derecho a la legítima tras la muerte de uno de ellos. Lo mismo le ocurrirá al cónyuge separado judicialmente por causa que no pueda imputársele. De entender, por el contrario, que se impone una interpretación correctora del artículo 834 Cc a través del artículo 945 Cc, no existirá derecho al usufructo viudal en situaciones de previa separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

Tras las reformas operadas en 1981, la doctrina comienza a ofrecer diferentes respuestas a la pregunta de si el cónyuge separado «de facto» pierde su derecho al usufructo viudal. En primer lugar, existe un grupo de autores que rechaza la posibilidad de utilizar el artículo 945 Cc para solucionar este problema y que considera que los cónyuges separados de hecho conservarán el derecho a la legítima en la sucesión del otro. Estos autores sostienen que, para que se pierda el derecho a la cuota viudal, será preciso que el cónyuge superviviente se encuentre separado en virtud de sentencia firme, aunque el Código civil no lo diga expresamente. Los seguidores de esta tesis utilizan varios argumentos en su defensa¹⁵.

¹⁴ SÁNCHEZ CALERO («Algunos aspectos de los derechos sucesorios del cónyuge viudo», *op. cit.*, pp. 190-191) y CÁRCABA FERNÁNDEZ (*Los derechos sucesorios del cónyuge viudo*, *op. cit.*, p. 62).

¹⁵ Sostienen esta tesis, entre otros muchos, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ (*La separación de hecho matrimonial*, *op. cit.*, p. 176), SERRANO ALONSO («Aspectos sucesorios del nuevo derecho de familia», *op. cit.*, p. 1174), ALBÁCAR/ CASTRO GARCÍA («Comentario al artículo 834 Cc», *op. cit.*, p. 763), FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL («Separación conyugal: la legítima del cónyuge viudo», *La Ley*, 1997-1, p. 2089), AGUIRRE FERNÁNDEZ («Comentario de la resolución de 25 de junio de 1997 (separación de hecho y legítima viudal: perspectiva jurídico-civil y problemas de calificación registral)», *RCDI*, 1998, núm. 649, p. 2063), O'CALLAGHAN MUÑOZ («Comentario al artículo 834 Cc», *Comentario del Código civil*, Tomo IV, coordinado por Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, Barcelona 2000, p. 706) y LACRUZ BERDEJO ET AL. (*Elementos de Derecho civil. Sucesiones*, Tomo V, nueva edición revisada y puesta al día por Rams Albesa, Dykinson, Madrid 2001, p. 373). En la «jurisprudencia menor» de las Audiencias Provinciales algunas sentencias parecen decantarse igualmente por esta teoría: v. gr., SAP Burgos de 26 de enero de 2001 [JUR

El primer argumento esgrimido por estos autores resulta de la interpretación conjunta de los artículos 834 y 835 Cc. De esta forma, si bien el artículo 834 Cc no especifica que se refiera exclusivamente a la separación judicial, ello es evidente tras la lectura del artículo 835 Cc, que lo complementa¹⁶.

En segundo lugar, algunos autores se oponen a la aplicación analógica del artículo 945 Cc para solucionar el problema porque, según los mismos, no existe la identidad de razón que exige el artículo 4.1 Cc: mientras que el artículo 834 Cc regula la legítima, el artículo 945 Cc aborda la sucesión intestada del cónyuge viudo, instituciones con diferente fundamento jurídico. El fundamento de la sucesión intestada es una presunción de afectos (se presume que, de haber hecho testamento el causante, hubiera designado herederos a las personas que se mencionan en la ley y por ese orden); por el contrario, el fundamento de la legítima es una imposición legal (en materia de legítimas importa poco la voluntad del difunto)¹⁷. Otra divergencia que impide la aplicación analógica es que, en la sucesión intestada, el llamamiento es amplísimo (el cónyuge sucesor *abintestato* es llamado a toda la herencia en pro-

2001, 82950], SAP La Coruña de 16 de noviembre de 2001 [JUR 2001, 109598], SAP Valencia de 17 de abril de 2002 [JUR 2002, 166196], SAP Valencia de 17 de mayo de 2003 [JUR 2003, 172054] y SAP Cuenca de 4 de marzo de 2004 [AC 2004, 484].

¹⁶ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL («Separación conyugal: la legítima del cónyuge viudo», *op. cit.*, p. 2087) y AGUIRRE FERNÁNDEZ («Comentario de la resolución de 25 de junio de 1997 (separación de hecho y legítima viudal: perspectiva jurídico-civil y problemas de calificación registral)», *op. cit.*, p. 2063). De igual forma, la STS de 7 de marzo de 1980 [RJ 1980, 1558] establece que «cuando se refiere a que el cónyuge no se hallare separado, evidentemente se está refiriendo a la separación judicial (...) porque así lo evidencia la referencia que contiene el párrafo primero del artículo 835 Cc al expresar que cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito, pues con ello claramente se da a entender que aquella referencia del artículo 834 Cc a separación se contrae a la judicial, ya que sería absurdo, y como tal rechazable, entender que contemplaba la simple separación de hecho o amistosa cuando precisamente se requiere su reconocimiento judicial cuando pende la demanda formulada con tal finalidad».

¹⁷ Este es el argumento al que acude la DGRN en la Resolución de 25 de julio de 1997 para justificar la conservación del usufructo viudal por la esposa que se encontraba separada de hecho en el momento del fallecimiento de su consorte. Según la DGRN «el artículo 945 del Código civil no ha podido suponer la modificación del artículo 834 del propio Código, toda vez que uno y otro regulan hipótesis distintas: el artículo 945, la sucesión en defecto de voluntad del causante; el 834, la sucesión aun contra la voluntad del causante». La SAP La Coruña de 16 de noviembre de 2001 [JUR 2001, 109598] se muestra igualmente en contra de la aplicación del artículo 945 Cc en estos casos. SÁNCHEZ CALERO («Algunos aspectos de los derechos sucesorios del cónyuge viudo», *op. cit.*, p. 192) y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL («Separación conyugal: la legítima del cónyuge viudo», *op. cit.*, p. 2091) niegan igualmente la aplicación analógica del artículo 945 Cc debido al distinto fundamento de la sucesión intestada y de la forzosa.

piedad), mientras que en la legítima es más limitado (el cónyuge supérstite obtiene únicamente el usufructo de una cuota de la herencia).

Por otra parte, ciertos autores argumentan que no puede utilizarse el artículo 945 Cc para alterar la interpretación del artículo 834 Cc, porque el régimen de las legítimas, al ser derecho necesario, exige que sus modificaciones sean específicas y expresas¹⁸. Por consiguiente, en tanto no exista una norma expresa de privación de la legítima, no cabe una interpretación amplia que lleve aparejado un efecto tan grave.

Otros autores, por el contrario, consideran que la introducción en el Código civil del artículo 945 Cc permite interpretar el término «separado» del artículo 834 Cc en sentido amplio. En consecuencia, según estos autores, no sólo la separación judicial sino también la separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, tiene trascendencia jurídica a la hora de privar al supérstite del usufructo viudal¹⁹. Entre otros argumentos, los defensores de esta posición doctrinal señalan que ambas separaciones (la de hecho y la judicial) han de provocar las mismas consecuencias jurídicas, porque en ambos casos existe idéntica razón para la privación de los derechos legitimarios: la ausencia de convivencia de los cónyuges.

Igualmente hay quien considera que si el artículo 945 Cc excluye al cónyuge separado de hecho del llamamiento *abintestato* es porque, en última instancia, el precepto persigue negar cualquier atribución sucesoria, incluida la legítima (esto es, si se niega lo más se niega lo menos)²⁰. Y si no hay legítima en la sucesión intestada del fehacientemente separado tampoco puede haberla en la sucesión testada, pues carecería de sentido que por el mero hecho de testar, un causante tuviera que respetar unos derechos que no existirían de fallecer intestado.

¹⁸ CADARSO PALAU («Comentarios a las reformas del Derecho de familia», Vol. II, Tecnos, Madrid 1984, p. 1472) y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL («Separación conyugal: la legítima del cónyuge viudo», *op. cit.*, p. 2087).

¹⁹ Se muestran partidarios de esta tesis, entre otros, VALLADARES RASCÓN (*Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*, Cívitas, Madrid 1982, p. 318), REAL PÉREZ (*Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil*, Montecorvo, Madrid 1988, p. 106), SÁNCHEZ CALERO («Algunos aspectos de los derechos sucesorios del cónyuge viudo», *op. cit.*, p. 194) y DIEZ-PICAZO/ GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, vol. IV, 9.ª ed., Tecnos, Madrid 2004, p. 431). De igual forma, se pronuncian a favor de esta posición doctrinal, entre otras, las SAP Orense de 10 de enero de 2002 [AC 2002, 633] y SAP Las Palmas de 6 de marzo de 2004 [JUR 2004, 98840].

²⁰ VALLET DE GOYTISOLO («Comentario al artículo 834 Cc», *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I, Madrid 1993, p. 2069).

Para justificar la prevalencia del artículo 945 Cc en la interpretación de los artículos 834 y 835 Cc, otros autores recuerdan que, en caso de duda, debe prevalecer la ley posterior sobre la anterior²¹. Este argumento reviste gran importancia en nuestro Ordenamiento, habida cuenta los numerosos «despistes» de armonización experimentados en el transcurso de las reformas.

Por último, tampoco puede olvidarse que la regulación del Derecho de familia y, sobre todo, la más reciente jurisprudencia, tiende a dar relevancia a las situaciones de hecho, razón que puede servir de apoyo a la pérdida de la legítima de los separados que no hayan legalizado su situación²².

En mi opinión, la solución de esta cuestión exige diferenciar las propuestas de *lege ferenda* (lo que la ley debería establecer para evitar la falta de coordinación entre las normas estudiadas) de las cuestiones de *lege lata*. De los textos positivos existentes sobre la materia (principalmente, del artículo 834 Cc) no puede deducirse la pérdida de la legítima del cónyuge viudo separado de hecho del premuerto. Tampoco es posible acudir al procedimiento analógico, porque el supuesto de hecho que se pretende resolver a través de la aplicación analógica del artículo 945 Cc (esto es, los efectos sobre la legítima viudal de determinadas situaciones de crisis matrimonial), ya se encuentra regulado por una norma específica (artículo 834 Cc). En definitiva, en este caso no concurren los requisitos exigidos por el artículo 4.1 Cc para la aplicación analógica del artículo 945 Cc.

Sin embargo, aunque de *lege lata* el separado de hecho continua conservando la legítima viudal, el Tribunal Supremo maneja los instrumentos de la buena fe y del abuso de derecho para lograr dar trascendencia a este tipo de separaciones. De hecho, el Alto Tribunal ha declarado reiteradamente que la reclamación en estas circunstancias de los derechos legales como viudo/a «es contraria a la buena fe (...) y tal conducta contraria a la buena fe conforma uno de los requisitos de abuso de derecho, complementado, por una falta de equidad (...), causando con ello el natural perjuicio a estos terceros, al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos (...), teleológicos (...) y sociales (...), lo cual constituye el ejercicio

²¹ A favor de tal opinión se manifiesta VALLADARES RASCÓN (*Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio, op. cit.*, p. 318).

²² CANO TELLO («El artículo 834 Cc desde las perspectiva de los derechos históricos y de los nuevos principios del Derecho de familia español», *op. cit.*, p. 403).

anormal de un derecho que los tribunales deben impedir en aplicación del artículo 7.2 Cc (...)» (STS de 13 de junio de 1986 [RJ 1986, 3549]²³). Pese a la existencia de estos pronunciamientos, hay que reconocer que, hasta la fecha, no existe ninguna sentencia del Tribunal Supremo que haya abordado de manera directa el problema de la repercusión de la separación de hecho sobre la legítima viudal²⁴.

De *lege ferenda* sería aconsejable que la ruptura de la convivencia prolongada en el tiempo —y no una mera interrupción de la misma—, provocara los mismos efectos jurídicos que la separación legal en lo relativo a la privación de la legítima del viudo. De hecho, el Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio acoge expresamente esta solución. Según el proyectado artículo 834 Cc «el cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de este *judicialmente o de hecho*, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora».

Ahora bien, el precepto proyectado sigue planteando problemas de coordinación con el vigente artículo 945 Cc. Según este último, sólo la separación de hecho de mutuo acuerdo que conste fehacientemente impedirá que el cónyuge supérstite suceda a su consorte cuando este fallezca sin testamento; así pues, si no hay descendientes ni ascendientes, el cónyuge seguirá conservando sus derechos en la sucesión intestada cuando la separación fáctica no cumpla los requisitos establecidos en la norma (por ejemplo, cuando se trate de una separación unilateral o cuando tal separación no tenga constancia fehaciente). En cambio, cualquier clase de separación de he-

²³ En sentido parecido se pronuncian, entre otras muchas, las SSTS de 17 de junio de 1988 [RJ 1988, 5113] y STS de 23 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10653]. Ahora bien, en todos estos casos la separación de hecho se había prolongado durante mucho tiempo, lo que determina que sea en cierto modo abusivo pretender ejercer el referido derecho por parte del cónyuge supérstite.

²⁴ No ocurre lo mismo en la «jurisprudencia menor» de las Audiencias Provinciales, donde podemos encontrar sentencias que abordan expresamente el tema. En ocasiones, las Audiencias privan al cónyuge supérstite separado de esta forma de su derecho al usufructo viudal previsto en el artículo 834 Cc (*vid.* SAP Orense de 10 de enero de 2002 [AC 2002, 633] y SAP Las Palmas de 6 de marzo de 2004 [JUR 2004, 98840]); otras veces, las Audiencias afirman que el cónyuge separado de hecho de mutuo acuerdo conservará el derecho legitimario que le concede el artículo 834 Cc (*vid.* SAP Burgos de 26 de enero de 2001 [JUR 2001, 82950], SAP La Coruña de 16 de noviembre de 2001 [JUR 2001, 109598], SAP Valencia de 17 de abril de 2002 [JUR 2002, 166196], SAP Valencia de 17 de mayo de 2003 [JUR 2003, 172054] y SAP Cuenca de 4 de marzo de 2004 [AC 2004, 484]).

cho (unilateral o de mutuo acuerdo; con constancia fehaciente o sin ella) provocará la pérdida del usufructo viudal²⁵.

Además de la falta de coordinación con el artículo 945 Cc, el proyectado artículo 834 Cc plantea otros muchos interrogantes jurídicos. La primera cuestión que se suscita es cuál ha de ser la duración de la separación de hecho, para que tal situación desencadene la privación de la legítima del cónyuge viudo. Las dudas surgen porque nuestro Ordenamiento jurídico prevé plazos diversos para que se produzcan las diferentes consecuencias jurídicas derivadas de la separación de hecho. Así, por un lado, el Código civil no exige que la separación de hecho sea muy prolongada para que surjan ciertos efectos jurídicos: por ejemplo, el cese efectivo de la convivencia libremente consentido durante seis meses es causa de separación judicial *ex* artículo 82.5.º Cc; de igual forma, basta con que la separación fáctica se prolongue durante un año para que pueda solicitarse la disolución judicial de la sociedad de gananciales (artículo 1393.3.º Cc). Sin embargo, por otra parte, el Tribunal Supremo exige que la libre separación de hecho sea muy prolongada, para que provoque la modificación o suspensión de alguno de los efectos de la sociedad de gananciales²⁶.

El segundo inconveniente que probablemente provocará la regulación proyectada —en caso de que la separación no conste fehacientemente— será la acreditación o prueba de esta crisis matrimonial, habida cuenta los importantes efectos que puede llegar a desencadenar (la privación del usufructo viudal). En caso de separación unilateral, parece que bastará el acta de notoriedad en que se declare tal separación y las circunstancias de la misma. También constituirá prueba suficiente de la existencia de la separación unilateral, la correspondiente denuncia por abandono de familia si ésta hubiera sido interpuesta por el cónyuge abandonado. En el supuesto de que

²⁵ El citado problema de coordinación ha sido resuelto en la tramitación parlamentaria. A propuesta del grupo parlamentario socialista ha sido reformado el artículo 945 Cc, del que se ha suprimido el requisito de que la separación de hecho sea «por mutuo acuerdo que conste fehacientemente».

²⁶ Según el Alto Tribunal, para que no pasen a formar parte del activo de la sociedad de gananciales aquellos bienes que hayan sido adquiridos unilateralmente por cada cónyuge con fondos derivados de su trabajo o industria, resulta imprescindible que se trate de una separación fáctica muy prolongada y no de una mera interrupción de la convivencia. De hecho, la anterior doctrina jurisprudencial ha recaído en casos en los que la ruptura de la convivencia había durado más de cuarenta años (SSTS de 13 de junio de 1986 [RJ 1986, 3549] y 23 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10653]); treinta y cinco años aproximadamente (STS de 17 de junio de 1988 [RJ 1988, 5113]); veintiocho años (STS de 24 de abril de 1999 [RJ 1999, 2826]) y así sucesivamente.

los cónyuges se separen de mutuo acuerdo, constituirá clara prueba de la separación fáctica el pacto privado que, en su caso, hayan suscrito las partes. Ahora bien, si la separación de hecho no logra acreditarse con ninguno de los medios de prueba propuestos (o por cualquiera de los medios admitidos en Derecho), el cónyuge supérstite no se verá privado del usufructo viudal.

En conclusión, aunque la aprobación parlamentaria de la reforma proyectada solucionará la cuestión que tratamos de resolver con este trabajo (no hay lugar a dudas de que el cónyuge supérstite separado de hecho de su consorte se verá privado del usufructo viudal), planteará, sin embargo, otros muchos interrogantes jurídicos a los que tendrá que dar respuesta la doctrina y la jurisprudencia.

IV. RELEVANCIA DE LA CULPA DEL PREMUERTO PARA EL SURGIMIENTO DE LA LEGÍTIMA A FAVOR DEL CÓNYUGE SUPERSTITE

Otra de las cuestiones que suscita el artículo 834 Cc es la relevancia de la culpa del premuerto para determinar el derecho a la legítima del superviviente, sobre todo a partir de la reforma operada por nuestro Ordenamiento en materia de separación o divorcio en 1981. Este problema se plantea en términos muy parecidos al anterior, puesto que tras la promulgación de la ley del divorcio surgieron ciertas dificultades de coordinación entre el nuevo régimen jurídico y el artículo 834 Cc. De esta suerte, el nuevo sistema de separación es poco propicio para buscar culpabilidades y aunque subsistan causas de separación imputables a uno de los cónyuges, la culpa carece de relevancia para regular los efectos de la separación. Sin embargo, a pesar del cambio de orientación producido en el sistema de separación —en donde es indiferente la culpabilidad o inocencia de cualquiera de los cónyuges—, el artículo 834 Cc atribuye un trato desigual al cónyuge «inocente» y al «culpable».

Antes de las modificaciones sufridas en 1981, la diferencia de trato del artículo 834 Cc guardaba absoluta correspondencia con la normativa del Código civil, que respondía a un sistema basado en la culpa. En este sistema sólo el cónyuge inocente podía solicitar la separación en virtud de alguna de las causas enumeradas en el antiguo artículo 105 Cc. El principio de culpabilidad se extendía también a los efectos de la separación como medio de sanción para el culpable, quien perdía el derecho de alimentos y su conducta era tenida en cuenta en la atribución de la guarda y custodia de los hijos, fijación

de la pensión, etc. Por ello, al decretarse la separación judicial por sentencia firme, se declaraba la culpabilidad o inocencia de uno de los cónyuges. Y por ello no era extraño que la culpa o inocencia del cónyuge separado fuera tenida en cuenta al fijar su derecho al usufructo viudal.

Tras la Ley de 7 de julio de 1981, nuestro Código civil supera el sistema de separación por culpa o «separación sanción» existente hasta ese momento. Sin embargo, la citada ley no llevó a cabo por completo la supresión del anterior sistema de separación. La ley recoge un sistema complejo en el que cabe la separación de mutuo acuerdo (artículo 81.1 Cc), la separación remedio (en la que no hay acuerdo entre las partes ni tampoco culpa de ninguna de ellas; es lo que ocurre, por ejemplo, en la causa cuarta del artículo 82 Cc cuando se refiere a la perturbación mental de uno de los cónyuges, o las causas quinta o sexta del mismo artículo, basadas en la ruptura irremediable de la vida en común) y la separación sanción (por las causas de los artículos 82.1, 2 y 3). Pero aunque las causas de separación recogidas en el artículo 82 puedan ser imputables a uno de los cónyuges, si atendemos a determinados efectos de la separación o del divorcio (artículos 90 y siguientes Cc), la culpabilidad de uno de los esposos carece de relevancia jurídica para la fijación de la llamada «pensión compensatoria» o para la atribución de la guarda y cuidado de los hijos. Hasta aquí llega la incidencia de la culpa: aunque subsistan causas de separación imputables a uno de los cónyuges, la culpabilidad no afecta a los resultados de la separación que serán los mismos sea cual sea la causa que la motivó²⁷.

No obstante, y a pesar del cambio operado por nuestro sistema de separación y divorcio, el inciso final del artículo 834 Cc contiene muy claras referencias al sistema anterior, al establecer que no perderá la legítima el viudo «que al morir su consorte no se hallare separado, o lo estuviere por culpa del difunto». Por consiguiente, el cónyuge supérstite separado judicialmente de su consorte sólo conservará su legítima, si el causante fuera el «culpable» de la separación. Ahora bien, existe una gran dificultad para que concurra este requisito, pues en el nuevo régimen de separación conyugal no hay declaración forzosa de culpabilidad. Además, como los efectos de la

²⁷ Por otro lado, como señala FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL («Separación conyugal: la legítima del cónyuge viudo», *op. cit.*, p. 2085), a diferencia del sistema anterior, el cónyuge que motivó la separación no carecerá de legitimación activa para presentar la demanda de separación y la culpabilidad tendrá como único efecto ampliar los plazos legales para interponerla.

separación son iguales para el cónyuge «culpable» que para el «inocente», los cónyuges tampoco tendrán interés en que se produzca tal declaración²⁸. En un sistema como el actual, en el que la causa de separación resulta irrelevante para determinar los efectos de la misma, ¿qué explicación tiene que la culpa de uno de los cónyuges continúe teniendo influencia en el ámbito sucesorio?

Tampoco existe acuerdo en la doctrina sobre este extremo; de hecho, mientras que unos mantienen la inaplicación absoluta de la frase relativa a la culpa del artículo 834 Cc («o lo estuviere por culpa del difunto»), otros proponen su aplicación sólo en determinados casos. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL expone brillantemente el panorama doctrinal existente en torno a esta cuestión²⁹.

Un primer grupo de autores mantiene que, como en el Ordenamiento actual la culpa no es trascendente a efectos de separación, menos interés puede tener el que tal mención a la misma se mantenga en el ámbito sucesorio. Según este sector doctrinal, la separación judicial ha de conllevar la automática supresión de los derechos legitimarios en la sucesión del premuerto, tanto para el cónyuge «culpable» como para el «inocente». En definitiva, estos autores defienden la inaplicación absoluta del artículo 834 Cc en lo relativo a la culpa³⁰.

Por el contrario, otros autores estiman que, cuando resulte factible apreciar la culpa de uno de los cónyuges, el «inocente» conservará su derecho a la legítima, pero en caso de separación no culpable (por no haber concreta atribución de culpabilidades), ambos perderán su cuota usufructuaria. Por consiguiente, en los supuestos de separación consensual (artículo 81.1 Cc) y de separación remedio (causas cuarta, quinta y sexta del artículo 82 Cc), el cónyuge superviviente será privado del usufructo viudal. Así pues, para este sector doctrinal, el párrafo referido a la culpa del artículo 834 Cc sólo ha de tenerse en cuenta en las causas primera a tercera del artículo 82 Cc y la causa quinta del artículo 86 Cc (atentado de un cónyuge contra la vida del otro, sus ascendientes o descendientes). En todos los demás casos, como no es posible determinar cuál es el cónyuge «cul-

²⁸ VALLADARES RASCÓN (*Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*, op. cit., p. 266).

²⁹ «Separación conyugal: la legítima del cónyuge viudo», op. cit., pp. 285 y ss.

³⁰ Sostienen esta opinión VALLADARES RASCÓN (*Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*, op. cit., p. 316), CANO TELLO («El artículo 834 Cc desde la perspectiva de los derechos históricos y de los nuevos principios del Derecho de familia español», op. cit., p. 404) y SÁNCHEZ CALERO («Algunos aspectos de los derechos sucesorios del cónyuge viudo», op. cit., p. 191), entre otros.

pable» y cuál el «inocente», ambos perderán el derecho al usufructo viudal³¹.

Otro sector doctrinal sostiene que únicamente puede ser privado de la legítima el cónyuge «culpable» de la separación (cuando la culpabilidad de uno de los cónyuges haya sido declarada en la sentencia); en los supuestos en los que no pueda apreciarse la culpabilidad (causa cuarta, quinta y sexta del artículo 82 Cc), el cónyuge superviviente conservará en todo caso su porción legitimaria³².

Ahora bien, el artículo 834 Cc no sólo exige la inocencia al supérstite sino también la culpabilidad del cónyuge premuerto. Por lo mismo, en el caso de que los dos cónyuges sean declarados culpables, perderán ambos el derecho al usufructo viudal, sin que pueda en este caso defenderse la compensación de culpas y la consiguiente conservación por ambos de sus derechos legitimarios³³.

Por otra parte, tampoco hay que olvidar que la distinción entre cónyuge «culpable» e «inocente» tenida en cuenta para la privación o conservación de los derechos legitimarios entre los cónyuges, no se mantiene en la sucesión intestada (*ex* artículo 945 Cc), en la que el cónyuge separado por sentencia firme carece de derechos sucesorios sea «inocente» o «culpable». Así pues, encontramos de nuevo ciertos problemas de coordinación entre estos dos preceptos legales (artículos 834 y 945 Cc).

Llegados a este punto, ¿qué solución ofrece el mencionado Anteproyecto a la cuestión analizada? En este caso, si finalmente es aprobada la reforma proyectada, desaparecerá cualquier referencia a la culpa del premuerto para el surgimiento de la legítima a favor del cónyuge supérstite³⁴. Así pues, el cónyuge que al morir su consorte se

³¹ A favor de esta tesis se pronuncian CÁRCABA FERNÁNDEZ («Derechos del cónyuge viudo en la sucesión intestada tras la reforma del Código civil operada por Ley 11/1981, de 13 de mayo», *op. cit.*, p. 1179), MASIDE MIRANDA (*Legítima del cónyuge supérstite*, Madrid 1989, p. 228) y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL («Separación conyugal: la legítima del cónyuge viudo», *op. cit.*, p. 2086). Así mismo, esta es la posición que parece adoptar la SAP Valencia de 17 de mayo de 2003 [JUR 2003, 172054].

³² Esta solución es la defendida, entre otros, por HERNÁNDEZ IBÁÑEZ (*La separación de hecho matrimonial*, *op. cit.*, p. 177) y SERRANO ALONSO («Aspectos sucesorios del nuevo derecho de familia», *op. cit.*, p. 1174). Acoge esta misma solución la RDGRN de 25 de junio de 1997.

³³ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL («Separación conyugal: la legítima del cónyuge viudo», *op. cit.*, p. 2086).

³⁴ El citado Anteproyecto no sólo elimina cualquier referencia a la idea de culpa en relación con el proceso de separación, sino que suprime igualmente la necesidad de acreditar la concurrencia de una causa determinante de la separación. Así lo reconoce la Exposición de Motivos: «se estima que el respeto al libre desarrollo de la perso-

hallase separado de hecho de éste, perderá su derecho al usufructo viudal, con independencia de que la causa de separación le fuera o no imputable.

V. POSIBILIDAD DE CONTINUAR EL PLEITO TRAS LA MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 835 CC

Aunque en este precepto existen dos párrafos perfectamente diferenciados (el primero, relativo a la continuación del pleito cuando uno de los cónyuges muera tras interponer la demanda de separación o divorcio; el segundo, referente al perdón o reconciliación como forma de recuperar los derechos sucesorios en supuestos de separación), es el primer párrafo el que más dificultades suscita. Siempre se ha tenido grandes dudas sobre la aplicación de este párrafo en el supuesto de que uno de los cónyuges falleciera durante la tramitación del pleito, y por tanto, con anterioridad a la sentencia³⁵.

El precepto en estudio ha sido objeto de diversas críticas. En primer lugar, se afirma que la continuación del pleito tras la muerte de uno de los cónyuges choca con el carácter personalísimo e intransmisible de la acción de separación, puesto que el artículo 81 Cc atribuye legitimación activa para instar el proceso de separación exclusivamente a los cónyuges. Si la acción es personalísima, no podrá ser transmitida en caso de muerte (*actio personalis moritur cum personae*)³⁶. Hay derechos

nalidad, garantizado por el artículo 10.1 CE, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender ni de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una pre-
via e ineludible situación de separación».

³⁵ La prosecución del pleito de separación tras la muerte de uno de los cónyuges ya estaba prevista en el artículo 819 del Anteproyecto de Código de 1882-1888, aunque sólo para el supuesto de que la demanda estuviese ya contestada al momento del fallecimiento. La continuación del pleito en estas circunstancias apareció plasmada en el originario artículo 834 del Código civil de 1889 (párrafo tercero), aunque en éste ya no aparece el requisito de que la demanda estuviera contestada. Tras la reforma de 24 de abril de 1958, el párrafo tercero pasó a integrar el vigente artículo 835 Cc.

³⁶ Declaran el carácter personalísimo de la acción para pedir la separación matrimonial, entre otros muchos, DEL VALLE ITURRIAGA («Comentario a la STS de 7 de marzo de 1980. Sucesión *abintestato* de causante separado de hecho de su mujer. Derechos de la viuda», *ADC*, 1981-I, p. 13), FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL («Separación conyugal: la legítima del cónyuge viudo», *op. cit.*, p. 2087) y O'CALLAGHAN MUÑOZ («Comentario al artículo 835 Cc», *Comentario del Código civil*, Tomo IV, coordinado por Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, Barcelona 2000, p. 708).

transmisibles o heredables y otros intransmisibles o no heredables: la acción de separación se encuentra entre los segundos. Por consiguiente, la posibilidad que otorga el artículo 835 Cc a los herederos del cónyuge premuerto y al supérstite, se opone frontalmente a la naturaleza de la acción de separación.

Por otra parte, el artículo 85 Cc establece que la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges provoca la disolución del matrimonio. Si el matrimonio ya está disuelto por la muerte de uno de los esposos, resulta absurdo proseguir un pleito en el que se discute la separación de los cónyuges, cuando la muerte de uno de ellos ha sellado ya la separación³⁷.

Se señala igualmente que dicho precepto responde a un sistema de separación por culpa o separación sanción, por lo que está claramente en contradicción con los principios inspiradores del actual sistema de separación³⁸.

Pese a las anteriores objeciones, algunos autores han defendido que el proceso de separación ha de continuar para que el cónyuge viudo sea declarado inocente o culpable de la separación y poder así determinar su derecho a la cuota usufructuaria³⁹. Sin embargo, resulta cuestionable declarar culpable a quien ya no puede defenderse por haber fallecido⁴⁰.

³⁷ Apuntan este argumento DEL VALLE ITURRIAGA («Comentario a la STS de 7 de marzo de 1980. Sucesión *abintestato* de causante separado de hecho de su mujer. Derechos de la viuda», *op. cit.*, p. 193) y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL («Separación conyugal: la legítima del cónyuge viudo», *op. cit.*, p. 2088)

³⁸ SÁNCHEZ CALERO («Algunos aspectos de los derechos sucesorios del cónyuge viudo», *op. cit.*, p. 190).

³⁹ Se pronuncian en este sentido ALBÁCAR/ CASTRO GARCÍA («Comentario al artículo 835 Cc», *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo III, Madrid 1991, p. 769), VALLET DE GOYTISOLO («Comentario al artículo 834 Cc», *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I, Madrid 1993, p. 2069), LACRUZ BERDEJO ET AL. (*Elementos de Derecho civil. Sucesiones*, *op. cit.*, p. 373) y CÁRCABA FERNÁNDEZ («Derechos del cónyuge viudo en la sucesión intestada tras la reforma del Código civil operada por Ley 11/1981, de 13 de mayo», *op. cit.*, p. 1179). Esta última autora considera que se habrá de esperar igualmente al resultado del pleito cuando la demanda interpuesta sea la de divorcio, por aplicación analógica a este supuesto de hecho de la norma del artículo 835 Cc («Derechos del cónyuge viudo...», *op. cit.*, p. 1180). De igual forma el Auto de la AP Málaga de 17 de septiembre de 2003 [JUR 2003, 253018] admite la continuación del proceso de separación tras el fallecimiento de la actora a los solos efectos del artículo 835 Cc.

⁴⁰ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL («Separación conyugal: la legítima del cónyuge viudo», *op. cit.*, p. 2088) y O'CALLAGHAN MUÑOZ («Comentario al artículo 835 Cc», *op. cit.*, p. 708). Sin embargo, según VALLET DE GOYTISOLO («Comentario al artículo 835 Cc», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo,

En definitiva, la continuación del pleito en tales circunstancias tropieza con tan importantes obstáculos que muchos autores han defendido la inviabilidad de este artículo⁴¹. El Tribunal Supremo, por su parte, se ha negado a la continuación del pleito de separación ya iniciado cuando se le ha planteado el problema (*v. gr.*, STS de 26 de mayo de 1982 [RJ 1982, 2600]).

Así pues, descartada la continuación del pleito por su carácter inviable, si a la muerte de uno de los cónyuges no se hubiese dictado sentencia de separación, de *lege lata*, se extinguirá la acción y, en consecuencia, se mantendrá el derecho del superviviente a su cuota legitimaria (salvo supuestos de desheredación expresa)⁴².

Ahora bien, aunque se defienda la inaplicación del artículo 835 Cc por su incongruencia y contradicción con otros artículos del Código civil, parece injusto que un cónyuge termine aprovechándose de la cuota legitimaria de su consorte, cuando este último ya había iniciado los trámites de separación, que no ha podido concluir por sobrevenirle la muerte. Evidentemente este problema no se plantearía si se admitiese unánimemente la interpretación amplia del artículo 834 Cc: es decir, si la simple separación de hecho provocase la privación de este usufructo, esta consecuencia se produciría con más razón en aquella situación en la que se hubiese interpuesto demanda pero no se hubiese llegado a dictar sentencia por sobrevenir la muerte de uno de los cónyuges.

Esta es la solución que ha acogido el Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio. El citado anteproyecto suprime el primer párrafo del vigente artículo 835 Cc. Tal solución es plenamente coherente con lo previsto en el artículo 834 Cc; de esta forma, si la mera separación de hecho —cual-

Tomo XI, Madrid 1982, p. 464), este argumento no es invocable en el caso del artículo 835 Cc, pues el único que podría resultar condenado y que podría perder su cuota legitimaria es el cónyuge viudo, quien puede ser llamado y oído.

⁴¹ Sobre esta cuestión afirma FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL («Separación conyugal: la legítima del cónyuge viudo», *op. cit.*, p. 2088) que «el carácter personalísimo de la acción de separación, la no necesidad de separar a un matrimonio ya disuelto, la imposibilidad de reconciliación, perdón o desistimiento tras la muerte de uno de los cónyuges y la obligatoriedad de dar audiencia al demandado, constituyen serios obstáculos para admitir la continuación del pleito de separación, fallecido uno de los cónyuges». DíEZ-PICAZO/ GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *op. cit.*, p. 431) rechazan igualmente la posibilidad de que el pleito continúe.

⁴² FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL («Separación conyugal: la legítima del cónyuge viudo», *op. cit.*, p. 2089) y O'CALLAGHAN MUÑOZ («Comentario al artículo 835 Cc», *op. cit.*, p. 709).

quiera que sea la duración de la misma— lleva aparejada la pérdida de la legítima del cónyuge superviviente, tal solución resultará más justificada en el supuesto de que se hubiese iniciado el pleito de separación antes del referido fallecimiento.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE FERNÁNDEZ, «Comentario de la resolución de 25 de junio de 1997 (separación de hecho y legítima viudal: perspectiva jurídico-civil y problemas de calificación registral)», *RCDI*, 1998, núm. 649, pp. 209 y ss.
- ALBÁCAR/ CASTRO GARCÍA, «Comentario a los artículos 834 y 835 Cc», *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo III, Madrid 1991, pp. 762-770.
- CANO TELLO, «El artículo 834 Cc desde las perspectivas de los derechos históricos y de los nuevos principios del Derecho de familia español», *Centenario del Código civil (1889-1989)*, Tomo I, Madrid 1990, pp. 393-404.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, «Derechos del cónyuge viudo en la sucesión intestada tras la reforma del Código civil operada por Ley 11/1981, de 13 de mayo», *La Ley*, 1986-1, pp. 1177-1181.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los derechos sucesorios del cónyuge viudo*, Oviedo 1993.
- CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo VI, Vol. II, Madrid 1979.
- CLAVERIA GOSÁLBEZ, «Hacia una nueva concepción del matrimonio», *La Ley*, 1983-2, pp. 1289-1299.
- DEL VALLE ITURRIAGA, «Comentario a la STS de 7 de marzo de 1980. Sucesión abintestato de causante separado de hecho de su mujer. Derechos de la viuda», *ADC*, 1981-I, pp. 189-195.
- DÍEZ-PICAZO/ GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, 9.^a ed., Tecnos, Madrid 2004.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «Separación conyugal: la legítima del cónyuge viudo», *La Ley*, 1997-1, pp. 2084-2091.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La separación de hecho matrimonial*, Madrid 1992.
- LACRUZ BERDEJO ET AL, *Elementos de Derecho civil. Sucesiones*, Tomo V, nueva edición revisada y puesta al día por Rams Albesa, Dykinson, Madrid 2001.
- MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, Tomo VI, Vol. I, 7.^a ed., Madrid 1951.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, «Comentario a los artículos 834 y 835 Cc», *Comentario del Código civil*, Tomo IV, coordinado por Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, Barcelona 2000, pp. 705-709.
- OGÁYAR Y AYLLÓN, «Separación de hecho de los cónyuges. Efectos que produce», *RGLJ*, julio-agosto 1972, pp. 35-191.
- PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español. Sucesiones*, Tomo V, Vol. II, Madrid 1963.
- REAL PÉREZ, *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil*, Montecorvo, Madrid 1988.
- RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones común y foral*, Tomo II, Vol. 1, Dykinson, 3.^a ed., Madrid 2004.

- SÁNCHEZ CALERO, «Algunos aspectos de los derechos sucesorios del cónyuge viudo», *Actualidad civil*, 1992-1, pp. 183-194.
- SERRANO ALONSO, «Aspectos sucesorios del nuevo derecho de familia», *La Ley*, 1983-2, pp. 1171-1177.
- VALLADARES RASCÓN, *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*, Cívitas, Madrid 1982.
- VALLET DE GOYTISOLO, «Comentario a los artículos 834 y 835 Cc», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, Tomo XI, Madrid 1982, pp. 446-465.
- VALLET DE GOYTISOLO, «Comentario a los artículos 834 y 835 Cc», *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I, Madrid 1993, pp. 2069-2072.