

DERECHOS DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE EN LA
SUCESIÓN MORTIS CAUSA: PROPUESTA DE REFORMA DEL
CÓDIGO CIVIL*

*RIGHTS OF THE SUPERSTITE PARTNER IN THE MORTIS CAUSA
SUCCESSION: PROPOSAL TO REFORM THE CIVIL CODE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3040-3069

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación "La modernización del Derecho de Familia a través de la práctica jurisprudencial" (AICO/2021/090), financiado por la Conselleria d'Innovació, Universitats, Ciència i Societat Digital, de la Generalitat Valenciana, del que es Investigador Principal el profesor José Ramón de Verda y Beamonte.

María Dolores
CERVILLA
GARZÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de septiembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: En este trabajo se analiza la posición del conviviente supérstite en la sucesión mortis causa en el Código civil y en los derechos forales, con el fin de valorar su adecuación a la realidad social y jurídica. Se concluye con dos propuestas de reforma del Código civil cuyo contenido respeta los límites constitucionales del art. 32.

PALABRAS CLAVE: Conviviente supérstite; sucesión intestada; derecho de uso a la vivienda familiar, parejas de hecho.

ABSTRACT: *This paper analyzes the position of the surviving cohabitant in the mortis causa succession in both Civil Code and autonomic laws, in order to assess its adequacy to the social and legal reality. It concludes with two proposals for the reform of the Civil Code whose content respects the constitutional limits of art. 32.*

KEY WORDS: *Surviving cohabitant; intestate succession; right to use the family home; domestic partner.*

SUMARIO.- I. PRELIMINARES: DERECHOS DEL CONVIVIENTE EN LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA Y EL MARCO CONSTITUCIONAL.- II. LA IGNORANCIA DEL CONVIVIENTE EN EL CÓDIGO CIVIL.- III. LOS DERECHOS DEL CONVIVIENTE EN EL DERECHO FORAL.- I. El conviviente como heredero intestado.- 2. El conviviente supérstite como beneficiario del derecho ex lege a usar la vivienda familiar.- A) El inconstitucional art. 13 de la Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre y el declarado inconstitucional art. 12.2 de la Ley valenciana de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas.- B) El art. 311.2 del Código de Derecho foral aragonés aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo y el art. 54 de la Ley 5/2015, de Derecho civil vasco: su escasa conflictividad.- C) La naturaleza jurídica del derecho ex a usar la vivienda familiar en la legislación autonómica.- IV. PRIMERA PROPUESTA DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL: LA NECESARIA INCLUSIÓN DEL CONVIVIENTE EN EL ORDEN DE LOS LLAMADOS EN LA SUCESIÓN INTESADA.- V. SEGUNDA PROPUESTA DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL: EL DERECHO A USAR LA VIVIENDA FAMILIAR DEL CONVIVIENTE SUPERSTITE.- VI. REFLEXIÓN FINAL.

I. PRELIMINARES: DERECHOS DEL CONVIVIENTE EN LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA Y EL MARCO CONTITUCIONAL.

Es para mí un honor (y un placer) participar con esta modesta aportación en el monográfico de la Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana, dirigida por mi querido compañero José Ramón de Verda Beamonte, dedica al insigne jurista profesor Cesare Massimo Bianca. Tuve la oportunidad de conocerlo personalmente en Valencia, en la Universidad Católica, aunque ya lo “conocía académicamente” desde mis inicios en la investigación jurídica. Todas mis condolencias a su hija Mirzia Bianca, Profesora Ordinaria de Derecho Civil en la Universidad Sapienza de Roma, quien ha heredado el saber de su progenitor y su amor y dedicación por el Derecho.

Este trabajo es el último de una línea de investigación a la que me he dedicado el último año, sobre la oportunidad de reformar las normas que el Código civil dedica a la sucesión mortis causa, entre otros aspectos, incluyendo al conviviente entre los llamados en la sucesión intesta y reconociéndole el derecho a usar la vivienda familiar de forma semejante a como lo hace el legislador autonómico. En él se contienen, de forma ordenada, las premisas, argumentos y conclusiones a los que hemos llegado en otros trabajos previos, publicados o pendientes de publicación, presentándolos de forma unificada. Por ese motivo, desde ya, y con carácter general, remito al lector que precise una información más puntual o detallada a dichos textos¹.

¹ En particular, “La sucesión intestada en el actual Derecho civil. Algunas propuestas de *lege ferenda*”, en la obra colectiva *El derecho de sucesiones contemporáneo: aspectos civiles y fiscales*, dirigida por Carlos

• **María Dolores Cervilla Garzón**

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Cádiz. Correo electrónico: dolores.cervilla@uca.es.
<http://orcid.org/0000-0001-8221-9222>, <http://www.researcherid.com/rid/H-7070-2016>, <https://scholar.google.es/citations?user=GLJmMK8AAAAJ&hl=es>

Plantearse el reconocimiento de derechos al conviviente solo se justifica desde su consideración de familia, única causa iuris que así lo permite. En este sentido, dado el concepto amplio de “familia” de nuestra constitución, como consecuencia de la generosa interpretación del mismo por parte del Tribunal Constitucional², el hecho de no existir vínculos matrimoniales entre los miembros de la pareja no supone un obstáculo para el reconocimiento de una posición jurídica del conviviente que le hace valedor de una serie de derechos (y sufridor de obligaciones) en múltiples facetas o situaciones de su vida cotidiana.

Ahora bien, en relación a los miembros de la pareja, que su unión goce de protección por ser “familia” no implica que dicha protección (o, mejor dicho, “consideración”) deba ser idéntica a la dispensada a los cónyuges. Pues, cierto es que entre ambas realidades no se aprecia identidad de razón³ que justifique

Lasarte, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 211-228; “El derecho a usar la vivienda familiar del conviviente supérstite”, en la obra colectiva *Tratado sobre la vivienda familiar*”, dirigida por Pedro Chaparro, Tirant lo Blanch, Valencia (en prensa) y “Planteamiento de una reforma de la sucesión intestada”, en la obra colectiva, *Dolencias del Derecho de sucesiones*, dirigida por Pilar Estellés, Tirant lo Blanch, Valencia (en prensa).

- 2 Sobre el concepto de familia SALAR SOTILLOS, M.J.: “La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. extra 8, 2, 2018, págs. 196-22
- 3 La jurisprudencia es unánime en este punto. Como muestra STS 30 octubre 2008 (Tol 1432563): “ Es, pues, esa diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio, y la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra insita en la convivencia *more uxorio*, la que explica el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por *analogía legis* de las normas propias del matrimonio, entre las que se encuentran las relativas al régimen económico matrimonial; lo que no empece a que puedan éstas, y, en general, las reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o de patrimonios comunes, ser aplicadas, bien por pacto expreso, bien por la vía de la *analogía iuris* - como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios inspiradores del ordenamiento a partir de un conjunto de preceptos y su aplicación al caso no regulado-, cuando por *facta concludentia* se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común, pues los bienes adquiridos durante la convivencia no se hacen, por ese mero hecho, comunes a los convivientes, sino que pertenecen a quien los ha adquirido, salvo que, de forma expresa o por medio de hechos concluyentes se evidencie el carácter común de los mismos. Conforme al criterio jurisprudencial expuesto, se debe rechazar a línime la aplicación analógica - analogía legis - de las normas reguladoras de las consecuencias jurídico-patrimoniales del cese de la convivencia marital, habida cuenta de la falta de identidad de razón entre el matrimonio y las uniones estables de pareja que permita dicha extensión normativa”. O la STS 16 junio 2011 (Tol 2153790) “La analogía se pretende entre matrimonio y pareja de hecho, lo que ha sido objeto de discusiones en los diversos tribunales que se han ocupado de la cuestión. La más reciente decisión corresponde a la Corte de Derechos Humanos de Estrasburgo, de 10 febrero 2011, en el asunto Korosidou vs Grecia, resuelto por la sección primera del citado Tribunal. En esta sentencia se niega la asimilación pedida con el siguiente argumento: “las consecuencias jurídicas de un matrimonio de una pareja civil -en la cual dos personas deciden expresa y deliberadamente comprometerse- distingue esta relación de otras formas de vida en común. Más allá de la duración o del carácter solidario de la relación, el elemento determinante es la existencia de un compromiso público, que conlleva un conjunto de derechos y de obligaciones de orden contractual. De manera que no puede haber analogía entre una pareja casada y un partenariado civil, y por otro lado, una pareja heterosexual u homosexual, donde los miembros han decidido vivir juntos sin devenir esposos o partenarios”. En esta Sala ha negado desde hace tiempo que entre el matrimonio y la pareja de hecho exista una relación de analogía. La STS 611/2005, de 12 septiembre, del Pleno de esta Sala, dice claramente que la configuración de la unión de hecho “[...] aparece sintéticamente recogida en la sentencia de 17 de junio de 2003 , cuando dice que las uniones *more uxorio* , cada vez más numerosas, constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos -constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en la relación, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial- han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe transponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos. La conciencia de los miembros de la unión de operar fuera del régimen jurídico del matrimonio no es razón suficiente para que se desatiendan las importantes consecuencias que se pueden producir en determinados supuestos, entre ellos el de la extinción”. Los argumentos se fundamentan asimismo en la doctrina del TC, que se cita en la sentencia y se omite aquí para mayor claridad en la redacción. Uno de los aspectos que no se admiten

la aplicación analógica del “pack normativo” que nuestro ordenamiento jurídico tiene preparado para los cónyuges. En la actualidad, podemos afirmar que a los convivientes de hecho se les reconocen un conjunto de derechos, en atención a la proximidad y afecto que existe (o se presume existe) entre ellos, pero que es menor a los que están diseñados para los cónyuges. Ya que, en otro caso, se produciría una “matrimonialización” de la convivencia de hecho contraria a la libertad entre contraer matrimonio o no contraerlo que consagra en el art. 32 de la Constitución.

Estos derechos de los que gozan los convivientes no son idénticos en todos los territorios que componen el Estado español pues las legislaciones autonómicas con competencias en Derecho foral han regulado las parejas de hecho y las han dotado de estatutos jurídicos propios y completos cuasi matrimoniales. No así el legislador estatal quien, con carácter general, las ha ignorado (como debe de ser), dedicándole normas puntuales o expresas en las que les otorgan determinados derechos. Desde un punto de vista objetivo, sin entrar a valorar su conveniencia u oportunidad y a grandes rasgos, en Derecho común los convivientes carecen del derecho de alimentos, de regímenes matrimoniales ni de derechos sucesorios.

Aunque he mantenido mi posición favorable a distinguir entre ambos tipos de uniones, sobre la base que, de esta forma, defiende la libertad del sujeto para elegir una u otra forma de vivir sus relaciones afectivas de pareja, eso no me impide reflexionar sobre la conveniencia de, al igual que ha sucedido en otras parcelas del privado, en el derecho de sucesiones también sea tenido. Y esa tarea es la que me propongo abordar a continuación centrando mi análisis en los dos únicos aspectos que considero ello pudiera acontecer. Lo hago con las cautelas propias que me sugiere el texto constitucional para no traspasar los límites del art. 32 y no vulnerar el derecho a contraer matrimonio (y a no contraerlo).

Entendiendo que los derechos legitimarios solo deben ser atribuidos al cónyuge, así como otros posibles derechos derivados o conectados con el régimen económico matrimonial (y, también, algunos como el establecido en el art. 831 CC), el espacio donde pudiera cuestionarse su inclusión se ubica en la sucesión intestada. En segundo lugar, también pudiera debatirse sobre la oportunidad de instaurar un derecho de uso a la que fuera vivienda familiar, al modo de como se expresa en algunas normativas autonómicas.

Inicio, pues, el discurso e invito al lector a acompañarme en estas reflexiones en las que la legislación autonómica (como precursora) goza de un importante protagonismo. Espero que nos conduzca al “buen puerto” de la justicia y equidad,

en la jurisprudencia de esta Sala es la existencia de un régimen económico matrimonial en las parejas no casadas, salvo que se haya pactado por los convivientes una comunidad de bienes u otro sistema.”

en la búsqueda del mejor marco jurídico que posibilite la protección más adecuada de las relaciones familiares y de los intereses en conflicto, teñidos de afecto y emociones.

II. LA IGNORANCIA DEL CONVIVIENTE EN EL CÓDIGO CIVIL.

A diferencia de otras parcelas del Derecho, en materia sucesoria el legislador patrio se ha mostrado muy "rácano" a la hora de conceder derechos de este tipo al conviviente como consecuencia del fallecimiento de su pareja. Ello se materializa en la exclusión del conviviente de la herencia, equiparado a un extraño, que, a mi juicio, no se encuentra justificada en todo caso, como parece entender el legislador. La realidad social caracterizada porque las parejas de hecho se presentan como una opción alternativa al matrimonio, demanda una consideración hacia el conviviente en algún aspecto de la sucesión mortis causa, que, en principio, solo pudiera tener su acogida en la sucesión intestada. Ya que en este escenario el legislador debe suponer cual hubiera sido la voluntad del fallecido, que no ha podido o no ha querido (sea por los motivos que sea, y, en muchos casos ligados a la "pereza" de realizar trámites o al tabú que para muchos tiene pensar en la muerte) expresar en la forma solemne del testamento. Desde esta perspectiva, es lógico pensar que el conviviente del fallecido es la familia más cercana, junto con los hijos, y como tal debe reflejarse en la consideración de sus herederos ab intestato (no así cuando la sucesión es testamentaria, pues en ese instrumento puede expresar el testador sus preferencias patrimoniales y disponer a su favor de la cuota correspondiente; de tal forma que si lo omite es, simplemente, porque esa era su voluntad).

El hecho de atender a la convivencia real como dato a tener en cuenta a la hora de establecer los sujetos llamados, tiene un precedente en la reforma de la ley 11/1981, al negarle el derecho a la herencia al cónyuge separado de hecho al momento del fallecimiento. Derecho que recupera si se reconcilia tras la separación legal. De ello se desprende que es la convivencia, sumada al parentesco, la que justifica el derecho del cónyuge en la sucesión intestada. Pues, no olvidemos, que los cónyuges son parientes, circunstancia que no concurre entre convivientes o ex cónyuges.

Es patente la ignorancia del legislador nacional de forma que el conviviente queda preterido sin que ostente derecho hereditario alguno si su pareja no tuvo la precaución de otorgárselo en el testamento. Así, puede suceder que los sobrinos del finado (con los que carezca de relación afectiva o convivencial) hereden sus bienes y que la persona con la que convivía al momento de fallecer no reciba nada.

Con alguna excepción⁴, las veces que nuestros Tribunales han debido de pronunciarse en este sentido lo han hecho negando “la mayor”, y manteniendo, como no podía ser de otra forma y de acuerdo con la legislación vigente, la inexistencia de derechos de este tipo, fuera de los que expresamente se deriven de la voluntad testamentaria de su pareja. El argumento radica en la inadmisibilidad de la aplicación analógica de las normas que, en materia de derecho de sucesiones, se contienen en nuestro CC reconociéndole derechos al cónyuge viudo sobre la herencia del causante⁵

- 4 La única sentencia de la que he tenido noticia que estime la aplicación analógica de las normas de la sucesión intestada a un conviviente de hecho es la SAP Alicante, Sección 7ª, sede en Elche, núm. 167/2002, de 24 de julio, que en 2002, comentada por GARCÍA CANTERO, G.: en “Sucesión intestada a favor de convivientes (una resolución sorprendente de la Audiencia Provincial de Alicante)”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 43, julio-septiembre 2002, pp. 305-334.
- 5 En este sentido, SAP Valladolid 6 noviembre 2001 (Tol I4541041) y SAP Madrid 11 junio 2007 (Tol 7421168). Extractamos el siguiente fragmento de la última de las resoluciones muy clarificador del argumento del Tribunal: “Lo que antecede no resulta desvirtuado mediante las alegaciones vertidas por la parte apelante. Así, la interpretación según la realidad social actual de la norma contenida en el artículo 944 del Código Civil, que establece que “en defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente”, no permite reconocer la cualidad de heredero abintestato a quien no es viudo y sólo mantuvo una relación fáctica de pareja con el causante, máxime si se tiene en consideración que la última reforma legislativa operada en esta materia de sucesión intestada (concretamente, en el artículo 945 del Código Civil) fue introducida mediante la Ley 15/2005, de 8 de julio, por lo que si el legislador lo hubiera estimado conveniente podría haber efectuado entonces la correspondiente modificación para adecuar la regulación en el sentido propugnado por la apelante. Además, la aplicación de la analogía *iuris* en relación con los principios de justicia y equidad no puede comportar, sin más, la tergiversación de la clara dicción literal del citado precepto, extendiendo sus consecuencias a sujetos a los que el legislador no ha querido atribuir la herencia abintestato. Por último, tampoco por la vía de la analogía *legis* puede llegarse a semejante resultado, por no darse los requisitos jurisprudencialmente exigidos para la aplicación analógica de la norma regulada en el artículo 4.1 del Código Civil. Así, en sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1993 se declaró que “la aplicación analógica de un precepto a un supuesto de hecho no regulado en el mismo (analogía *legis*), requiere inexcusablemente que entre éste (el no regulado) y aquél que contempla la norma exista una ‘semejanza’ o ‘identidad de razón’ (*ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*)”, y en resolución del mismo Alto Tribunal de 21 de noviembre de 2000, con cita de otras precedentes, se expuso que “la Exposición de Motivos del Decreto 31 de mayo de 1974 que aprobó el Texto Articulado del Título Preliminar del Código Civil, refiriéndose a la analogía dice que ‘no presupone la falta absoluta de una norma, sino la previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible por consideraciones de identidad o similitud al supuesto no previsto; se condiciona así la aplicación del método analógico a la existencia de una verdadera laguna legal y a la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado, debiendo acudirse para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados (sentencia 20 febrero 1998); la sentencia de 18 de mayo de 1992 hace mención de su aplicación necesaria ‘ya que su empleo viene impuesto de manera determinada a la presente controversia, pues no obstante tratarse de una operación jurídica muy delicada que exige mesura, ponderación, meditado y cuidado uso, como dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1988, ante el problema de anomia que el tema presenta, al no ser el ordenamiento jurídico previsor, la analogía evidentemente es la técnica adecuada ante una realidad social que se presenta dinámica y con profusión en los tiempos actuales’; por su parte, dice la sentencia de 10 de mayo de 1996 que ‘la jurisprudencia ha interpretado esta norma (se refiere al art. 4.1 del Código Civil) exigiendo para la aplicación de la analogía que exista semejanza entre el supuesto de hecho no regulado y el regulado, entendiéndose que existe esta semejanza cuando en el primero están los elementos sobre los que descansa la regulación del segundo; debiendo traducirse este principio en las siguientes circunstancias: a) Que la norma no contemple un supuesto específico, pero sí otro semejante. b) Que entre ambos se aprecie la identidad de razón. c) Que no se trate de leyes penales o de ámbito excepcional”. Alumbrado el caso de autos por la doctrina jurisprudencial transcrita, se alcanza la conclusión de que, en efecto, no cabe aplicar la analogía propuesta por la parte apelante porque ni se da una semejanza o identidad de razón ni concurre la laguna legal exigida jurisprudencialmente, pues, por un lado, no puede parangonarse automáticamente y a todos los efectos la posición jurídica de un cónyuge con la de quien simplemente mantiene una convivencia de hecho, ya que ni *inter vivos* ni *mortis causa* ostentan uno y otro los mismos derechos y obligaciones a tenor de las normas que contiene nuestro ordenamiento jurídico, mientras que, por otro lado, la regulación de la sucesión intestada en el Código Civil es completa y no presenta laguna alguna que haya de ser cubierta mediante la analogía *legis*, de modo

No obstante, la sensibilidad de los operadores jurídicos a una realidad que no casa con el texto de la norma, subyace en el reconocimiento de derechos patrimoniales sobre la herencia de su pareja por la aplicación del “socorrido” principio general de enriquecimiento injusto.

Así sucedió con la sentencia del TS de 17 de junio de 2003⁶ en la que por esa vía el Alto Tribunal estimó que la pareja de hecho supérstite, tras 53 años de convivencia con el fallecido, tenía derecho a recibir parte del haber hereditario de su compañero. La resolución judicial, si bien puede ser calificada de “justa”, en la medida que se adecúa a los principios sobre los que se sustenta el actual derecho de familia (entre ellos el de protección del conviviente perjudicado por la ruptura), no es digna de elogios si se analiza asépticamente desde la pura técnica jurídica. Con buen acierto, se rechazan los argumentos esgrimidos por la defensa de la recurrente en orden a fundamentar las pretensiones indemnizatorias en la responsabilidad civil ex art. 1902 CC y en el derecho a percibir una pensión compensatoria ex art. 97 CC, cuya aplicación analógica invoca. Pues, como bien señala nuestro TS, ni ha existido un acto ilícito (presupuesto ineludible para que entre en funcionamiento el mecanismo resarcitorio del art. 1902 CC), ni tampoco una ruptura unilateral de la pareja, no siendo el fallecimiento, presupuesto, en ningún caso, para el derecho a percibir una pensión compensatoria en las uniones conyugales. Sin embargo, aprecia la concurrencia de los requisitos consagrados en la jurisprudencia para que surja un derecho a ser indemnizado como consecuencia de haber sufrido un enriquecimiento injusto el obligado a ello (en este caso, a cargo del haber hereditario); esta argumentación precisa afinar los conceptos “empobrecimiento” e “enriquecimiento” adaptándolo a los hechos y estimando que se enriquece, no solo el que aumenta su patrimonio, sino, también, el que no lo disminuye, y que debe ser considerado empobrecido, no solo aquel cuyo patrimonio disminuye, sino aquel que pierde expectativas laborales o profesionales

que se reconoce como herederos abintestato a quien el legislador ha estimado oportuno, y si tal cualidad se predica del cónyuge viudo y no de quien sólo convivió *more uxorio* sin contraer nupcias es debido a la voluntad del legislador pero no a un olvido u omisión del mismo, hasta el punto de que ni siquiera en la relativamente reciente reforma legislativa de 2005 se introdujo la equiparación pretendida por la apelante”. Contundente este fragmento de la SAP Granada 2 febrero 2004 (Tol 2728944) “En definitiva, no es posible el reconocimiento de ningún derecho sucesorio civil -salvo el derecho a subrogarse después de la muerte del arrendatario en el arrendamiento de la vivienda habitual ex artículo 16.1 b) LAU- a favor del conviviente supérstite, como han tenido ocasión de señalar en casos parecidos las SSAP Madrid 27 octubre 1998, Tarragona 3 febrero 2000 y Vizcaya 27 julio 2000). Decía Pantaleón, después de rectificar su postura sobre la posible inconstitucionalidad de nuestro ordenamiento jurídico, que creo que es cruel no conceder derechos sucesorios *ab intestato* al conviviente extramatrimonial, pero creo que no es inconstitucional no hacerlo” (en “Régimen jurídico-civil de las uniones de hecho”, en *Uniones de hecho*, Lleida, 1998, pg. 75). Por todas estas razones, esta Sala sólo puede confirmar la sentencia de instancia”. En Galicia, cuyo ordenamiento foral equipara a la pareja de hecho a la matrimonial, siempre que se encuentre inscrita en el Registro, el TSJG ha expresado la irretroactividad de dicha disposición aplicable a las parejas inscritas tras su entrada en vigor, en la STSJG 31 mayo 2012 (Tol 3571385) que versa sobre la equiparación en relación a la sucesión intestada. Finalmente, a STS 27 marzo 2008 (Tol 1354577) le niega a la ex conviviente el derecho a permanecer en la que fuera vivienda familia tras el fallecimiento de su pareja, por no estar reconocido legamente tal derecho.

6 STS 17 junio 2003 (Tol 285652).

por su dedicación en beneficio de otro⁷. En cualquier caso, y probablemente para evitar la crítica fácil de estar asumiendo competencias legislativas que no le corresponden, se encarga de puntualizar el Tribunal que no se trata de conceder derecho sucesorio alguno a favor del conviviente, ya que, de todos es sabido, que solo el legislador puede reconocerlos y, hasta ahora, ha decidido que no sea así. Finalmente, esta sentencia tiene su punto débil en la estimación del daño causado y que debe ser resarcido; tarea ardua difícil y que resuelve, disminuyendo la cuantía fijada en la sentencia de instancia que pasa a una cuarta parte de los bienes que constituyen el haber hereditario (con excepción de los inmuebles sito en una localidad palentina), el ajuar doméstico y el derecho a usar la vivienda familiar de forma vitalicia.

Para comprender el fallo es necesario tener presente los hechos que lo generan, pues no se trata, simplemente, de consolidar una línea jurisprudencial por la que, de forma encubierta se disfracen pretensiones sucesorias (lo que, ciertamente, vulneraría el derecho a no contraer matrimonio consagrado en el art. 32 de la Constitución), sino de dar respuesta a una concreta situación de convivencia, no libremente elegida, sino “impuesta” al no permitirse en España en 1943, fecha de inicio de la relación, el divorcio del matrimonio previo del conviviente. En consecuencia, la convivencia de hecho no se produjo en el marco de libertad del art. 32 de la Constitución, por razones obvias, lo que, en cierta medida, justifica la

7 “Camila durante los cincuenta y tres años de convivencia con D. Inocencio se dedicó en exclusiva a la atención del mismo y del hogar familiar prestándole total ayuda moral y material, lo que repercutió positiva y significativamente en la formación del patrimonio de aquel, al tiempo que acarreo un desentendimiento de su propio patrimonio, pues tal dedicación no solo no le supuso ninguna retribución o compensación económica, sino que le impidió obtener beneficios privativos mediante el desarrollo de otra actividad en provecho propio. La sentencia de instancia niega la existencia de base adecuada para sentar la concurrencia de una comunidad de bienes o de una sociedad irregular, y tal conclusión es aceptada por la parte recurrente y deviene incólume para este Tribunal, pero, por el contrario, a lo que en dicha resolución se razona, no cabe negar que de la composición fáctica expresada se desprenda una situación de enriquecimiento injusto. Esta situación tiene lugar cuando se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece careciendo de justificación o de causa (base) que lo legitime, de tal manera que surge una obligación cuya prestación tiende a eliminar el beneficio del enriquecimiento indebido (*in quantum locupletiores sunt*). El enriquecimiento, como ya advierte la mejor doctrina, se produce, no solo cuando hay un aumento del patrimonio, o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una disminución del patrimonio (*damnum cessans*). El empobrecimiento no tiene porqué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro. La correlación entre ambos es la medida en que uno determina el otro, y la falta de causa no es otra cosa que la carencia de razón jurídica que fundamente la situación. La causa (en el sentido de o suficiente) no es, desde el punto de vista jurídico, otra cosa - como sostiene un importante sector doctrinal- que un concepto-válvula para poder introducir elementos de carácter valorativo, y decidir de tal manera acerca de la justificación, o falta de la misma, en un supuesto determinado. Una excesiva generalización de la doctrina del enriquecimiento injusto puede crear riesgos para la seguridad jurídica, pero su aplicación a supuestos concretos y a concretos intereses, otorgando en favor de un sujeto concreto una acción de restitución constituye un postulado de justicia insoslayable. La comunidad de vida, o el haber gozado de una consideración social y material equiparada a la de su compañero (a que se hace referencia en la resolución de la instancia), no constituyen justificación del desequilibrio patrimonial producido en virtud de las respectivas actividades y circunstancias específicas del caso, sumamente significativas. Bueno es apuntar finalmente que se está haciendo referencia a un enriquecimiento producido en el patrimonio del Sr. Inocencio, que genera una obligación resarcitoria ya nacida en vida del mismo, y en absoluto compensada. No se hace referencia a ningún derecho sucesorio, ni se toma en cuenta el enriquecimiento de la demandada”.

excepcionalidad del tratamiento de una situación que no va a volver a repetirse. Pues, en otro caso, estimo que el planteamiento no sería correcto, y no debería abordarse de idéntica manera si la convivencia tuvo su raíz en un acto de libertad de los sujetos protagonistas.

De forma semejante, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2004⁸ concede derechos patrimoniales a la conviviente de hecho tras el fallecimiento de su pareja con la que había convivido durante diecisiete años, recurriendo para ello al principio de enriquecimiento injusto, una vez que excluye la aplicación analógica de normas propias de los regímenes económicos matrimoniales⁹, tras detectar el perjuicio causado a la reclamante¹⁰.

III. LOS DERECHOS DEL CONVIVIENTE EN EL DERECHO FORAL.

La ignorancia del legislador común que hemos puesto de manifiesto en el epígrafe precedente no se corresponde con una actitud idéntica del legislador foral¹¹. Como se ha convertido, ya, en una forma normal de proceder y en consonancia con su postura proactiva a la hora de responder a las demandas de colectivos no atendidas desde el Parlamento nacional, el escenario descrito no tiene lugar en los territorios donde los parlamentos autonómicos gozan de competencia civil al existir el famoso “punto de conexión” que le dota de legitimación para ello. En este sentido, el conviviente se convierte en titular de derechos sucesorios equiparados a los del cónyuge en algunas comunidades autónomas, tal y como exponemos a continuación¹². Ello comporta el reconocimiento de derechos sucesorios en todos los ámbitos, incluido el de la sucesión intestada que es el que hemos seleccionado para el análisis. En otras ocasiones, les concede el derecho a usar la vivienda familiar por un periodo temporal (limitado o indefinido).

8 STS 23 noviembre 2004 (Tol 538271).

9 “Lo que, respecto a la normativa, ha declarado reiteradamente esta Sala es que no es aplicable a la unión de hecho la regulación del régimen económico-matrimonial (sentencias de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1994, 20 de octubre de 1994, 24 de noviembre de 1994, 30 de diciembre de 1994, 4 de marzo de 1997)”.

10 “Con lo cual, la cuestión clave queda planteada: tras una larga convivencia, no puede quedar una de las partes en situación absolutamente desfavorable respecto a la otra, en el sentido de que todos los bienes hayan sido formalmente adquiridos por uno solo, como si el otro no hubiera colaborado con su atención personal y colaboración en trabajo fuera o dentro de casa; en otro aspecto, se trata, no tanto de imponer una normativa a una situación de hecho, sino de evitar el perjuicio injusto a la parte más débil de una relación”.

11 También en Derecho comparado existen ordenamientos jurídicos que reconocen derechos sucesorios a los convivientes en paridad con el cónyuge, como detalla MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reformas*, BOE, Madrid, 2016, pp. 340-341. El CC suizo condiciona la existencia de tales derechos a la inscripción de la pareja en el Registro correspondiente. Vid. PEREÑA VICENTE, M.: “La obsolescencia no programada de los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el Código civil español,” *LA LEY Derecho de familia*, núm. 22, abril-junio, 2019 monográfico dedicado a *Cuestiones actuales del Derecho Sucesorio*, pp. 1-37, concretamente la cita es a la p.14

12 Un tratamiento detallado sobre las distintas normativas forales en MARTÍN AZCANO, E.M.: “Derechos sucesorios del conviviente supérstite”, *LA LEY Derecho de familia*, núm. 22, abril-junio, 2019 monográfico dedicado a *Cuestiones actuales del Derecho Sucesorio*, pp. 1-26.

I. El conviviente como heredero intestado.

Como quiera que es nuestra intención proponer alguna fórmula que posibilite el reconocimiento de derechos sucesorios en la sucesión intestada, la primera etapa de la búsqueda de un argumentario y/o un modelo nos lleva a recabar en las normas autonómicas en las que, por una u otra vía, ya existe este derecho.

En Cataluña, el reconocimiento de derechos sucesorios al conviviente tiene lugar no sólo en el ámbito de la sucesión intestada, sino que dicha equiparación se establece con carácter general en todas las normas que regulan la sucesión mortis causa a favor del cónyuge, pues, no existe diferencias entre cónyuge y conviviente. El conviviente, al igual que el cónyuge, y, naturalmente condicionado al mantenimiento de la convivencia en ambas situaciones¹³, tiene derecho a la “cuarta viudal” si se dieran los presupuesto para ello¹⁴, derecho de usufructo universal si concurre con descendientes (art. 442.3), derecho de predetracción del ajuar familia y de los objetos personales (art. 231.30) y derecho a continuar en la vivienda familiar un año después del fallecimiento de su pareja (art.231.31).

Incluso, es posible observar el reconocimiento de consecuencias patrimoniales sucesorias fuera del ámbito estrictamente familiar en las relaciones cuasi-familiares de ayuda mutua. Tal y como se expresan en el art. 240-7 del Código civil catalán al regular la pensión alimenticia periódica que puede nacer como consecuencia del fallecimiento de uno de los convivientes, y siempre que concurren los requisitos a los que dicho derecho se encuentra conectado¹⁵.

Ya en el orden de llamamientos de la sucesión intestada, el conviviente se ubica en el mismo lugar del cónyuge, lo que le permite heredar a su pareja en defecto de descendientes, aunque conservando los ascendientes su legítima (art. 442.3.2 CCC). Asimismo, si concurre con descendientes se le reconoce un derecho de

13 Art. 422-13. Ineficacia sobrevenida por crisis matrimonial o de convivencia. “1. La institución de heredero, los legados y las demás disposiciones que se hayan ordenado a favor del cónyuge del causante devienen ineficaces si, después de haber sido otorgados, los cónyuges se separan de hecho o legalmente, o se divorcian, o el matrimonio es declarado nulo, así como si en el momento de la muerte hay pendiente una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, salvo reconciliación.2. Las disposiciones a favor del conviviente en pareja estable devienen ineficaces si, después de haber sido otorgadas, los convivientes se separan de hecho, salvo que reanuden su convivencia, o se extingue la unión por una causa que no sea la defunción de uno de los miembros de la pareja o el matrimonio entre ambos”.

14 Art. 452-1. Derecho a la cuarta viudal. “1. El cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable que, con los bienes propios, los que puedan corresponderle por razón de liquidación del régimen económico matrimonial y los que el causante le atribuya por causa de muerte o en consideración a esta, no tenga recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades tiene derecho a obtener en la sucesión del cónyuge o conviviente premuerto la cantidad que sea precisa para atenderlas, hasta un máximo de la cuarta parte del activo hereditario líquido, calculado de acuerdo con lo establecido por el artículo 452-3”.

15 Art. 240-7 CCC Pensión periódica en caso de defunción “1. En caso de extinción de la convivencia por defunción de uno de los convivientes, el conviviente o convivientes que sobrevivían, que eran mantenidos total o parcialmente por el premuerto durante el año previo a la defunción y que no tengan medios económicos suficientes para mantenerse, tienen derecho a una pensión alimentaria, a cargo de los herederos de aquel, por un período máximo de tres años”.

usufructo de origen legal sobre la totalidad del patrimonio del causante¹⁶ y que no se pierde si, posteriormente, el beneficiario contrae nuevo matrimonio o inicia una nueva relación de pareja.

En Galicia, la DA 3^a de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia equipara al matrimonio la pareja de hecho inscrita en el Registro¹⁷. Ello implica que ocupa idéntico lugar que el cónyuge viudo en la sucesión intestada; es decir, después de hijos y descendientes y de los ascendientes, con una cuota usufructuaria de una cuarta parte, si concurre con descendientes y de la mitad si la concurrencia es con los ascendientes (art. 253 y 254 de la Ley). Dicho usufructo puede conmutarse por voluntad de los herederos y del *supérstite* por cualquier propiedad, cantidad económica, renta o pensión, pero, con carácter preferente el beneficiario (cónyuge o conviviente) tiene la posibilidad de hacerlo efectivo sobre la vivienda habitual o el local de negocio donde se desarrolle su actividad profesional o se ubique la empresa¹⁸.

En idéntica línea, el Derecho navarro según lo dispuesto en la Ley Foral 6/2000, de 23 de abril, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables de Navarra, no distinguía entre conviviente y cónyuge en el orden de suceder en la sucesión intestada para los bienes no troncales ni sujetos a reservas. De conformidad con la citada ley, el conviviente se ubicaba, junto al cónyuge viudo, en quinto lugar, precediéndole los hijos, los hermanos, medio hermanos y ascendientes.

La referida norma fue impugnada ante el Tribunal Constitucional, que se pronunció en la STC 93/2013 de 23 de abril¹⁹, declarando la inconstitucionalidad de la ley foral en cuanto reconocía iguales derechos al conviviente y al cónyuge. El argumento en el que se sustenta la resolución se ubica en el art. 10.1 de la Constitución, en relación con el libre desarrollo de la personalidad, que dice el TC se vulnera al imponer unas consecuencias patrimoniales a la ruptura de la convivencia por causa de la muerte no acordadas, pues el conviviente fallecido, ni pactó tales

16 Art. 442-3. Sucesión del cónyuge viudo y del conviviente en unión estable de pareja superviviente. "1. El cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable superviviente, si concurre a la sucesión con hijos del causante o descendientes de estos, tiene derecho al usufructo universal de la herencia, libre de fianza, si bien puede ejercer la opción de conmutación que le reconoce el artículo 442-5".

17 "1. A los efectos de la aplicación de la presente ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges. 2. Tendrán la condición de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio".

18 Art. 257. "1. En tanto no exceda de su cuota usufructuaria, el cónyuge viudo podrá optar por hacerla efectiva sobre la vivienda habitual, el local en donde ejerciera su profesión o la empresa que viniera desarrollando con su trabajo".

19 BOE 23 mayo 2013 (Tol 3711269).

consecuencias ni tampoco realizó testamento alguno donde se materializase dicha voluntad. La imperatividad²⁰ de la normativa sucesoria *ab intestato*, estima el Tribunal, vulnera el aludido precepto, no bastando el consentimiento previo o inicial, existente, naturalmente, al inicio de la unión y mantenido hasta su disolución por muerte, en la medida que los convivientes eran pareja cuando tuvo lugar el óbito. Se exige, pues, un doble consentimiento para que puedan imponerse las normas sucesorias que sitúan al conviviente en el mismo lugar que al cónyuge²¹; sin que el consentimiento en el que trae causa la unión sea suficiente, cuando sí lo es para las relaciones conyugales.

Considero, a diferencia del Tribunal, que la constitucionalidad de la aplicación de normas previstas para el matrimonio a las uniones de parejas, no debe residenciarse en el art. 10.1, pues no es, a mi juicio, el derecho al libre desarrollo de la personalidad el que pudiera verse afectado, sino el derecho a contraer matrimonio. La alusión al consentimiento, como manifestación de la voluntad del individuo, no puede menos que ser calificada como “desafortunada”, pues es obvio que el conviviente, no solo quiere iniciar la unión, sino que es su deseo mantenerla, ya que no se encuentra (ni debe encontrarse) condicionado por consecuencias impuestas y que dificulten su ruptura, como sí es característico del matrimonio.

He mantenido en otras ocasiones, que no se aprecia, con carácter general, “identidad de razón” entre la pareja de hecho y el matrimonio, lo que impide la aplicación “en bloque” la normativa que regula la institución matrimonial. Incluso aunque esta situación de plena igualdad entre ambas realidades tuviera su fundamento en una decisión del legislador, pues esa hipotética ley sería a todas luces inconstitucional por infringir el derecho a contraer matrimonio que reconoce nuestra Carta Magna a todo ciudadano (art. 32). Ello no es impedimento para que puedan reconocerse algunos efectos similares al matrimonio, sobre todo cuando se disuelve la unión, y siempre, claro está, no sean de tal entidad que dificulten la libre ruptura, rasgo esencial y característico de las uniones de hecho. En cualquier caso, dichas consecuencias patrimoniales deben tener su fundamento en un interés público, como el del menor o el interés del cónyuge más desfavorecido por la ruptura.

20 “En consecuencia, hemos de concluir que la regulación discutida responde básicamente a un modelo imperativo, bien alejado del régimen dispositivo que resultaría acorde a las características de las uniones de hecho, y a las exigencias del libre desarrollo de la personalidad recogido en el art. 10.1 CE. El carácter preceptivo implica que el régimen estatuido se impone obligatoriamente a las parejas estables que reúnan las condiciones previstas en los dos primeros supuestos del párrafo primero del art. 2.2, lo cual debe conducirnos, sin duda, a reiterar aquí la inconstitucionalidad de tales supuestos; asimismo debemos declarar la inconstitucionalidad del párrafo segundo de dicho art. 2.2, en cuanto que se refiere al cómputo del plazo de un año de convivencia previsto en el párrafo anterior”.

21 BERIAIN FLORES, I.: “Las uniones no matrimoniales y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, enero-diciembre 2014, pp. 137-172, concretamente la cita es a la p. 147.

Es más que evidente que la norma sucesoria comentada no afecta a la libre ruptura por lo que, de entrada, debería proceder un juicio propicio a su constitucionalidad. Esta afirmación se refuerza desde el sentido de las normas que rigen la sucesión intestada que, en el caso del matrimonio, tiene su fundamento en la convivencia de los cónyuges. El legislador entiende que si un cónyuge fallece sin testamento y a falta de determinados herederos consanguíneos (descendientes y ascendientes), si no se ha producido separación de hecho (es decir, si no hay convivencia), es el cónyuge superviviente el llamado a sucederle en todo su patrimonio. Semejante argumento es válido para posicionar al conviviente en idéntico lugar del cónyuge. Máxime cuando en estas relaciones, al existir plena libertad para romper, la convivencia es signo de afecto y cercanía, suficiente para situarlo en tal lugar. Presuponer que este es el deseo del fallecido no es “presuponer demasiado”, cuando, además, en caso contrario le hubiera bastado con testar a favor de otros, ya que el conviviente en ningún modo tiene carácter de legitimario. El argumento en el que el Tribunal Constitucional sustenta la inconstitucionalidad es precisamente el que refuerza su constitucionalidad: existe consentimiento por la mera convivencia, sin que sea necesario solicitar una declaración de voluntad extra para que el conviviente se coloque en el lugar del cónyuge a falta de voluntad testamentaria del fallecido.

El País Vasco ha sido particularmente generoso con el conviviente de hecho, ubicándolo en una posición idéntica a la del cónyuge viudo, no solo en el orden de los llamamientos, sino, a todos los efectos, incluido el derecho de usufructo por legítima y el derecho de habitación con carácter vitalicio de la que fuera vivienda familiar. Siempre que la pareja se encontrare inscrita como tal en el Registro administrativo correspondiente. Así los arts. 52 a 54 de la Ley 5/2015, de Derecho civil vasco.²² También lo fue la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana, declarada parcialmente inconstitucional

22 “Art. 52. La legítima del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho.1. El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho tendrá derecho al usufructo de la mitad de todos los bienes del causante si concurren con descendientes.2. En defecto de descendientes, tendrá el usufructo de dos tercios de los bienes Art. 53. Conmutación del usufructo viudal o del miembro superviviente de la pareja de hecho.1. Los herederos podrán satisfacer al cónyuge viudo o al miembro superviviente de la pareja de hecho su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.2. Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho.3. Si el usufructo del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho recae sobre dinero o fondos de inversión, sean éstos acumulativos o no, se rige, en primer lugar, por las disposiciones del causante y por los acuerdos entre el usufructuario y los nudos propietarios. En segundo lugar, en defecto de dichos acuerdos, el usufructuario de dinero tiene derecho a los intereses y demás rendimientos que produce el capital, y el usufructuario de participaciones en fondos de inversión tiene derecho a las eventuales plusvalías producidas desde la fecha de constitución hasta la extinción del usufructo. Los rendimientos y plusvalías eventuales se regularán por las reglas de los frutos civiles. Art. 54. Derecho de habitación del cónyuge o miembro superviviente de la pareja de hecho. El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, además de su legítima, tendrá un derecho de habitación en la vivienda conyugal o de la pareja de hecho, mientras se mantenga en estado de viudedad, no haga vida marital ni tenga un hijo no matrimonial o no constituya una nueva pareja de hecho”.

por la STC 9 junio 2016²³, que en el art. 14²⁴ equiparaba el cónyuge al conviviente a todos los efectos en la sucesión mortis causa de su pareja

En consecuencia, con el panorama normativo desplegado en casi todos los Derechos forales españoles en orden a reconocer una posición jurídica al conviviente de hecho, la Ley de Jurisdicción Voluntaria, con buen acierto, modifica el art. 55 de la Ley del Notariado atribuyendo al Notario competencia para tramitar declaraciones ab intestato en las que concurra el conviviente. De esta forma dejaba zanjada una polémica sobre este tema al no contener dicha previsión la ley modificada

El único ordenamiento foral que no reconoce derechos sucesorios en la sucesión intestada al conviviente es el Derecho foral aragonés (y el navarro tras la sentencia del TC). No obstante, establece a favor del conviviente supérstite el derecho de predetracción del ajuar familia y de los objetos personales y derecho a continuar en la vivienda familiar un año después del fallecimiento de su pareja²⁵, al igual que las leyes sobre parejas de hecho de otras comunidades autónomas con competencia para ocuparse de ello.

2. El conviviente supérstite como beneficiario del derecho ex lege a usar la vivienda familiar.

Como hemos apuntado, la legislación autonómica no se queda en reconocer derechos sucesorios al conviviente con carácter general, sino que, en algunos territorios, también establece un derecho a continuar residiendo en la que fuera la vivienda familiar, que pudiera, también, importarse a la legislación nacional.

Este derecho de uso se caracteriza porque no se integra en el haber hereditario del beneficiado, lo que lo protege frente a los derechos de legitimarios que pudieran reducirlo o cercenarlo. Digamos que actúa igual que el derecho de predetracción que sobre el ajuar concede el CC al cónyuge viudo (art. 1321 CC)²⁶. En cualquier caso, obviamente, el causante debe ostentar la titularidad dominical

23 STC 110/2016, de 9 de junio (Tol 5753921).

24 “Si durante la unión de hecho formalizada tuviere lugar la muerte o la declaración de fallecimiento de alguna de las personas convivientes, quien sobreviva ocupará en la sucesión la misma posición que corresponde legalmente al cónyuge supérstite”.

25 Art. 311. Derechos en caso de fallecimiento de uno de los convivientes. “1. En caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el supérstite tendrá derecho, cualquiera que sea el contenido de la escritura de constitución, del testamento o de los pactos sucesorios, al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, con exclusión solamente de las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar. 2. Asimismo, el supérstite podrá, independientemente de los derechos hereditarios que se le atribuyeran, residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año”.

26 “Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber. No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor”.

sobre la vivienda o, al menos, la cotitularidad, siempre que el otro propietario lo fuera el beneficiario. No cabe, pues, el derecho de uso sobre la vivienda de un tercero, entiendo, que, ni siquiera en el caso de que el tercero fuera titular de una parte del inmueble. Pues no existe causa iuris que justifique la privación del uso a un sujeto que es extraño a la relación de afectividad que unía al finado con su pareja. Tampoco cuando el derecho que sobre el inmueble ostentase el causante (en caso de no ser el propietario), finalizara con la muerte de su titular (derecho de usufructo vitalicio o derecho de habitación, por ejemplo).

Vaya por delante que las normas forales que han dedicado algún precepto a establecerlo, han tenido muy poco éxito (todo hay que decirlo). Ahora bien, en la medida que esta normativa supone el embrión o el primer atisbo de una reforma que considero necesaria (como argumentaré más adelante), soslayaré la escasa o nula repercusión en la práctica y me emplearé, a continuación, a exponer su contenido y sus particularidades.

A) *El inconstitucional art. 13 de la Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre y el declarado inconstitucional art. 12.2 de la Ley valenciana de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas.*

Nos sorprende la Ley andaluza con un precepto, el art. 13 denominado "Derechos en caso de fallecimiento" que textualmente dice: "En el supuesto de no existencia de pacto, en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el que sobreviva tendrá derecho, independientemente de los hereditarios que se atribuyan, a residir en la vivienda habitual durante el plazo de un año". Y digo nos sorprende porque el legislador andaluz, carente de competencia alguna para en Derecho civil, sin el menor pudor decide otorgar derechos *mortis causa* al conviviente supérstite consistente en el derecho de uso de la que fuera la vivienda familiar durante un año.

De acuerdo con el texto transcrito este derecho legal tiene un carácter subsidiario, pues dice "en defecto de pacto", de lo que se infiere que los convivientes están legitimados para excluir dicho derecho. Un acuerdo que no debe ser calificado como "pacto sucesorio", ya que el derecho de uso no se integra en el haber hereditario. Simplemente, se trataría de un contrato aleatorio cuyo efecto, para uno u otro o para ambos, tiene lugar cuando suceda un acontecimiento futuro tal cual es el fallecimiento de uno de los firmantes (o de ambos si la renuncia es recíproca). Tampoco se exige la reciprocidad de la renuncia por lo que es admisible que sea solo uno de ellos el que la lleve a cabo, aunque, eso sí, con el concurso de ambos. En esta línea argumentativa podemos afirmar que carecería de validez la renuncia del derecho previa al fallecimiento del conviviente; tanto por tratarse de un derecho futuro como por el hecho de no concurrir ambas voluntades.

No es admisible la exclusión del derecho por vía testamentaria, en la medida que el testamento es un negocio jurídico unilateral en el que no tiene cabida la voluntad de los beneficiados (o, en este hipotético caso, perjudicado).

En orden a la naturaleza jurídica, queda claro que no es un derecho integrado en el haber hereditario del causante, lo que lo aparta del régimen jurídico del CC; no se encuentra afectado, pues por las normas relativas a las legítimas ni, tampoco, debe estar presente en la partición de la herencia. Estamos pues, frente a un derecho que nace de la ley que surge como consecuencia del fallecimiento de un sujeto concreto. Es temporal, y su plazo es de caducidad, no pudiendo extenderse más allá del año, ni siquiera si así se hubiera pactado.

Evidentemente, si el conviviente hubiera establecido en el testamento un legado a favor de su pareja, consistente en el derecho a usar la vivienda familiar por un plazo superior al año, o, incluso, con carácter vitalicio, entiendo que en este caso el derecho de uso se integraría en el haber hereditario a todos los efectos. También si otorga un derecho de mayor extensión (por ejemplo, la titularidad dominical del inmueble) que subsuma el derecho de uso. Ahora bien, dado que el conviviente supérstite es titular por imperativo legal del derecho de uso anual, a la hora de realizarse la partición de la herencia deberá detraerse el derecho de uso durante el primer año, integrándose en el haber el tiempo que supere a dicho periodo que se calificaría como un legado y, como tal, se le aplicarían las normas del CC que así lo contemplan.

Como quiera que la ley andaluza no se ha recurrido ante el Tribunal Constitucional, el precepto se encuentra vigente, aunque su conflictividad sea escasa. En este sentido, solo en dos ocasiones se han referido las Audiencias Provinciales andaluzas al citado precepto. El primero de los pronunciamientos tuvo lugar en la SAP Granada, el 2 de febrero de 2004²⁷, y, aunque el supuesto de hecho no versaba sobre el derecho de uso del art. 13, la sentencia a modo de *obiter dicta* se permitió realizar una serie de reflexiones sobre el contenido de esta norma que concluye no es de aplicación al haber transcurrido más de un año desde el óbito. En su virtud, califica de “derecho sucesorio especial” el derecho de uso, excluyéndolo del haber hereditario; calificación que no me parece ajustada pues, como he argumentado, considero que es un derecho legal de uso que surge como consecuencia del fallecimiento de uno de los convivientes, sin que exista el efecto “sustitutivo” que caracteriza a los derechos sucesorios dada su limitación temporal que establece la propia ley y no depender de la voluntad del finado. Además, lo denomina “derecho de habitación” identificándolo con el así llamado en nuestro CC con el que presenta muchas semejanzas, por lo que estimo adecuada tal identificación. Finalmente, el citado texto afirma, con buen

27 SAP Granada 2 febrero 2004 (Tol 2728944).

acuerdo, la no exigencia del requisito de la inscripción (o, mejor dicho, formalización de la unión) en el Registro correspondiente²⁸.

La SAP Huelva 14 noviembre 2018²⁹ versa sobre el derecho reconocido en el art. 13 al conviviente que califica de "derecho de uso" y que reconoce ostentaba la demandada en el juicio de instancia; sin embargo, dado el transcurso del tiempo, la AP falla declarando su inexistencia y aseverando que, en ningún caso, puede convertirse, tal y como lo califica "usufructo vitalicio", con clara referencia que no se puede extender más allá del plazo marcado³⁰.

De Andalucía pasamos a la Comunidad Valenciana, a la Ley 5/2012, de 15 de octubre, parcialmente declarada inconstitucional por la STC 110/2016, de 9 de junio de 2016³¹. Entre los preceptos afectados por dicha declaración se encuentra el art. 12 que regulaba el derecho de uso de la vivienda familiar a favor del conviviente superviviente en los siguientes términos:

"1. Al fallecimiento de un o una conviviente se adjudicarán a la persona sobreviviente los bienes que constituyen el ajuar doméstico de la vivienda habitual de la unión de hecho formalizada, no computándose en su haber hereditario. No

28 "En cuanto al caso de autos, cabe reseñar el artículo 13 de la Ley andaluza, el cual establece un efecto para después de la muerte cuando fallezca uno de los convivientes: En el supuesto de no existencia de pacto, en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el que sobreviva tendrá derecho, independientemente de los heredarios que se atribuyan, a residir en la vivienda habitual durante el plazo de un año. Se trata de una norma de protección, aunque muy limitada, a favor del conviviente superviviente para poder ocupar la vivienda habitual. No es una norma sucesoria (en todo caso, sería un supuesto más dentro del elenco de supuestos llamados sucesión especial, con la particularidad de crear un derecho de habitación de singular naturaleza). El precepto debe ser también de aplicación -a nuestro juicio- cuando la pareja de hecho no está inscrita en el Registro correspondiente, siempre y cuando conviva de forma estable, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, según señala el artículo 3.1 de la Ley andaluza. Sin embargo, en el caso de autos ya ha transcurrido el año por lo que no es de aplicación el artículo 13".

29 SAP Huelva 14 noviembre 2018 (Tol 7021486).

30 "Este Tribunal hace una lectura distinta de la normativa que está conforme con la que se recogía en el rollo de apelación 45/14 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial, en el que se declaró que existía derecho posesorio o de continuidad en el uso de la vivienda merced a la aplicación del artículo 13 de la citada Ley 5/2002 de 16 de diciembre de parejas de hecho. (En el supuesto de no existencia de pacto, en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el que sobreviva tendrá derecho, independientemente de los heredarios que se atribuyan, a residir en la vivienda habitual durante el plazo de un año). Es viable efectivamente, y así además debe aceptarse en virtud del dictado de la citada resolución judicial, que la demandada pudiera continuar entonces en la posesión de la vivienda, pero no desde luego entender que existe un derecho de usufructo vitalicio ya que es totalmente inconcuso que no puede una mera relación estable, sin matrimonio, convertir a la pareja del fallecido en viuda a efectos sucesorios. Lo que el artículo 13 de la citada Ley recoge es exclusivamente la posibilidad de residir en una vivienda habitual de la que no se es dueño y si lo fue la persona con la que se formó una unión more uxorio o pareja de hecho análoga a la conyugal, durante un año tras el fallecimiento del propietario, y no otra cosa. Pretender ahora que con aplicación de una normativa de Derecho Civil común puede dejarse sin efecto esa otra Ley especial, que naturalmente no puede incidir en materia estrictamente civil sucesoria al carecer la Comunidad Autónoma de competencia en esa materia (como admite la exposición de motivos de la norma al reseñar que es desarrollo de la "competencia sobre orientación familiar que el artículo 13.22 del mencionado Estatuto de Autonomía atribuye a la Comunidad Autónoma de Andalucía, puesto que, con respeto en todo caso a la legislación civil"), y que otorgue, no sólo- yendo más allá de su letra- el derecho a continuar haciendo uso de la vivienda durante más de un año, sino un verdadero derecho real de usufructo sobre la vivienda cuestionada, es contrario a ambas normas, autonómica y estatal".

31 STC 110/2016, de 9 de junio de 2016 (Tol 5753921).

se incluyen los objetos de extraordinario valor, en relación con el caudal relicto de la persona causante y con el nivel de vida de la pareja. 2. Quien sobreviva tendrá derecho al uso de la vivienda habitual de la unión durante un año a contar desde el fallecimiento de su pareja. En caso de arrendamiento, se aplicará la legislación en materia de arrendamientos urbanos”.

De la lectura del precepto se colige que el legislador valenciano otorga igual régimen jurídico al derecho de predetracción sobre el ajuar que concede al conviviente en idénticos términos del establecido en el art. 1321 CC a favor del cónyuge, que al derecho de uso. Aunque no lo dice expresamente, la interpretación de la norma nos invita a extender la frase “no computándose en su haber hereditario” del párrafo primero en relación al ajuar al derecho de uso establecido en el segundo párrafo. No hace referencia, con buen acierto, a la posibilidad de excluir el derecho a virtud de pacto, como sí hacía el legislador andaluz.

Al igual que acaecía en la legislación andaluza el carácter imperativo de la norma impide que el testador pudiera limitar temporalmente el derecho o someterlo a condición o algún otro gravamen, pero sí ampliar su duración y extensión. Nos remitimos, pues, las consideraciones realizadas en párrafos precedentes en orden a su valoración y cómputo en el haber hereditario y en la partición de la herencia.

La sentencias del Alto Tribunal, 110/2016, con idénticos argumentos a su predecesora, declara inconstitucional la Ley 5/2012 de 15 de octubre sobre uniones de hecho en el articulado donde se establecen y regulan los efectos civiles de la unión³², con expresa mención al art. 12, dejando, en cambio, aquellos preceptos dedicados a otros aspectos administrativos y formales de esta realidad. El motivo se ubica en la interpretación de la expresión “allí donde existan” del art. 149, I, 8ª, pues se considera que alude a la previa existencia de un Derecho civil propio, al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sin que sea lícito remontarse a cualquier otro momento anterior. Pues el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, tanto en su redacción primigenia como en la

32 “En consecuencia, el carácter indisponible e irrenunciable de las competencias tanto estatales como autonómicas obliga a comprobar uno a uno el contenido de los preceptos de la Ley para restringir la declaración de nulidad, por este motivo, solamente de los que tengan carácter civil. a) Tienen esta naturaleza, por regular derechos y obligaciones de los miembros de la unión de hecho formalizada según lo expuesto más arriba en el fundamento jurídico tercero, los siguientes artículos de la Ley: el art. 6, que bajo la rúbrica “Efectos de la extinción de la unión de hecho formalizada” dispone en tal caso la “revocación automática de los poderes que cualquiera de sus miembros hubiera otorgado a favor del otro”; el art. 7, que establece la “Libertad de regulación” de las “relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia”; el art. 8 (“Gastos comunes de la unión de hecho formalizada”); el art. 9, que regula el “Derecho de alimentos” entre los convivientes; el art. 10 (“Disposición de la vivienda habitual de la unión de hecho”); el art. 11 (“Responsabilidad patrimonial”); el art. 12, que regula el destino del “Ajuar doméstico y uso de la vivienda” tras el fallecimiento de uno de los convivientes; el art. 13 (“Representación legal de la persona conviviente”); y el art. 14 (“Derechos de la persona conviviente supérstite en la sucesión de la persona premuerta”). Todos estos preceptos, al contener normas para las que la Comunidad Valenciana no ostenta competencia, son inconstitucionales y deben ser declarados nulos”.

reciente reforma (de 2006), asume idéntica competencia sobre el Derecho civil valenciano pero tal competencia legislativa sólo puede versar sobre las probadas y subsistentes costumbres forales que se hayan observado en determinadas zonas del territorio autonómico, siendo vetado a la Comunidad autónoma valenciana crear un Derecho civil ex-novo en una materia, como las uniones de hecho³³, sobre la que no es posible apreciar “punto de conexión”.

No podemos menos que sorprendernos ante la situación descrita. En ella se posibilita que una norma semejante se encuentre en vigor en una Comunidad Autónoma, en la que nunca hubo Derecho foral, por la inacción de los llamados a recurrirla (por lo que su parlamento es incompetente para legislar sobre materia alguna de Derecho privado); y, en una Comunidad Autónoma, en la que hubo Derecho foral de carácter consuetudinario que permitió la existencia de normas de Derecho privado emanadas de su Parlamento, se aparte la norma por inconstitucional, tras no apreciarse competencia del Parlamento en esa concreta materia. La crítica no va dirigida a la STC 110/2016, cuyos fundamentos son acordes con la doctrina del propio TC, sino a la incongruencia que supone la pervivencia del art. 13 de la ley andaluza.

B) El art. 311.2 del Código de Derecho foral aragonés aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo y el art. 54 de la Ley 5/2015, de Derecho civil vasco: su escasa conflictividad.

De forma muy semejante a como lo hiciera la ley valenciana, el art. 311 del Código de Derecho Foral Aragonés establece lo siguiente:

“1. En caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el supérstite tendrá derecho, cualquiera que sea el contenido de la escritura de constitución, del testamento o de los pactos sucesorios, al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, con exclusión solamente de las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar. 2. Asimismo, el supérstite podrá, independientemente de los derechos

33 “Y es claro que la unión de hecho no es un órgano de la Administración de la Comunidad Valenciana, ni ejerce función pública alguna, ni depende de ella; al contrario, es una institución netamente privada y conformada por dos personas que voluntariamente conviven en atención al sentimiento -definido por la Ley como de “afectividad análoga a la conyugal”- que uno y otro se profesan. Por eso, este Tribunal ha tenido ya ocasión de señalar que la regulación de los efectos jurídicos que se atribuyen a la situación fáctica de convivencia en pareja, que es lo que hace la Ley 5/2012, de la Comunidad Valenciana, “se inserta de lleno en el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho, teniendo, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho civil” (STC 81/2013, de 11 de abril, FJ 4, sobre la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho). Según razonaba dicha Sentencia, los efectos personales y patrimoniales que se atribuyen a esa situación de convivencia por razón de afectividad son simple trasunto de las establecidas en el Código civil -y, en su caso, en los Derechos civiles forales o especiales- para el matrimonio (v. gr. pactos entre los miembros de esa unión, régimen económico -derechos, obligaciones, cargas y responsabilidades- de la misma, pensión compensatoria en caso de separación, derechos sucesorios del supérstite, etc...) y ello supone, por tanto, la regulación de una relación y, en consecuencia, de una institución civil, como ya había *interprivatos* declarado la STC 28/2012, de 1 de marzo, FJ 5, citada también en aquella sentencia”.

hereditarios que se le atribuyeran, residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año.”

Dada la similitud de ambas normas, poco más tengo que añadir a los comentarios sobre el contenido y su interpretación vertidos en el epígrafe anterior; a los que me remito.

En los años de vigencia se ha generado muy poca litigiosidad, habiendo localizado solo dos pronunciamientos. Uno de la AP de Zaragoza, 30 de marzo 2005³⁴, que versa sobre el periodo de duración del derecho precisando que el periodo de un año debe contarse desde el fallecimiento del conviviente³⁵, el otro del TSJ de 7 de abril 2015, relativo al carácter de derecho *per relationem* del derecho de uso a favor del conviviente supérstite³⁶. En su virtud, y al igual que acaece en el derecho a usar la vivienda consecuencia de su atribución en las crisis familiares, si el derecho³⁷, si los ocupantes fase de armonía tenían el carácter de precaristas, la atribución del uso no puede otorgar un título al beneficiario del que carecía su

34 SAP Zaragoza 30 marzo 2005 (Tol 621677).

35 “El argumento relativo al art. 9 de la Ley de Parejas aún es mas insostenible, pues la lectura del indicado art. No puede tener otra interpretación que la que de su contenido literal se deduce, es decir, que el año gratuito de residencia en la vivienda habitual se contará desde el fallecimiento del conviviente, las otras consideraciones personales que se exponen en el recurso no pueden ser atendidas judicialmente sino a través de otras instituciones, pues obviamente la situación particular de la recurrente no puede perjudicar a la demandante, que ha solicitado el amparo judicial para la defensa de sus derechos y que los tribunales deben otorgar (art. 24 de la C.E.) procede confirmar íntegramente la Sentencia apelada”.

36 STSJ 7 abril 2015 (Tol 5753921).

37 Dicho todo lo anterior podemos continuar la averiguación del sentido que haya de ser dado al art. 311 CDFA. Su objeto es regular los derechos atribuidos por ministerio de la ley al supérstite de la pareja extramatrimonial cuando su extinción se produce por fallecimiento del otro. De entre los derechos que la ley atribuye al cónyuge viudo, el legislador aragonés optó por no otorgar a la pareja no matrimonial derecho hereditario alguno en la ley 1/1999, de sucesiones por causa de muerte [hoy del libro tercero del CDFA], que perseguía una regulación completa del mismo, pese a que tal formula de convivencia sí fue contemplada en la discusión de esta ley, en la que se presentaron sin éxito sendas enmiendas para incluirla dentro de la regulación de las causas de indignidad y de desheredación (enmiendas 36 y 319). Siguió el mismo criterio en la L 6/1999, pues así se desprende de su tramitación, y de la marginación de todo derecho hereditario en los derechos que el hoy art. 311 CDFA atribuye a aquel de la pareja que sobrevive, como resulta de las expresiones “cualquiera que sea el contenido....., del testamento o de los pactos sucesorios” (párrafo 1º), e “independientemente de los derechos hereditarios que se le atribuyeran” (párrafo 2º). Los derechos de que se trata se derivan, pues, de la constitución misma de la unión estable extramatrimonial, como ocurre las predetracciones y ventajas de que disfruta el cónyuge viudo, tienen la misma naturaleza que ellas y persiguen la misma finalidad de protección del supérstite, por lo que al igual que aquellas deben ser referidos únicamente a los bienes existentes en la pareja al tiempo del fallecimiento, y establecidos con el fin de excluirlos de la liquidación del haber común y de la sucesión del premuerto. En definitiva, lo que se pretende con la norma es dejar a salvo el derecho de ocupación anual de los derechos adquiridos por quienes suceden al fallecido, como claramente se desprende de la dicción legal. Si esto es así, no cabe sino referir este derecho de prorrogar la ocupación de la vivienda común al derecho en virtud del cual ésta tenía lugar antes de la extinción de la pareja, del mismo modo que el derecho “al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual” de que se ocupa el primer párrafo del precepto en cuestión ha de referirse a los existentes en la pareja antes de su desaparición, lo que excluye toda posibilidad de que el supérstite tenga un mejor título de ocupación de la vivienda que el existente antes de la extinción, como con toda razón arguyen las sentencias ambas instancias. La propia mención a la herencia del difunto que contiene el precepto en sus dos párrafos abona esta idea, en cuanto pone el énfasis en ella con el fin excluir los derechos del supérstite del régimen a que pueda estar sujeta. En consecuencia, si la ocupación de la vivienda se llevaba a cabo durante la convivencia sin título que diera derecho a ella, fenecido aquél a quien se le consentía, el otro no puede pretender ostentar derecho para continuarla que pueda ser opuesto con éxito a la acción de desahucio por precario a que se ha dado lugar en la instancia”.

predecesor. De igual modo, cuando el uso se atribuye *ex lege* al conviviente, nada impide a los actuales titulares (sucesores *mortis causa* del causante) interponer acción de desahucio en precario antes de que finalice el periodo de un año.

Finalizamos este recorrido por las leyes forales recabando en el art. 54 de la Ley 5/2015, sin duda el más original y de mayor contenido de los existentes en las normas autonómicas. Dice el referido precepto: “El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, además de su legítima, tendrá un derecho de habitación en la vivienda conyugal o de la pareja de hecho, mientras se mantenga en estado de viudedad, no haga vida marital ni tenga un hijo no matrimonial o no constituya una nueva pareja de hecho”.

La norma transcrita se ubica en un ordenamiento jurídico que determina la igualdad plena entre cónyuge y conviviente, de ahí el inicio de la frase donde queda patente dicha equiparación con la partícula disyuntiva “o” que así lo expresa. Asimismo, la referencia a “además de su legítima” indica que el conviviente es legitimario en idéntica medida que el cónyuge.

Esta vez el legislador califica el derecho como “derecho de habitación” (al igual que lo hiciera la AP Granada, el 2 de febrero de 2004³⁸), atribuyéndole tal naturaleza jurídica que es, en definitiva, la que mejor se corresponde con su singularidad. Asimismo, le otorga una duración indefinida, a diferencia de la anual de los demás textos autonómicos comentados, aunque la vincula a una serie de circunstancias que de, sucederse, operan con efecto extintivo del derecho. La referencia a hechos tales como el inicio de una nueva relación afectiva del beneficiario o la maternidad/paternidad debe ponerse en conexión con el concepto de “nueva familia” instaurado a partir de la STS 20 noviembre 2018³⁹. Efectivamente, el TS consideró que el derecho de uso atribuido como consecuencia de la crisis se extinguía si la beneficiaria convivía con un tercero, aun cuando el interés del menor, causa que motivó la atribución *ex art. 96.I CC* no se viera afectado⁴⁰. El argumento se sustenta en el concepto de “familia”, no en vano la vivienda se atribuye por ser la “familiar”, carácter que pierde cuando entra a convivir un tercero, pues se estima que con ello se inicia una nueva familia que no justifica la desposesión del uso al titular o cotitular⁴¹.

38 SAP Granada 2 febrero 2004 (Tol 2728944).

39 STS 20 noviembre 2018 (Tol 6921906).

40 Para un mayor detalle de la sentencia, *vid.* CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La pérdida del carácter “familiar” de la vivienda en la que se había desarrollado la convivencia conyugal. Comentario a la STS núm. 524/2017, de 27 de septiembre”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, 2018, págs. 620-635.

41 “El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia (sentencia 726/2013, de 19 de noviembre). En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. La introducción de una tercera persona hace perder

Si leemos con detenimiento las circunstancias mencionadas como generadoras de la extinción del derecho de habitación, en todas ellas apreciamos que, por su acontecer, se modifica la familia que reside en el inmueble (compuesta hasta entonces por el beneficiario), surgiendo un nuevo núcleo familiar al incorporar un tercero (marido, conviviente o hijo) que no justifica que conviviente *superstite* continúe gratuitamente en el uso habitacional de un inmueble que no le pertenece (al menos íntegramente). Desde otra perspectiva, los herederos del finado (en todo o en parte de la vivienda) no deben de ser privados del uso de un bien que del que son titulares, cuando el supérstite ha rehecho su vida.

Hasta aquí el comentario al art. 54 que, lamentablemente, no puede ir acompañado de ninguna alusión a pronunciamiento jurisprudencial pues no he encontrado sentencia alguna que lo interprete.

C) *La naturaleza jurídica del derecho ex a usar la vivienda familiar en la legislación autonómica.*

Cuando el derecho a usar la vivienda familiar tiene como causa una disposición testamentaria, única posibilidad excepto en Andalucía, Aragón y País Vasco, la naturaleza jurídica vendrá determinada por la interpretación de la voluntad del testador. La anterior afirmación merece un matiz ya que existe otro ordenamiento jurídico foral que, de forma indirecta, garantiza el derecho del conviviente a residir en la vivienda familiar. Así, en Derecho gallego, donde cónyuge y conviviente se encuentran equiparados, se le concede a ambos en la sucesión intestada la posibilidad de hacer recaer la cuota usufructuaria que como legitimario le corresponde sobre la que fuera vivienda familiar. Contenido más amplio que el mero uso habitacional pues no lleva implícita la obligación de residir y comporta las facultades de uso y disfrute propias de este derecho.

En consecuencia, nos plantearemos en este epígrafe la naturaleza jurídica del derecho de uso cuando este se genera por disposición legal, de modo semejante a como lo contempla el art. 96 CC en sede de crisis familiar. Buscando paralelismos entre ambos derechos, podemos afirmar que el derecho de uso es un derecho-deber y que se configura como una medida protectora del beneficiario. Con una diferencia importante, para que proceda la aplicación de los criterios del art. 96 debe probarse el supuesto de hecho y, en cambio, para el conviviente viudo basta la existencia de tal circunstancia. Digamos que es automático en Derecho foral, y solo lo es en las crisis familiares cuando concurren hijos menores y la custodia la asumiera en exclusiva el ex cónyuge o ex conviviente⁴². En cualquier caso, la

a la vivienda su antigua naturaleza “por servir en su uso a una familia distinta y diferente”, como dice la sentencia recurrida”.

42 En caso de custodia compartida el escenario no se ha previsto en el CC, por lo que no procede la aplicación del art. p. 96.I. Sobre la casuística y su resolución por los Tribunales “La atribución del derecho de uso de

aplicación de los criterios del art. 96 CC deja un mayor margen de discusión, de ahí su acusada conflictividad, que no concurre en el derecho de uso del conviviente supérstite.

Pueden calificarse como derechos gratuitos y temporales, aunque estas circunstancias no se aprecian con igual intensidad en ambos supuestos. Pues la gratuidad digamos que es mayor en el derecho de uso generado por el fallecimiento del titular o cotitular del inmueble ya que, en ningún caso, entra a formar parte del haber hereditario, única sede donde pudiera ser evaluado y computado. La estricta temporalidad (solo un año) del derecho en Andalucía y Aragón (y como lo fuera antes de su declaración de inconstitucionalidad en Valencia), así lo justifica, en la medida que el detrimento que pudieran sufrir los herederos se compensa por la escasa duración y la imposibilidad de prórroga, dado que el plazo lo es de caducidad. Más discutible el derecho de uso que establece la ley vasca que por ser indefinido carece del argumento de la temporalidad del que no hemos valido para mantener su oportunidad. Ciertamente, pudiera parecer excesivo hacer soportar a los herederos de un usuario indefinido y gratuito de un bien que han adquirido por sucesión *mortis causa* (testamentaria o legal), lo que le impide de *facto* disfrutarlo o disponer de él. No obstante, y mirándolo desde otra perspectiva, también los herederos lo son a título gratuito y, en definitiva, el usuario es la persona con la que el causante convivía con una relación de afectividad. Además, el heredero lo es solo si acepta la herencia y, de ser un legatario, siempre tiene la vía de la repudiación. Por lo que, a mi juicio, la ponderación de intereses es adecuada y la opción del legislador vasco es viable jurídicamente.

Completando el argumento, aunque el derecho de uso del art. 96 CC no implica ninguna remuneración por parte del usuario, ciertamente, goza de repercusión en las partidas económicas que genera la crisis incidiendo de forma indirecta en ellas⁴³. De ahí la afirmación de una mayor gratuidad del derecho de uso del conviviente supérstite que carece de reflejo patrimonial alguno.

la vivienda familiar” en los casos de custodia compartida, CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Actualidad civil*, núm. 2, 2019.

- 43 CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2 (abril-junio 2014), pp. 9-39, donde, además, apunta fórmulas para calcular su valor; VERDEIRA IZQUIERDO, B.: “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La necesidad de vivienda”, *InDret* 1/2016, pp. 1-57, concretamente pp. 22-28; TAMAYO CARMONA, J.A.: “El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro”, en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, enero 2015, pp. 264-291, concretamente pp. 286-287; DE VERDA BEAMONTE, J.R.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el Derecho español: la superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 9-43, concretamente la cita es a la p. 13 entre otros. En mi obra *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Valencia 2005, pp. 157-167, me manifesté, sobre la vía de la que llamé “compensación indirecta como la mejor fórmula para repercutir el valor del uso en otras prestaciones económicas derivadas de la crisis. Mantengo, pues, dicha tesis; ahora con un mayor respaldo, pues es la que siguen, en la actualidad, la mayoría de la doctrina, así como alguna legislación autonómica. En este sentido, art. 233-20, regla 7 del Código Civil de Cataluña: “La atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria

El hecho de que la legislación vasca no introduzca un límite temporal (como tampoco lo hace el art. 96.I CC) implica una conexión entre su duración y la existencia de la misma familia que le dio a la vivienda tal carácter. Ello tiene como consecuencia la afirmación de que, en ambos derechos de uso, pueda predicarse su naturaleza de derecho familiar⁴⁴ (lo que no impide que, a su vez gocen de naturaleza patrimonial), y no así en los establecidos en las leyes andaluzas y aragonesas.

Finalmente, llegamos a la eterna disquisición, ¿derecho real versus derecho personal? En orden a la naturaleza del derecho de uso en sede de crisis familiar ya me he manifestado y no voy a repetirme⁴⁵, calificándolo como derecho personal en la medida que el art. 96.4 exige el consentimiento dual para disponer del inmueble. Sin embargo, el derecho de uso a favor del conviviente supérstite tal y como se encuentra regulado en las normativas forales que a ello se dedican, se configura como un auténtico derecho real oponible *erga omnes* en cualquier escenario. De ahí que no sea necesario que el usuario consienta a la disposición de los herederos, titulares del inmueble, pues los adquirentes deberán soportar al usuario mientras este derecho se extienda.

En los supuestos de derecho legal de uso limitado a un año, entiendo que no deben generarse importantes o numerosos conflictos; pues el plazo es corto y el gravamen que comporta para los titulares no es de entidad. Ahora bien, el derecho de uso indefinido de la ley vasca sí propicia una situación extendida en el tiempo en la que pueden tener lugar las tensiones propias entre usuario/titular, semejantes a las que tienen lugar entre ex cónyuge o ex conviviente con su ex pareja titular o cotitular de la vivienda. Para resolverlas, se acudirán a los criterios

que eventualmente devengue el otro cónyuge". En el País Vasco, la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores establece lo siguiente, en orden a la incidencia del uso de la vivienda en la prestación de alimentos debida a los hijos menores: En relación al contenido mínimo del convenio regulador el Art. 5 c): "La atribución, en su caso, del uso de la vivienda y ajuar familiar, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro miembro de la pareja, hayan sido utilizadas habitualmente en el ámbito familiar, cuando no se les hubiera dado un destino definitivo, y la duración, el cese y la repercusión que tal atribución haya de tener sobre las cargas familiares, la pensión de alimentos y la pensión por desequilibrio económico". Y si no existiera acuerdo dice el Art. 10 3. "Para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios se tendrán en cuenta las necesidades de los hijos e hijas, los recursos económicos de cada miembro de la pareja, el tiempo de permanencia de los hijos e hijas con cada uno, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos e hijas y la contribución a las cargas familiares, en su caso". Sobre la normativa de la Ley Vasca en relación a la vivienda familiar, *vid.* SEISDEDOS MUIÑO, A.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 5/2015, del Parlamento vasco", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, num. 3 bis, noviembre 2015, pp. 145-163.

44 STS 14 enero 2010 (Tol 1840576), entre otras, reitera el carácter de derecho familiar del derecho a usar la vivienda familiar del art. 96, que es extrapolable al contenido en el art. 54 Ley vasca. "De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009)".

45 En mi trabajo "Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día", *Indret*, núm. 4, 2017.

de imputación de gastos consolidados en nuestra jurisprudencia que pueden resumirse en la premisa: gastos generados por el uso serán a cargo del usuario, gastos generados por la titularidad dominical a los titulares del bien.

Asimismo, para determinar la responsabilidad por el deterioro del inmueble como consecuencia del uso (o del mal uso) y el abono de las obras o mejorar realizadas por el usuario, se aplicarán las normas del CC dedicadas a la liquidación del estado posesorio una vez que el derecho finalice y, con él, el estado posesorio del beneficiario (arts. 451 y ss. CC).

IV. PRIMERA PROPUESTA DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL: LA NECESARIA INCLUSIÓN DEL CONVIVIENTE EN EL ORDEN DE LOS LLAMADOS EN LA SUCESIÓN INTESTADA.

Con el firme convencimiento de que el legislador nacional debería proceder a reformar el Código civil, a fin de incluir al conviviente en el orden de los llamados, nos atrevemos a proponer un texto alternativo para la redacción de los preceptos que deberían verse afectados por la reforma.

Debo aclarar que dicha redacción no solo afecta al conviviente, equiparado con el cónyuge en la sucesión intestada, sino que incluye, también, otra modificación que he defendido y argumentado en otros trabajos: la modificación de la posición del cónyuge y conviviente previa a los ascendientes. Y, por consiguiente, la eliminación de la legítima del cónyuge viudo cuando concurre con estos (y el reconocimiento a los ascendientes de una cuota legal usufructuaria cuando concurre con cónyuge o conviviente). Remito al lector a estos trabajos para un mayor detalle de los argumentos y su justificación⁴⁶.

Obsérvese que la equiparación entre cónyuge y conviviente se sugiere solo en cuanto a su posición en el orden de los llamados, no en relación a los posibles derechos que como legitimario reconoce el CC al cónyuge no separado (el conocido como usufructo viudal). Dicha inclusión, solo en los términos propuesto, supone el reconocimiento del carácter familia de la unión, en consonancia con la interpretación del término “familia” llevada a cabo por nuestro Alto Tribunal, sin sobrepasar los límites de nuestra Carta Magna en orden a dotar de un trato diferente a las uniones matrimoniales frente a otras uniones convivenciales.

Art. 913:

⁴⁶ “La sucesión intestada en el actual Derecho civil. Algunas propuestas de *lege ferenda*”, en la obra colectiva *El derecho de sucesiones contemporáneo: aspectos civiles y fiscales*, dirigida por Carlos Lasarte, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 211-228;) y “Planteamiento de una reforma de la sucesión intestada”, en la obra colectiva, *Dolencias del Derecho de sucesiones*, dirigida por Pilar Estellés, Tirant lo Blanch, Valencia (en prensa).

“A falta de herederos testamentarios, la ley defiende la herencia a los parientes del difunto, al viudo o viuda o a la persona con la que a la fecha del fallecimiento mantenía una relación de análoga afectividad y al Estado”.

Art. 943:

“A falta de las personas comprendidas en las dos Secciones que preceden, heredarán el cónyuge o a la persona con la que a la fecha del fallecimiento mantenía una relación de análoga afectividad y los parientes colaterales por el orden que se establece en los artículos siguientes.”

Art. 944:

“En defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge o a la persona con la que a la fecha del fallecimiento mantenía una relación de análoga afectividad sobreviviente.”

Sección Segunda

De la sucesión del cónyuge y de la persona con la que mantenía el difunto una relación de análoga afectividad

Art. 935

“A falta de descendientes heredará el cónyuge o la persona con la que al tiempo del fallecimiento mantenía una relación de análoga afectividad.”

Art. 936

(Sin contenido. El texto de este precepto, siguiendo el orden del CC se corresponde con el actual art. 944 que debe suprimirse))

Art. 937

“No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado legalmente o de hecho. Tampoco si se hubiera roto la convivencia con la persona con la que mantenía una relación de análoga afectividad”

Art. 938

I. “A falta descendientes, de cónyuge o de persona con relación de análoga afectividad le heredarán sus ascendientes.

2. No obstante, si a falta de descendientes resultare heredero ab intestado el cónyuge o la persona que al tiempo del fallecimiento del causante mantuviera una relación de análoga afectividad, los ascendientes tendrán derecho de usufructo sobre la mitad del haber hereditario.

3. Los herederos podrán satisfacer a los ascendientes su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.

4. Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda a los ascendientes”

A continuación, los arts. 939 a 945 cuyo texto se corresponde con los actuales 936 a 942. Se incluye una Sección Cuarta dedicada a “la sucesión de los colaterales integrada por los arts. 946 a 955, que permanecen con idéntico contenido y número. Finalmente, la actual Sección Cuarta dedicada a la sucesión del Estado pasa a ser Sección Quinta”.

V. SEGUNDA PROPUESTA DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL: EL DERECHO EX LEGE A USAR LA VIVIENDA FAMILIAR DEL CONVIVIENTE SUPERSTITE.

La inclusión del conviviente en el orden de los llamados, en los términos que he defendido, no atiende a esa necesidad habitacional del conviviente en la que fuera su vivienda familiar. Necesidad que debe interpretarse de forma amplia, y no solo constreñida a los aspectos patrimoniales; pues, qué duda cabe, el hogar, como sede donde se ha desarrollado la vida de la pareja, presenta una carga sentimental para el sobreviviente que justificaría el establecimiento de un derecho a continuar residiendo en ella, al menos durante un tiempo.

Simplificando lo expuesto sobre los regímenes jurídicos del derecho de uso *ex lege* a favor del conviviente dispuesto en las normas de derecho foral analizadas, podemos afirmar que se aprecian dos modelos en los que el derecho presenta distinta naturaleza jurídica. En primer lugar, el derecho de uso con un plazo temporal de caducidad breve (un año), gratuito, y que no se integra en el haber hereditario. En segundo lugar, un derecho indefinido (también gratuito y no integrado en el haber hereditario) pero de carácter familiar, que se extingue cuando el beneficiario inicia una nueva relación familiar como consecuencia de la convivencia en la vivienda con otros sujetos (nuevo hijo y/o pareja matrimonial o convivencial).

En verdad, ninguna de las dos opciones me parece adecuada para servir al interés señalado del conviviente supérstite. La primera por su brevedad, la segunda, por lo contrario; pues, un derecho de uso indefinido al conviviente pudiera ubicarlo (dependiendo del patrimonio del causante y/o del valor del inmueble) en una posición mejor que la del cónyuge, lo que, a todas luces, vulnera el art. 32 de la Constitución. Esta premisa nos conduce a optar por un derecho, limitado temporalmente, aunque dotado de un plazo mayor (de entre tres a cinco años); aunque, eso sí, pudiendo extinguirse previamente si el conviviente inicia una nueva relación afectiva o tuviera descendencia, al modo del art. 54 de la Ley vasca.

VI. REFLEXIÓN FINAL.

Con estas dos propuestas doy por finalizado el discurso. Espero haber despertado la sensibilidad del legislador ante la orfandad que padece en la sucesión mortis causa el conviviente supérstite, con el que el causante mantuvo una unión familiar protegida por nuestra Constitución, que no casa con la visibilidad con que se le dota en otras parcelas del Derecho privado.

Con independencia de los motivos jurídicos hasta aquí expuestos y la compatibilidad de las reformas propuestas con los límites constitucionales es posible apreciar un argumento más, a la vista del análisis de las normas autonómicas. Desde esta perspectiva, y dado el tratamiento que el Derecho foral le dispensa al conviviente (equiparado, incluso, al cónyuge en algunos ordenamientos jurídicos), se justifica, aún menos, la preterición del Derecho común.

Invito al legislador a que tome las medidas oportunas para dotar de algunos derechos sucesorios al conviviente supérstite, sea en la dirección marcada en estas reflexiones o en otra. Pues, lo importante no es el camino, sino andar (como dijera Machado).

