

# SESIÓN I

## PONENCIAS

### **La Institución recíproca de herederos**

*María Martínez*

PAG. 13

### **Tratamiento fiscal de la institución recíproca de heredero**

*Pilar Palazón*

PAG. 57

### **La Institución recíproca de herederos**

*Javier Sancho*

PAG. 67

### **Coloquio (I Sesión)**

PAG. 73



## LA INSTITUCIÓN RECÍPROCA DE HEREDEROS.

MARÍA MARTÍNEZ MARTÍNEZ  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. Advertencia previa. II. Antecedentes Históricos. III. Modificaciones de la institución recíproca de herederos en la Ley de Sucesiones por causa de muerte de 1999 respecto a su regulación en el derogado Libro II de la Compilación del Derecho civil de Aragón. IV. Presupuestos de la institución recíproca. V. Efectos de la institución recíproca. A) En pacto sucesorio. 1. En vida de ambos instituyentes. 2. Al fallecer el primero. 3. Fallecido el último. a) Con previsión expresa: 80.2 de la Ley de Sucesiones. b) Si no la hay: 80.3 de la Ley de Sucesiones. B) En testamento mancomunado. 1. Efectos al fallecer el primer cotestador. 2. Legítimas y derechos de otras personas relacionadas con los testadores. 3. Fallecimiento de ambos testadores. C) Cuando fallece el último instituido tanto en pacto como en testamento mancomunado siendo aplicables el artículo 80.3 o el 104.3 de la Ley de Sucesiones: ¿se abre su sucesión legal? D) Efecto de la superveniencia de descendencia. VI. Institución recíproca y correspectividad. VII. Revocación, nulidad e ineficacia de la institución recíproca. A) En el pacto al más viviente. B) En testamento mancomunado. 1. Nulidad y anulabilidad. 2. Ineficacia. 3. Revocación. a) Revocación por ambos cotestadores. b) Revocación unilateral de la institución recíproca y de las demás disposiciones de los testadores cuando no son correspectivas. c) Revocación unilateral de la institución recíproca y las demás disposiciones cuando son correspectivas. A. Revocación unilateral “inter vivos”. B. Revocación unilateral “post mortem”. VIII. Fallecimiento del sobreviviente sin aceptar ni repudiar: institución recíproca y transmisión de la delación. IX. Comoriencia de los instituyentes. X. Institución recíproca y repudiación. XI. Efectos de la nulidad, separación y divorcio de los instituyentes, si son cónyuges entre sí. A) Artículos 89 y 123 de la Ley de Sucesiones. B) Aplicación a la pareja de hecho: sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 20 de junio de 2005. XII. Institución recíproca y testamentos unipersonales. A) Institución “recíproca” de legado de usufructo vitalicio: sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 20 de junio de 2005. B) La búsqueda por los particulares del

efecto de la institución recíproca de herederos cuando no pueden celebrar pacto sucesorio ni testamento mancomunado (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado). XIII. Llamamiento voluntario a terceros en la institución recíproca de herederos después de su consumación: artículos 80.2 y 104.2 de la Ley de Sucesiones. XIV. Llamamiento a la sucesión de los artículos 80.3, 104.3 y 216.2 de la Ley de Sucesiones. A) La introducción del artículo 216.2 en la Ley de Sucesiones B) Referencias a llamamientos similares en Derechos extranjeros. C) El texto de las tres normas. ¿Por qué no tienen idéntico tenor literal? Explicación, para algunas diferencias, en la tramitación parlamentaria de la Ley de Sucesiones. D) Notas y caracteres comunes. E) Naturaleza jurídica: ¿idéntica en los tres supuestos? F) Cuestiones de derecho interterritorial. Conflicto móvil: modificación de la vecindad civil del sobreviviente; fallecimiento del supérstite bajo vecindad civil no aragonesa: ¿se debe aplicar el llamamiento de los tres preceptos? G) Aplicación en el tiempo. Sentencias contradictorias. ¿Se debe aplicar el 216.2 a las sucesiones en que el primer cónyuge falleció antes de entrar en vigor la Ley de Sucesiones por causa de muerte (23 de abril de 1999) aunque el segundo cónyuge fallezca después? ¿O es imprescindible que ambos cónyuges fallezcan bajo vigencia de la Ley de Sucesiones? H) Tratamiento fiscal. I) Cuestiones procesales. ¿Necesitan las personas llamadas en los preceptos auto de declaración de herederos legales o abintestato? J) Personas llamadas por la Ley de Sucesiones en los tres preceptos. a) Posibles llamados a la sucesión del premuerto en los supuestos del 80.3 y del 104.3. ¿Se puede llamar, si lo hay, al cónyuge del premuerto? b) Posibles llamados a la sucesión del premuerto en los supuestos del 216.2. c) La Comunidad Autónoma de Aragón no es llamada como heredera del primer fallecido: sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 2005. d) Si no hay parientes del sobreviviente, la Ley de Sucesiones no llama a heredar sus bienes a los parientes del premuerto. e) ¿Procede el llamamiento a la sucesión troncal y troncal de abolorio? Incidencia del artículo 34 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad de 2003. f) Deudas del último fallecido. g) Son llamados como herederos, a título universal. XV. Jurisprudencia de interés. XVI. Referencia bibliográfica.

\* \* \* \* \*

## I. ADVERTENCIA PREVIA.

La ponencia tratará sobre la institución recíproca de herederos, título correspondiente al encargo recibido por el Excmo. Sr. Justicia de Aragón. En la LS de 1999 vigente, las referencias expresas a “institución recíproca” se encuentran en dos lugares:

a) Tal cual, con ese título, en el capítulo III, del título II, que regula la sucesión paccionada. Contiene dos artículos: el 80, que regula los efectos, y el 81, que se ocupa del supuesto especial de supervivencia de hijos.

b) En el epígrafe del artículo 104, que dice “institución recíproca entre otorgantes”. Está ubicado en el capítulo II del título III, que regula el testamento mancomunado.

Enseguida, después de una breve referencia a los antecedentes históricos, anotaré las principales modificaciones respecto a la regulación que hacía de la institución el derogado Libro II de la Compilación del Derecho civil de Aragón.

Me ocuparé de aspectos del régimen jurídico de la institución recíproca: sus presupuestos; personas que pueden instituirse; efectos; revocación; corresponsividad; repu-

diación, comoriencia... Pero, como se deduce del sumario, hay también una significativa atención a los efectos de la institución recíproca una vez consumada y después de fallecer el último de los instituidos. Estos efectos se recogen, para la institución recíproca en pacto o contrato sucesorio en el artículo 80.3 y para la que se otorga en testamento mancomunado, en el 104.3 LS. Ambas normas prevén un llamamiento singular a terceras personas que también establece, prácticamente en idénticos términos, el artículo 216.2 LS, en la sucesión legal del cónyuge.

Esta última norma ha provocado pronunciamientos diferentes de la jurisprudencia en cuanto a su aplicación intertemporal. En el número de la Revista de Derecho Civil Aragonés, dirigida por el profesor Delgado Echeverría, correspondiente a los años 2001-2002 se publicó un comentario que hice a las que creo son las primeras sentencias contradictorias sobre el particular. Esta explicación es para justificar dos cosas: mi presencia hoy aquí y la especial atención que presto a estas cuestiones en la ponencia (apartado XIV), lo que se solicitó especialmente cuando recibí el encargo para esta ponencia.

## II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Claros antecedentes de la institución recíproca se encuentran en el “pacto al más viviente” que, como ha señalado la doctrina, solían celebrar los cónyuges sin descendencia, para que a la muerte de cada uno de ellos, el otro pudiera recibir la totalidad de los bienes del fallecido.

Históricamente, pueden anotarse ciertos matices en su finalidad y caracterización. Se ha indicado que los cónyuges que lo celebraban solían hacerlo en capítulos matrimoniales, “a escondidas” incluso de sus respectivas familias, cuando ya estaban seguros de no tener descendencia<sup>1</sup>. Otros aspectos refiere Joaquín Costa cuando explica que este pacto matrimonial solía celebrarse entre los que se denominaban *solteros*, es decir, entre los cónyuges que no habían ocupado en su respectiva familia el puesto de *herederos de la casa nativa*; los bienes que durante el matrimonio iban adquiriendo estos cónyuges, no eran familiares ni, por tanto, troncales; habían sido adquiridos *de propia industria* por ambos, de su propio trabajo. Respecto de tales bienes, los integrantes de este matrimonio —aunque casados entre sí, gráficamente denominados *solteros* por Costa—, solían pactar agermanamiento, un pacto que suponía un paso más respecto de la viudedad foral y que no era tampoco exactamente un pacto de *hermandad*. Consistía en que al fallecimiento de uno de los consortes y faltando descendencia común de dicho matrimonio y no común, el sobreviviente heredaba en plena propiedad —no en usufructo— los bienes del premuerto; y para el caso de fallecer este cónyuge viudo sin haber dispuesto de dichos bienes, los mismos recaían por iguales partes en los herederos de las casas nativas de los dos cónyuges, es decir, en los parientes de cada uno de los cónyuges<sup>2</sup>.

Sapena Tomás aporta otro dato interesante<sup>3</sup>. En cierto momento, el pacto al más viviente tiene más que ver con la idea de favorecer a la viuda, en un momento histórico en que la viudedad no es universal en Aragón (lo mismo que la fiducia está configurada como un mayor poder para la viuda frente a los hijos). Ciertamente que la viudedad en

1 Cristóbal Montes y F. García Vicente, ambos en el volumen tercero de los Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, dirigidos por Lacruz y Delgado, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1996.

2 Costa Martínez, Joaquín, Derecho consuetudinario y economía popular de España, consultado en reedición facsímil por Guara editorial, Zaragoza, 1981, ver en especial, páginas 232 a 236.

3 Sapena Tomás, «El pacto sucesorio en el Alto Aragón», Revista de Derecho Privado, 1954, páginas 767 a 774 y en Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón dirigidos por Lacruz Berdejo, tomo I, DGA, Zaragoza, 1988.

Aragón, como explican Sancho Rebullida y De Pablo, al menos desde Vidal Mayor, era un derecho tanto para el viudo como para la viuda<sup>4</sup>. No obstante, la especial protección que la viuda ha necesitado históricamente y, posiblemente el número mayor de viudas respecto de los viudos, seguro en parecidos términos a lo que sucede en la actualidad<sup>5</sup>, permite hacer estas referencias.

Este típico pacto sucesorio aragonés fue regulado en el Derecho positivo por vez primera en la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967, aunque no de manera completa. Es el antecedente más inmediato de la regulación actualmente en vigor.

### III. MODIFICACIONES DE LA INSTITUCIÓN RECÍPROCA DE HEREDEROS EN LA LEY DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE DE 1999 RESPECTO A SU REGULACIÓN EN EL DEROGADO LIBRO II DE LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN.

En el Libro II de la Compilación del Derecho civil de Aragón, derogado por la Ley de Sucesiones, se encontraban referencias expresas a la “institución recíproca” en los artículos 95 y en el 108.1.

El primero, en el capítulo III que regulaba el testamento mancomunado, dentro del título II (“de la sucesión testamentaria”); su epígrafe se titulaba “institución recíproca entre cónyuges”. El segundo, es el primer párrafo y número del artículo 108, ubicado en el título III, “de la sucesión paccionada”; el epígrafe del precepto decía “pacto al más viviente”. Establecían lo siguiente:

El artículo 95: *Se entenderá, salvo declaración en contrario, que la institución mutua o recíproca entre cónyuges produce los mismos efectos que el “pacto al más viviente” regulado en esta Compilación.*

El artículo 108.1: *La recíproca institución hereditaria entre cónyuges, o pacto al más viviente, no surtirá efecto cuando al momento de la apertura de la sucesión sobrevivan hijos no comunes.*

En sus otros dos números, el artículo 108 preveía expresamente las consecuencias del fallecimiento sin hijos o habiendo sólo hijos comunes; en el párrafo tercero indicaba las consecuencias de la falta de disposición por el cónyuge sobreviviente o supérstite si quedaban bienes recibidos mediante la institución recíproca.

A la vista de tales preceptos, la institución recíproca otorgada en testamento mancomunado, si los cónyuges nada declaraban en contrario, y el pacto al más viviente en sucesión paccionada eran una misma cosa en la Compilación.

En la Ley de Sucesiones, las referencias expresas a la “institución recíproca” se encuentran tal cual en el capítulo III del título II que regula la sucesión paccionada y en el epígrafe del artículo 104, que dice “institución recíproca entre otorgantes”; precepto del capítulo II del título III que regula el testamento mancomunado. Ya no hay expresa referencia a la institución recíproca *entre cónyuges*.

<sup>4</sup> Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, dirigidos por Lacruz y Delgado, Diputación General de Aragón, volumen segundo, Zaragoza.

<sup>5</sup> Según datos del Instituto Nacional de Estadística del censo de 2001 (resultados definitivos 2004), de cada cien personas viudas, 17,5 son hombres y 82,2 mujeres [http://www.ine.es]. Según Cabeza Pereiro, la pensión de viudedad es una prestación “feminizada” en términos de número de beneficiarios: “La pensión de viudedad”, BOE, Madrid, 2004.

Se pueden señalar los caracteres de la institución recíproca en la Ley de Sucesiones, así como ciertas diferencias con el régimen del Libro II de la Compilación.

### 1. *En pacto sucesorio.*

a) Ocupa un capítulo entero con dos preceptos: el artículo 80 establece los efectos y el 81 que regula el supuesto especial de supervivencia de descendientes.

b) Siguen equiparados institución recíproca y pacto al más viviente.

c) La Ley alude al pacto al más viviente como posible entre cualesquiera personas, sean o no cónyuges o parientes entre sí. En la Compilación, se hablaba de recíproca institución hereditaria entre cónyuges, o pacto al más viviente.

d) Se indica de manera más pormenorizada cuáles son los efectos: mientras están vivos los dos insituyentes; después de fallecer el primero de ellos y tras el fallecimiento de ambos.

e) Para el supuesto de que los instituyentes de pacto al más viviente sean cónyuges, el artículo 89 establece los efectos de la nulidad, divorcio y separación de su matrimonio: salvo que del contrato sucesorio resulte otra cosa, es suficiente con que se encuentren en trámite los procedimientos para su obtención para que las atribuciones sucesorias pactadas entre ellos queden sin efecto.

### 2. *En testamento mancomunado.*

a) Se regula, como en la Compilación, en un solo artículo pero bastante más largo. Tiene tres números en los que se indica la posibilidad de establecer los efectos del pacto al más viviente; la manera en que suceden los terceros designados herederos o legatarios para el residuo después de la eficacia de la institución recíproca de herederos y el llamamiento legal para el supuesto de no haber previsto expresamente los testadores nada sobre el destino de los bienes que queden.

b) Ahora, la institución recíproca en testamento mancomunado no tiene por qué ser idéntica en sus presupuestos y efectos al pacto al más viviente. La regla es inversa a la del Libro II de la Compilación: para que se produzcan los mismos efectos, los testadores lo habrán de establecer.

c) Cabe la posibilidad de otorgar testamento mancomunado entre personas que no sean cónyuges o parientes entre sí (artículo 102 LS) y pueden otorgar institución recíproca de herederos sin más limitaciones que los derechos de legítima (104.1, 149 y 171, siguientes y concordantes LS); como indicaré, también otros derechos de cónyuges o parejas de hecho [ver apartado V. B) 2.].

d) Para el supuesto de que los que testan en mancomún sean cónyuges, el artículo 123 establece los efectos de la nulidad, divorcio y separación de su matrimonio: salvo que del testamento resulte que la voluntad de los testadores fue otra, es suficiente con que se encuentren en trámite los procedimientos para su obtención para que no surtan efecto ni las disposiciones correspectivas entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro. Como se verá en el apartado XI, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en sentencia de 20 de junio de 2005, aplica el precepto a la pareja de hecho no inscrita conforme a la Ley relativa a parejas estables no casadas (Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo).

Puede verse que es una regulación muy similar a la del Libro II de la Compilación, pero aclarando algunas dudas interpretativas originadas durante su vigencia y permi-

tiendo que la institución recíproca de herederos se otorgue por quienes no son cónyuges, tanto en pacto sucesorio como en testamento mancomunado.

Ahora la institución recíproca en testamento no provoca necesariamente, si hay descendencia común al fallecer el primero de los instituyentes, los efectos del pacto al más viviente, es decir, la transformación por ministerio de la ley de la institución de heredero en la concesión al sobreviviente de usufructo universal y vitalicio sobre los bienes del premuerto y de la facultad de distribuir la herencia (artículo 81.2, segunda proposición LS). Tampoco provocará la ineficacia de la institución de heredero, la existencia de descendientes únicamente del premuerto que no lo sean del supérstite (801.2, primera proposición).

El paso más importante en 1999 es que el legislador permite que la institución recíproca de herederos en testamento mancomunado valga "todo lo que pueda valer". Es decir, sus límites serán los derechos de los legitimarios, si los hay (artículos 104.1; 149 y 171 y siguientes y concordantes de la LS) y lo que corresponda a otras personas por razón de la aplicación de otras normas, como indicaré en la letra B del punto V. En lugar de darse los efectos del pacto al más viviente (de los artículos 80 y 81 LS), se produce el derecho a heredar del instituido con respeto a esa legítima que en Aragón sólo tienen los descendientes, colectivamente y en la mitad del caudal y siempre que no estén incurso los legitimarios en causa de incapacidad de suceder por indignidad por concurrir alguna de las causas del artículo 13 LS o puedan ser desheredados con justa causa conforme a los artículos 195 y siguientes LS.

El grupo parlamentario socialista presentó la enmienda número 184 al artículo 101 del Proyecto de Ley de Sucesiones (antecedente del vigente artículo 104 LS) proponiendo la sustitución de todo el artículo (que tenía tres párrafos) por el texto siguiente, prácticamente idéntico al artículo 95 de la Compilación: "se entenderá, salvo disposición en contrario, que la institución mutua y recíproca entre cónyuges produce los mismos efectos que el pacto al más viviente regulado en esta Ley". La enmienda no prosperó [BOCA n° 222, de 20 de noviembre de 1998, páginas 9547 y 9548 y BOCA n° 240, de 8 de febrero de 1999, página 10609].

Hay que advertir, pues, que son diferentes ambas instituciones recíprocas de herederos (la otorgada en testamento mancomunado y la que se pacta en contrato sucesorio) especialmente por las facultades de revocación y por los efectos de la supervivencia de descendientes.

#### **IV. PRESUPUESTOS DE LA INSTITUCIÓN RECÍPROCA.**

La institución recíproca se contempla en la Ley de Sucesiones como un posible pacto sucesorio, pacto al más viviente, en los artículos 80 y 81 y como una posible disposición sucesoria entre quienes otorgan un testamento mancomunado, en el artículo 104.

No hay en principio otros requisitos de validez y eficacia que los que se exigen en la LS para la validez del pacto y del testamento mancomunado, tanto desde el punto de vista formal, como del de capacidad de los intervinientes (artículos 62 y siguientes y 102 y siguientes).

No es necesario que quienes se instituyen recíprocamente entre sí sean cónyuges. Ni siquiera es preciso que sean parientes entre sí; expresamente lo indica el artículo 102.1 para el testamento mancomunado y se deduce de los artículos 62 y siguientes para el pacto sucesorio.



La Ley toma en consideración el pacto al más viviente como una institución de heredero completa; en cambio, para el testamento mancomunado, habla de institución recíproca y de disposiciones sucesorias recíprocas, con lo que reconoce implícitamente tanto la institución recíproca de heredero como la de legado (ver artículo 151 LS).

Por lo que respecta al contenido, los instituyentes en pacto y los testadores en testamento mancomunado tendrán como límite para la institución recíproca de heredero los derechos de sus legitimarios, si los hay. En su caso, quedarán a salvo los derechos de viudedad de sus respectivos cónyuges, si los hay, y los eventuales derechos de otras personas como la pareja de hecho, como indicaré. Pero todos estos límites se evidenciarán, si se dan los presupuestos, cuando se produzca el fallecimiento del primero de los instituyentes, pues estas personas pueden no existir al fallecimiento de los instituyentes aunque hayan existido con anterioridad.

## V. EFECTOS DE LA INSTITUCIÓN RECÍPROCA DE HEREDEROS.

### A) En pacto sucesorio.

La LS es bastante precisa al señalar los efectos del pacto al más viviente y distingue las distintas fases de su ejecución: mientras están vivos los dos instituyentes; después de fallecer el primero de ellos y tras el fallecimiento de ambos, teniendo en cuenta que los contratantes han podido prever expresamente disposiciones a favor de terceros.

#### 1. *En vida de ambos instituyentes.*

Conforme a lo dispuesto en el número 4 del artículo 80, a la institución recíproca se aplican los artículos 77 a 79 de la Ley de Sucesiones. Dichos preceptos establecen el régimen jurídico de la “institución para después de los días”; parece una remisión coherente con el carácter de la institución recíproca de heredero en la que la adquisición de los bienes por el instituido se produce después de fallecer el primero de los instituyentes. Con todo, hay ciertas limitaciones en vida de ambos.

Mientras estén vivos, y salvo pacto en contrario, ambos instituyentes pueden disponer libremente de sus bienes a título oneroso.

Para disponer *inter vivos* a título gratuito, ambos paciscentes, instituidos recíprocamente herederos necesitan mutuamente consentimiento.

Tal hay que concluir si se aplica a la institución recíproca lo previsto en el artículo 78 LS.

#### 2. *Al fallecer el primero de los paciscentes.*

Para este supuesto, la Ley de Sucesiones establece pormenorizadamente los efectos. El número 1 del artículo 80 expone el típico efecto del pacto al más viviente: al fallecer el primero de los contratantes, el sobreviviente hereda los bienes del premuerto. Pero hay que tener en cuenta que este efecto se dará si no hay descendientes del primer fallecido, sean o no comunes con el supérstite.

La LS distingue las distintas situaciones que podrán darse al fallecer el primer contratante:

**a. Si al fallecer el primero de los instituyentes, no hay descendencia de ninguno de ellos o queda descendencia únicamente del sobreviviente.**

La institución recíproca producirá plenos efectos. Con el fallecimiento del primer instituyente (que también era “instituido”) se abre su sucesión (artículo 5.1 de la Ley de Sucesiones) y, si no deja descendientes, se produce la adquisición de los bienes por el sobreviviente (artículos 77 y 80.4); el sobreviviente hereda los bienes del premuerto (artículo 80.1). El mismo efecto se producirá cuando al fallecimiento del primero de los instituyentes hayan fallecido todos los descendientes que hubiese tenido, aunque no se refiera expresamente a ello la LS, como hacía el derogado artículo 108.3 de la Compilación. Tanto da que queden descendientes sólo del supérstite (que no lo sean del premuerto); ello es irrelevante.

Los bienes objeto de la institución recíproca de herederos responden de las deudas contraídas por el instituyente (artículo 79 y 80.4). Los bienes del primer fallecido que se transmitirán al supérstite, responderán de las deudas de aquél. Además de las normas específicas sobre responsabilidad previstas para el pacto sucesorio, se aplica el régimen jurídico general de responsabilidad del heredero de los artículos 40 a 46 LS.

Salvo que los contratantes hubiesen previsto otra cosa, el sobreviviente puede disponer libremente de los bienes tanto inter vivos como mortis causa.

Es típico del pacto al más viviente que los otorgantes, además de instituirse recíprocamente herederos, designen a terceras personas como herederos o legatarios en los bienes que quedaren al fallecer el último de ellos, sin que ello suponga limitación alguna a las facultades de disposición inter vivos (por lo general, tampoco mortis causa) del sobreviviente.

El artículo 80.2 LS prevé esta posibilidad [aludiré a este llamamiento en el punto 3].

**b. Si al fallecer el primero de los instituyentes le sobreviven descendientes que no lo sean del supérstite.**

En este caso, la institución no surte efecto (artículo 81.2 LS).

Entiendo, no obstante y a pesar de los categóricos términos del precepto, que la institución recíproca sí surtirá sus plenos efectos aun con descendencia únicamente del primer fallecido, si el único descendiente o todos ellos, si son varios, son indignos para suceder al causante conforme al artículo 13 LS. Los efectos de la declaración de indignidad se producirán desde la delación (artículo 15 LS), o sea, desde el fallecimiento del primer otorgante (artículo 6.1 LS). Es posible que la declaración de indignidad se produzca en momento posterior al fallecimiento del primer instituyente pero, como indica el artículo 15, una vez declarada, sus efectos se retrotraerán al tiempo de la delación. La misma consecuencia tendrá que todos los descendientes (únicos legitimarios en Derecho aragonés) hayan incurrido en causa de justa desheredación conforme a los artículos 195 y siguientes LS).

**c. Si al fallecer el primero de los instituyentes, le sobreviven descendientes comunes con el sobreviviente.**

En este caso, la institución de heredero se transforma por ministerio de la ley y el pacto al más viviente equivale a la concesión al sobreviviente de usufructo universal y vitalicio sobre los bienes del premuerto y de la facultad de distribuir la herencia (artículo 81.2 LS). Es el típico efecto del pacto al más viviente tradicional entre cónyuges que dejan descendencia.

Durante la vigencia del Libro II de la Compilación, el número 2 del artículo 108 establecía para este supuesto el siguiente efecto: “habiendo sólo hijos comunes a la disolu-

ción del matrimonio, el pacto equivale a la concesión de viudedad universal y de la facultad de distribuir la herencia”.

El profesor Cristóbal Montes señalaba entonces que la concesión de viudedad a que aludía el precepto era “absolutamente irrelevante y anodina, si se tiene en cuenta que en el Derecho aragonés «la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca» (artículo 72,1), y que «el fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente con derecho expectante el de usufructo sobre los bienes afectos y, desde ese momento, su posesión» (artículo 79)”<sup>6</sup>.

Estas afirmaciones quizás valen, a la luz del vigente artículo 81 LS, cuando los otorgantes del pacto sucesorio son cónyuges entre sí y al fallecer el primero tiene el sobreviviente usufructo viudal conforme a lo establecido en los artículos 89 y siguientes de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad de 2003 (Lrem.).

Pero hoy los otorgantes de un pacto al más viviente, no necesariamente han de ser cónyuges entre sí y es importante tener en cuenta que el derecho de usufructo al que alude el 81.2 LS no es exactamente idéntico al derecho de viudedad de los artículos 89 y siguientes de la Lrem.: la LS dice que es un usufructo universal y “vitalicio”, así que, salvo pacto en contrario, no son aplicables en sus mismos términos las causas de extinción del usufructo viudal previstas en el artículo 119 de la Lrem; en concreto, no se extinguirá por nuevo matrimonio del viudo o por llevar éste vida marital estable (119.1, letra c), salvo pacto en contrario.

Hay que insistir en que (siempre a salvo de los derechos de legítima que puedan corresponder) los otorgantes pueden establecer las previsiones que tengan por conveniente para el supuesto de supervivencia de descendientes, como indica expresamente el artículo 81 LS.

### *3. Fallecido el último de ambos instituyentes.*

Al fallecimiento del último de ambos instituyentes se abrirá su sucesión. La LS es respetuosa con la voluntad de los particulares y distingue dos posibilidades en función de que los otorgantes hayan previsto o no llamamientos determinados para los bienes que puedan quedar al fallecimiento del sobreviviente.

#### **3.1. Supuesto del artículo 80.2 LS.**

Si los otorgantes designaron a terceras personas como herederos o legatarios en los bienes que queden al fallecer el último de los otorgantes, se aplicarán dichos llamamientos y (entendiendo, si nada han previsto expresamente sobre tal extremo en contra los otorgantes) se ha de hacer una distinción en los bienes:

\* En los que procedan del otorgante primeramente fallecido, los herederos o legatarios designados por ambos sucederán como herederos directos del primer fallecido y como sustitutos del fallecido en segundo lugar. Es como si la ley considerase que ha existido una especie de sustitución de residuo o una sustitución fideicomisaria de residuo o una sustitución preventiva de residuo. Salvo pacto en contrario, el fallecido en segundo lugar no habrá tenido limitación alguna para disponer de los bienes inter vivos, ni a título oneroso ni a título gratuito (una vez que ha fallecido el primero de los

<sup>6</sup> Cristóbal Montes, “Comentario al artículo 108”, en Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón dirigidos por Lacruz Berdejo y Delgado Echeverría, volumen tercero, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1996, página 350.

instituyentes y si nada se ha previsto expresamente en contrario, ya no se puede aplicar el artículo 78 LS). Sí tendrá limitación, salvo pacto en contrario, para disponer mortis causa si nos encontramos en el supuesto del artículo 80.2 y los contratantes designaron herederos o legatarios mediante pacto en favor de tercero (será un pacto en favor de tercero y se podrán aplicar además los artículos 82 y 83 LS).

\* En los bienes que procedan del sobreviviente, fallecido en último lugar, los llamados sucederán como herederos o legatarios suyos.

### **3.2. Supuesto del artículo 80.3 LS.**

Si los otorgantes no designaron a terceras personas como herederos o legatarios en los bienes que queden al fallecer el último, tiene lugar lo previsto en el número 3 del artículo 80. También se ha de hacer una distinción en los bienes:

\* En los que procedan del primer fallecido, serán llamados los parientes que, en ese momento (que coincide con la muerte del otorgante fallecido en segundo lugar) hubiesen sido llamados a su sucesión legal. Sucederán como herederos directos del primer fallecido y como sustitutos del fallecido en segundo lugar. Es también como si la ley considerase que hay una especie de sustitución de residuo (mejor que “fideicomisaria de residuo”, pues no tiene origen en la voluntad del disponente) o una sustitución preventiva de residuo. En este supuesto, el fallecido en último lugar no sólo no habrá tenido limitación alguna para disponer de los bienes inter vivos ni a título oneroso ni a título gratuito, sino que tampoco habrá tenido limitación alguna para disponer mortis causa (al margen de los derechos legitimarios que habrá tenido que respetar, si ha tenido descendencia tras el fallecimiento del premuerto). El artículo 80.3 no establece ninguna reserva a favor de persona alguna. Hay que tener en cuenta que sólo pueden ser llamados en tales bienes los parientes del primeramente fallecido. Si no hay ninguno que quiera y pueda heredar, dichos bienes quedan integrados en la herencia del sobreviviente y no hay que llamar a la Comunidad Autónoma de Aragón.

\* En los bienes que procedan del sobreviviente, fallecido en último lugar, son llamados sus herederos legales, que le suceden directamente.

A estos llamamientos haré nuevamente referencia en el apartado XIV.

## **B. En la institución recíproca hecha en testamento mancomunado.**

### *1. Efectos al fallecer el primer cotestador.*

Durante la vigencia del artículo 95 de la Compilación se entendía, salvo declaración en contrario, que la institución mutua y recíproca entre cónyuges producía los mismos efectos que el pacto al más viviente, que regulaba el artículo 108.

En la LS, la regla es la inversa; como indica el número 1 del artículo 104, si los testadores no establecen los efectos del “pacto al más viviente”, las disposiciones sucesorias recíprocas entre ellos producirán los que les son propios, sin perjuicio, en su caso, de los derechos legitimarios (para los testadores aragoneses, artículos 149, 171 y siguientes).

Fue, como dije, el paso más destacable en la reforma de 1999. Tiene importantes consecuencias, como indicaré, para el régimen de la revocación unilateral. Hay que destacar el efecto de la supervivencia de descendientes del primer testador que fallece y que es completamente diferente al que prevé el 81.2 para el mismo supuesto en el pacto al más viviente.

Si el primer fallecido deja descendientes sean o no comunes con el cotestador, que quieran y puedan suceder, el instituido heredará la mitad del caudal del difunto aragonés (artículo 171.1). Si además es su cónyuge, tendrá seguramente el usufructo vidual universal conforme a los artículos 89, 101 y concordantes de la Lrem.; usufructo que aun con descendientes no comunes, ya no tendrá la limitación del artículo 73 de la Compilación (ver la Disposición Transitoria Cuarta de la Lrem de 2003). El usufructo vidual se extinguirá por las causas del artículo 119 de la Lrem. (a diferencia del usufructo que el artículo 81.2 concede al supérstite cuando hay descendencia común, que es universal y “vitalicio”). Para que el sobreviviente tenga la facultad de distribuir la herencia (que para el pacto al más viviente prevé el 81.2) habrá de establecerse expresamente la fiducia a su favor conforme a lo dispuesto en los artículos 124 y siguientes de la LS.

## *2. Legítimas y derechos de otras personas relacionadas con los testadores.*

Dado que en la LS no es preciso que los que testan en mancomún sean cónyuges, ni siquiera parientes entre sí (artículo 102.1 LS) y que uno de los testadores puede no ser de vecindad civil aragonesa, basta con que no lo tenga prohibido por su ley personal (102.2 LS), hay que plantear la relevancia de estos datos en los efectos de la institución recíproca al fallecimiento de ambos testadores; cuestiones que no se planteaban históricamente en el pacto al más viviente.

Entre los posibles límites a la institución recíproca de heredero estarán los derechos de los legitimarios de cada uno de los instituyentes. Para el instituyente aragonés, sólo son legitimarios sus descendientes, colectivamente y en la mitad de su caudal conforme a los artículos 149 y 171 y siguientes de la LS. Además, habrá que tener en cuenta el eventual derecho de viudedad de los respectivos cónyuges de los testadores, si los tienen y si tales cónyuges tienen derecho de viudedad conforme a lo dispuesto en los artículos 89 y siguientes de la Lrem. de 2003 (tampoco idéntico al usufructo vidual de la Compilación del Derecho civil de Aragón).

Para el supuesto de no ser aragonés alguno de los instituyentes (artículo 102.2 LS) habrá que estar a la ley que corresponda a su vecindad civil o a su nacionalidad, si es extranjero, en el momento de su fallecimiento (artículo 9.8º del Código civil, en relación, en su caso, con los artículos 14 y 16) para conocer los derechos de legítima, los legados legales y las reservas que por ley deban aplicarse, que serán cargas que pesarán, en su caso, en la adquisición de los bienes por el sobreviviente, instituido heredero en el testamento mancomunado.

Así por ejemplo, ver los artículos 35 y 36 del Código de Familia de Cataluña sobre derechos de predetracción del cónyuge sobreviviente y el año de viudedad.

Otros derechos que estarán salvaguardados a pesar de la institución recíproca de heredero serán, en su caso, los de las parejas estables que algunas de las leyes españolas reconocen; son, en ocasiones, prácticamente derechos de legítima y otras, una especie de ventajas o derechos de predetracción que la institución recíproca de heredero no puede dejar sin efecto.

Así, y por orden cronológico, la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja de Cataluña [DOGC número 2687, de 23 de julio de 1998] establece en el número 1 de su artículo 18 ciertos derechos para el miembro de la pareja heterosexual sobreviviente: la propiedad de las prendas, del mobiliario y de los utensilios que constituyen el ajuar de la vivienda común, sin computarlos, si procede, en su haber hereditario, aunque no accede a la propiedad de los bienes que consistan en joyas u objetos artísticos u

otros que tengan un valor extraordinario considerando el nivel de vida de la pareja y el patrimonio relicto, en especial los muebles de procedencia familiar, de propiedad del conviviente premuerto o en la parte que le pertenezca. En el número 2 se prevé el derecho a residir en la vivienda común durante el año siguiente a la muerte y a ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto. En el número 3, el derecho de subrogación en los términos de la legislación de arrendamientos, si el difunto era arrendatario de la vivienda común. Para la pareja homosexual (aparte de prever el artículo 34 derechos a la sucesión intestada), el artículo 33 establece los mismos derechos que para la pareja heterosexual, salvo el derecho de alimentos previsto en el 18.1.

La Ley aragonesa 6/1999 de parejas estables no casadas establece en su artículo 9 los “derechos en caso de fallecimiento de uno de los convivientes” y prevé que el superviviente tenga derecho 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; en el párrafo segundo del precepto se establece el derecho a residir gratuitamente en la vivienda habitual durante un año.

La Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables [BOE 214/2000, de 6 de septiembre de 2000] modificó la Compilación Civil Foral de Navarra, el Fuero Nuevo en sus leyes 253, 304 y 341 para equiparar a la pareja estable en sus derechos sucesorios a los del viudo completamente [conforme al artículo 11 que establece el régimen sucesorio, tiene derecho al usufructo de fidelidad (leyes 253 y 254) y está excluido de la posibilidad de ser contador-partidor lo mismo que el heredero, el legatario de parte alícuota y el cónyuge viudo (ley 341)].

La Ley 18/2001, de 19 de diciembre de Parejas Estables de Baleares [BOE 14, de 16 de enero de 2002] prevé en su artículo 12 los efectos de la extinción por muerte o declaración de muerte del miembro de la pareja estable sobreviviente: derecho a la propiedad de la ropa, mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda común, sin que se computen en el haber hereditario, con exclusión de los objetos artísticos o históricos, los bienes de procedencia familiar y los de valor extraordinario atendiendo al nivel de vida de la pareja, así como el derecho de subrogación arrendaticio en los términos de la legislación sobre arrendamientos urbanos. El artículo 13 dice que tanto en los supuestos de sucesión testada, como en los de intestada, el conviviente que sobreviviera al miembro de la pareja premuerto tiene los mismos derechos que la Compilación de Derecho Civil balear prevé al cónyuge viudo.

De modo similar, la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del País Vasco, equipara en su artículo 9 las parejas de hecho inscritas a los matrimonios, así que se reconocen al conviviente los derechos legitimarios, previstos para el cónyuge sobreviviente en el artículo 58.1 de la Ley 3/1992 (usufructo de la mitad de todos los bienes del causante, si concurre con descendientes o ascendientes; en defecto de estas personas, usufructo de dos tercios de todos los bienes). Además, el artículo 6.2 c) de la Ley 2/2003, prevé el derecho del superviviente, en el caso de extinción de la pareja por muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus componentes, cuando existiese convivencia y siempre que no perjudique a la legítima de los herederos forzosos, a la propiedad del ajuar doméstico y al uso de la vivienda común durante el año siguiente a la defunción, salvo si constituyera nueva pareja de hecho o contrajera matrimonio.

### *3. Fallecimiento de ambos testadores.*

Fallecido el primero de los testadores sin descendencia, el sobreviviente heredará los bienes del premuerto. Salvo cláusula en contrario, el sobreviviente podrá disponer inter

vivos tanto a título oneroso como gratuito (artículo 107.1). Asimismo, podrá disponer mortis causa de sus bienes con los únicos límites siguientes:

1. Los derechos de sus propios legitimarios, si los hay.

2. La posible designación a favor de tercero como heredero o legatario de los bienes que quedaren al fallecer el último de los testadores conforme al artículo 104.2 LS.

Si en el testamento mancomunado no hay ulterior llamamiento a tercero (104.2 LS) y si el sobreviviente no dispuso por título alguno de los bienes, a su fallecimiento, se aplicará el llamamiento previsto en el artículo 104.3 LS, en los mismos términos que expuse para el artículo 80.3.

### **C) Cuando fallece el último instituido tanto en pacto como en testamento mancomunado siendo aplicables el artículo 80.3 o el 104.3 LS, ¿se abre su sucesión legal?**

Haré referencia en el apartado XIV de esta ponencia a la cuestión de la sucesión del último fallecido y del llamamiento que establecen los artículos 80.3 y 104.3 a los parientes del primeramente fallecido. Dejaré aquí apuntada una cuestión que durante la vigencia del Libro II de la Compilación suscitó dudas interpretativas. Se trata de si respecto del instituyente (también instituido en la institución recíproca de heredero) que fallece en último lugar sin haber dispuesto expresamente de sus bienes (lo que puede hacerse según prevén los artículos 80.2 y 104.2) es procedente abrir la sucesión abintestato o, mejor, como la denomina la LS, la sucesión legal; o sea, si en los supuestos del 80.3 y el 104.3 LS, se abre la sucesión legal, la sucesión abintestato, del último en fallecer.

En rigor, es cierto que esta persona no fallece abintestato o intestada porque lo que es seguro es que durante su vida celebró un pacto sucesorio o un testamento mancomunado con otra persona (por eso se pudo consumir la institución recíproca de herederos). Pero cuando fallece, si no se ha previsto nada en contrario en el pacto o en el testamento y no otorgó después nuevo testamento, lo procedente es abrir su sucesión legal. Para que sus parientes sean llamados en los términos del artículo 80.3 o del 104.3, necesitarán obtener declaración de herederos legales o abintestato conforme a los artículos 979 a 1000 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, vigentes hasta que se promulgue la anunciada Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, según la regla 2ª del número 1 de la Disposición Derogatoria Única de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

Así se resolvió aplicando la vigente Ley de Sucesiones en el Auto de declaración de herederos legales del Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza número 14, de 14 de febrero de 2000. Para recibir los bienes del sobreviviente, sus parientes necesitan obtener declaración de herederos legales.

Durante la vigencia del Libro II de la Compilación, el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Zaragoza acordó por Auto número 711/97, de 9 de septiembre de 1997, ratificado en recurso de súplica por el de 19 del mismo mes, no admitir a trámite la declaración de herederos abintestato solicitada por los parientes del cónyuge primeramente fallecido, por entender que el cónyuge premuerto falleció con testamento (a favor de su cónyuge) lo que haría imposible el posterior abintestato a favor de sus parientes. Esta resolución judicial fue recurrida y la Audiencia Provincial de Zaragoza, por Auto de 27 de abril de 1998, revocó el Auto de primera instancia y ordenó seguir adelante el trámite de la declaración de herederos. Así lo hizo el propio Juzgado de Primera Instancia número 7 mediante Auto de 15 de junio de 1998.

También consideraron procedente y necesaria la declaración de herederos abintestato en estos supuestos la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 30 de octubre de 1995, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 27 de abril de 1997. Todas las resoluciones judiciales citadas, anteriores y posteriores a la entrada en vigor de la LS, pueden consultarse en [http://www.unizar.es/standum\\_est\\_chartae](http://www.unizar.es/standum_est_chartae).

Otra cuestión es si, respecto de los bienes que estén todavía en el caudal y procedan del premuerto, es suficiente la instancia privada de manifestación, aceptación y adjudicación de la herencia, como título para inscribir en favor de los herederos del últimamente fallecido, los bienes del premuerto de los que el sobreviviente no haya dispuesto por cualquier título. No hay que olvidar que, como establecen las últimas proposiciones de los artículos 80.3 y 104.3 (coincidentes a este respecto, como indicaré, con el 216.2) a falta de parientes del primer fallecido, los bienes quedan integrados en la herencia del sobreviviente y entonces sí son llamados los parientes del sobreviviente. Pues bien, para heredar estos bienes también es necesario expediente de declaración de herederos legales o abintestato del premuerto (aunque técnicamente no ha fallecido sin testamento, como tampoco el sobreviviente) en el que se acredite la inexistencia de parientes del primeramente fallecido.

Así lo mantuvo, durante la vigencia del Libro II de la Compilación, la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 23 de abril de 1986 [RJ 1986\2132] con argumentos que sirven para la LS. En el mismo sentido, F. García Vicente<sup>7</sup>.

#### **D) Efecto de la superveniencia de descendencia.**

Señala Bayod que, el nacimiento de un nuevo hijo o la supervivencia del que se creía muerto afecta a la eficacia del pacto sucesorio, dado que se tratará de un supuesto de preterición no intencional del artículo 191 LS<sup>8</sup>. Entiendo aplicable la misma solución cuando exista reconocimiento de filiación después de la muerte del instituyente premuerto, incluso aunque se trate de un descendiente de grado ulterior (ver artículos 126, 131 y siguientes del Código civil). Reconocida la filiación, el reconocido ostenta el "status familiae" completo (salvo si se aplica lo dispuesto en el artículo 111 del Código civil), lo mismo que el adoptado.

Las consecuencias de la superveniencia de descendientes, en efecto, son distintas si el instituido en el pacto sucesorio es o no legitimario del premuerto. Si lo es, el descendiente sobrevenido tendrá derecho a una porción del caudal relicto igual a la que corresponda al menos favorecido (artículo 193.1 LS); si no fue designado heredero o legatario ningún otro descendiente, se producirá la delación abintestato de todo el caudal relicto (193.2 LS) en cuyo caso, el pacto será ineficaz. Parece razonable, como mantiene Bayod, que pueda preverse esta eventual contingencia expresamente en el pacto sucesorio dejando a salvo la legítima y así evitar la apertura de la intestada. Creo que no es obstáculo lo dispuesto en los artículos 10.1 y 155 LS

En mi opinión, si se instituyó heredero a extraño (o al cónyuge) y se dejó (por ejemplo, mediante legado) la mitad del caudal al único legitimario existente, de sobrevenir otro descendiente al tiempo del fallecimiento del premuerto desconocido para él, la apli-

<sup>7</sup> "Comentario al artículo 95", en Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, volumen Tercero, dirigidos por Lacruz y Delgado, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1996, en especial, páginas 220 y 221.

<sup>8</sup> Bayod López, "La sucesión paccionada en la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte (reflexiones y comentarios)", RDCA-2000-VI- (nº 1), páginas 75 y 76.



cación del 193.1 lleva a considerar que el nuevo descendiente tendrá derecho a la otra mitad del caudal y también será ineficaz el pacto sucesorio, sin que en tal caso haya de procederse a la apertura de la sucesión legal.

Mutatis mutandis, pueden mantenerse las mismas conclusiones para la institución recíproca en testamento mancomunado.

Al margen de esta cuestión, se puede plantear el efecto de la superveniencia de descendencia no ya en el momento en que fallece el primero de los instituyentes, sino cuando fallece el último de ellos, es decir, una vez consumada la institución recíproca. Como indicaré en el apartado XIV, en el término “parientes” de los artículos 80.3 y 104.3 están incluidos los eventuales descendientes, si los hay. Cabe pensar en más posibilidades si al instituirse recíprocamente herederos, se respeta la mitad por legítima. Si no se ha previsto nada expresamente por los instituyentes, fallecido el último de ellos serán llamados en primer lugar los descendientes del premuerto (que quizás nada recibieron cuando falleció su ascendiente y sí pueden hacerlo ahora).

Se puede dar, además, la superveniencia de descendencia no del premuerto, sino del superviviente, una vez fallecido el premuerto. En este caso, sólo podrá darse cumplimiento a las disposiciones que hayan podido otorgarse conforme a los artículos 80.2 y 104.2 LS con respeto a los derechos de los legitimarios del sobreviviente.

Si nada se previó, se cumplirá lo dispuesto en los artículos 80.3 y 104.3, respetando también los derechos de legítima, se abra o no la sucesión abintestato del sobreviviente. Esto es, la existencia de descendencia del sobreviviente no provoca necesariamente la falta de llamamiento a favor de los parientes del premuerto. Si el sobreviviente no dispuso nada expresamente sobre los bienes que recibió del premuerto, una vez deducida la legítima de los descendientes sobrevenidos, si todavía quedan en el caudal bienes de los que el sobreviviente recibió del premuerto, se llamará a recibirlos a los parientes del premuerto.

## VI. INSTITUCIÓN RECÍPROCA Y CORRESPECTIVIDAD (ARTÍCULO 105 LS).

Como indica J. R. García Vicente, se distinguen dos clases de testamento mancomunado, según exista entre las declaraciones de voluntad de los otorgantes vinculación causal: si no la hay, se trata de testamento mancomunado “de adición”; si, por el contrario, las declaraciones de voluntad aparecen causalmente vinculadas, de modo que se sujeta la eficacia de una a la otra, esto es, “están recíprocamente condicionadas”, nos hallamos ante un testamento mancomunado “correspectivo”. Lo relevante en la distinción es la vinculación causal entre las disposiciones y no su concreto contenido: es indiferente que sea en provecho de un tercero o recíproco entre los propios disponentes<sup>9</sup>.

Durante la vigencia del Libro II de la Compilación, el profesor Delgado advertía, para el testamento mancomunado aragonés, de que no necesariamente ambas cosas habían de ir unidas: “nada obsta a que los cónyuges se instituyan uno a otro herederos en testamento mancomunado sin la nota de correspectividad (expresándolo así), en cuyo caso, no sólo no se aplicará la norma del artículo 97, sino que tampoco operará la remisión legal al pacto al más viviente. Las consecuencias, al menos en cuanto a la revo-

<sup>9</sup> “El testamento mancomunado: razones para la derogación del artículo 669 del Código civil”, <http://derechocivil.net/ponencias>, noviembre de 2005.

cación, serán las mismas que en el supuesto (al parecer, utilizado en la práctica para evitar la regulación legal del pacto al más viviente) de nombramiento de herederos por cada cónyuge al otro en testamentos unipersonales, acaso con números sucesivos en el protocolo del notario" [*El testamento mancomunado aragonés, Setenes Jornades de Dret Català...*, página 299].

Puede decirse que hay correspectividad cuando ha de entenderse que la disposición del uno no se habría adoptado sin la disposición del otro. Es el criterio del derecho alemán previsto en el § 2.270 ap. 1 del BGB.

En la Ley de Sucesiones es evidente la trascendencia de la correspectividad. No es lo mismo la institución recíproca correspectiva que la que no lo es. Es importante, especialmente a efectos de la nulidad, revocación unilateral o la ineficacia de una disposición, sea en pacto o en testamento. Dados los distintos sistemas de revocación y las diferentes exigencias de forma para los instrumentos que las contienen, tampoco es igual que una disposición correspectiva conste en un pacto sucesorio o en un testamento mancomunado.

El artículo 105.1 LS, para el testamento mancomunado, establece que *son correspectivas entre sí las disposiciones de contenido patrimonial de uno y otro testador cuya eficacia, por voluntad declarada por ambos en un mismo testamento o contrato sucesorio, estuviera recíprocamente condicionada, sean en beneficio mutuo o de tercero. La correspectividad no se presume.*

En la LS, la institución recíproca de heredero no necesariamente implica correspectividad.

A este respecto, no ha cambiado el sistema del artículo 97 de la Compilación. La sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 4 de marzo de 1999, al resolver sobre la interpretación de un testamento mancomunado (otorgado durante vigencia del Libro II de la Compilación), mantiene que *no es bastante para que haya correspectividad con que un cotestador haya dictado disposiciones en consideración a las otorgadas por el otro, ni que entre ellas haya correspondencia... para que haya correspectividad, ésta habrá de estar declarada en el testamento o deducirse con claridad la intención de establecerla... es decir, la correspectividad no se presume... no es equiparable institución recíproca entre cónyuges y correspectividad... tampoco deben confundirse "liberalidades" con "disposiciones correspectivas".*

En el caso resuelto por la STSJA, de 21 de junio de 2005 (sobre liquidación de comunidad conyugal continuada) los cónyuges habían otorgado un testamento mancomunado en el que ordenaron expresamente que las cláusulas testamentarias no tuviesen el carácter de correspectivas [párrafo primero del fundamento de derecho segundo].

En derecho alemán se ha desarrollado bastante el concepto de correspectividad y se pone el acento en el efecto vinculante de las disposiciones hechas en testamento mancomunado o en contrato sucesorio. Según Kipp, para interpretar si la hay o no, se examina cada una de las cláusulas testamentarias para averiguar si ha sido querida como correlativa a una determinada disposición del otro (y con cuál). Mas con objeto de asegurar que la interpretación arroje resultados unívocos y uniformes, la ley sienta una regla de interpretación (presunción) para determinados casos típicos; por ejemplo, se suele considerar que no hay correspectividad cuando hubo institución recíproca entre cónyuges siendo uno de ellos muy rico y el otro no<sup>10</sup>.

10 Kipp, en Enneccerus, Kipp y Wolff, Derecho de Sucesiones, volumen primero, estudio de Roca Sastre, 2ª edición al cuidado de Badosa Coll y Puig Ferriol, páginas 359 y siguientes.

Estos planteamientos no pueden trasladarse sin más al derecho aragonés donde se exige “voluntad declarada” de los otorgantes para la correspectividad y ésta no se presume.

La correspectividad puede darse o no en la institución recíproca y también en las demás disposiciones que otorguen los testadores. Por ejemplo, para disposiciones a favor de tercero (llamados como herederos o legatarios) que puedan establecer los otorgantes, como normalmente se hace para el residuo que quede tras la adquisición de bienes por el supérstite y su posterior fallecimiento (artículo 104.2).

#### VII. Revocación, nulidad e ineficacia de la institución recíproca.

Es posiblemente en el régimen de revocación e ineficacia donde se encuentran las más señaladas diferencias entre el pacto al más viviente y la institución recíproca de heredero hecha en testamento mancomunado, siendo fundamental en este último si la institución recíproca es o no correspectiva.

#### **A) En el pacto al más viviente.**

Cabe aplicar al pacto al más viviente el régimen general de ineficacia, invalidez y revocación del pacto sucesorio; a este respecto, como señala Bayod López, “el pacto sucesorio puede ser ineficaz por estar afectado de una causa de invalidez o bien porque, tratándose de una sucesión, el designado heredero premuera al causante, o bien porque siendo cónyuges los otorgantes inicien los trámites de nulidad separación o divorcio”<sup>11</sup>. Como señala la autora, pueden distinguirse causas de invalidez, que serán las generales de la contratación dado que estamos ante un contrato sucesorio [la LS alude a las causas de nulidad (artículo 108.1) y a la acción para reclamarla (artículo 111.1)] y causas de ineficacia: la premoriencia del instituido (artículo 72 LS) y la iniciación de los trámites para obtener la nulidad, el divorcio y la separación (artículo 89 LS).

El pacto sucesorio es, en principio, irrevocable; el instituyente queda vinculado *mortis causa* por el pacto. Coherentemente, el artículo 85 LS alude a la modificación que puede hacerse por mutuo disenso de los otorgantes. Se hará en contrato sucesorio y por las partes que concurrieron al pacto. También puede hacerse en testamento mancomunado y, dados los requisitos de validez en cuanto a la forma del contrato sucesorio (escritura pública: artículo 62 LS), creo que valdrá la modificación del contrato sucesorio en testamento mancomunado ológrafo (artículo 96 LS), una vez adverbado y protocolizado.

En cuanto a la revocación unilateral, conforme al artículo 86 sólo puede revocarse el pacto sucesorio: a) por las causas expresamente pactadas, b) por incumplimiento grave de las cargas y prestaciones impuestas al instituido, así como cuando éste, con su conducta, impida la normal convivencia familiar si ésta hubiera sido pactada y c) por haber incurrido el instituido en causa de indignidad (artículo 13 LS) o en situación que, de ser legitimario, implicaría causa de desheredación (artículos 195 y siguientes LS).

#### **B) Revocación, invalidez e ineficacia de la institución recíproca en testamento mancomunado.**

##### *1. Nulidad y anulabilidad.*

La LS establece los supuestos concretos en que tiene lugar la nulidad y la anulabilidad del testamento en general y de las disposiciones testamentarias, en los artículos 108 a 115 previendo expresamente los plazos de ejercicio de las acciones y el *dies a quo* para

su cómputo. Son normas aplicables a la institución recíproca de heredero en testamento mancomunado.

## 2. Ineficacia

El artículo 122 LS alude a los supuestos de ineficacia de la institución de heredero y del nombramiento de legatario, norma aplicable a la institución recíproca de heredero hecha en testamento mancomunado. El precepto salva la posible aplicación de la sustitución legal (también de la eventual sustitución voluntaria prevista por el disponente), para los supuestos que prevé: a) premoriencia del instituido; b) en los nombramientos sujetos a condición suspensiva, fallecimiento del instituido antes del cumplimiento de la condición; c) incapacidad de adquirir la herencia o el legado; d) repudiación de la herencia o el legado.

## 3. Revocación.

### a) Revocación por ambos cotestadores.

La revocación del testamento mancomunado puede hacerse libremente por ambos testadores en un mismo acto u otorgamiento, se trate de revocación de disposiciones correspectivas o no, lo que vale para la institución recíproca (artículo 106.1 LS).

### b) Revocación unilateral de la institución recíproca y de las demás disposiciones de los testadores cuando no son correspectivas.

La revocación unilateral plantea más cuestiones. En principio, las disposiciones no correspectivas son libre y unilateralmente revocables por cada uno de los testadores (106.2); norma aplicable a la institución de heredero no correspectiva, así como al resto de disposiciones otorgadas por los testadores (y quedó dicho que sólo podía haber correspectividad por voluntad declarada por ambos testadores en un mismo testamento o contrato sucesorio: artículo 105 LS).

El número 4 del artículo 106 supedita la eficacia de la revocación a su otorgamiento en testamento abierto ante Notario (inciso primero). No creo que valga lo mismo para la obligación que impone al que revoca de hacer saber al Notario la existencia del anterior testamento mancomunado, así como el domicilio del otro otorgante, para que el Notario pueda notificarle dentro de los ocho días hábiles siguientes, el mero hecho del nuevo otorgamiento. La última proposición del precepto indica que, de no hacerse así, ello no afectará a la eficacia de la revocación o modificación.

F. García Vicente indica que estos incumplimientos tendrán ciertas consecuencias; el que revoca unilateralmente sin hacer las manifestaciones debidas quizás pueda considerarse incurso en las causas de indignidad de la letra f) del artículo 13 LS y posiblemente se pueda exigir la responsabilidad del 1902 del Código civil; esta última consecuencia, también para el notario que no notifica si el que revoca hace las debidas manifestaciones<sup>12</sup>. Quizás se encuentran en estas cargas y obligaciones las mayores diferencias entre la institución recíproca en testamento mancomunado y la institución de heredero hecha en testamentos unipersonales.

---

<sup>11</sup> Bayod López, "La sucesión paccionada en la Ley aragonesa de Sucesiones por causa de muerte (reflexiones y comentarios)", Revista de Derecho Civil Aragonés, 2000-VI-(nº 1), página 66.

<sup>12</sup> García Vicente, "F, Comentario al Capítulo II del Título III de la Ley de Sucesiones", en Ley de Sucesiones, Comentarios Breves por los miembros de la Comisión aragonesa de derecho civil, Librería General, Zaragoza, 1999.

**c) Revocación unilateral de la institución recíproca y las demás disposiciones cuando son correspectivas.**

Si la institución recíproca y, si las hay, las demás disposiciones patrimoniales de los otorgantes son correspectivas, los artículos 106 y 107 LS obligan a distinguir en cuanto a la revocación unilateral.

*A. Revocación unilateral "inter vivos".*

Conforme al artículo 106.3 LS, *la revocación o modificación unilateral de disposiciones correspectivas sólo podrá hacerla un testador en vida del otro o, después, si concurre alguna causa de las que posibilitan la revocación unilateral de los pactos sucesorios, y producirá la ineficacia total de las disposiciones correspectivas del otro. Todo ello salvo que en el testamento o en el contrato sucesorio se prevea otra cosa.*

Se aplica también lo dispuesto en el número 4 respecto a la notificación de la revocación al otro testador.

Hay una regulación en el artículo 107 LS que no tiene antecedente en la Compilación (seguramente inspirada en el sistema de revocación por disposición de bienes del derecho alemán) y que regula lo que parece una suerte de revocación implícita unilateral tanto en vida de los otorgantes como después del fallecimiento del primero producida por la disposición de los bienes comprendidos en una disposición correspectiva.

En principio, conforme al artículo 107.1 puede disponerse libremente de los bienes por los testadores, aunque el testamento mancomunado contenga cláusula expresa en contrario.

Pero, como indica el 107.2, si en vida de ambos otorgantes se dispone de bienes comprendidos en una disposición correspectiva que implique su revocación o modificación sustancial, se dará la ineficacia total de la correspectiva del otro.

Si, por ejemplo, dos personas se instituyen recíprocamente herederos y además designan a terceros legatarios en cada uno de sus bienes con carácter correspectivo, la disposición de uno de los bienes por el titular provocará la revocación de la correspectiva del otro. Pensemos en una cláusula de este tipo:

*"Dejo este reloj de oro a tu sobrina Herminia porque tú dejas tu estilográfica de oro a mi sobrino Ambrosio y ordenamos que dicha disposición sea correspectiva".*

Si tú regalas a tu primo Benito la estilográfica, ha quedado revocado el legado de mi reloj de oro a tu sobrina Herminia, por aplicación del artículo 107.2 LS.

*B. Revocación unilateral "post mortem".*

No creo que sea posible la revocación post mortem de la institución recíproca. Después de la muerte de uno de los instituyentes, la institución se cumple o no se cumple. Puesto que considero que los efectos se producen al fallecer el primer causante, se aplica el artículo 103 y los artículos 27 y siguientes de la LS sobre aceptación y repudiación de la herencia. Lo mismo se puede afirmar para el pacto al más viviente, puesto que entiendo que es una institución para después de los días; la aceptación de los bienes por el instituido sólo se produce una vez fallecido el instituyente (artículo 77).

Pero sí cabe plantear la revocación después de la muerte de un otorgante por el otro, de otras eventuales disposiciones correspectivas que hayan podido prever los testadores. Habrá que distinguir dos supuestos: el del artículo 106.3 y el del artículo 107.3.

Conforme al artículo 106.3, cabe la revocación por el sobreviviente fallecido el premuerto si concurre alguna de las causas que posibilitan la revocación unilateral de los pactos sucesorios, es decir, las previstas en el artículo 86 LS, con las debidas adaptaciones al supuesto.

Según establece el artículo 107.3 LS, puede haber revocación implícita si el otorgante sobreviviente dispone de los bienes comprendidos en una disposición correspectiva. Puede tratarse de una disposición a título gratuito, en cuyo caso, la persona a quien el testamento atribuía los bienes podrá, fallecido el disponente pedir a los donatarios o sus herederos su valor actualizado; si se trata de una disposición onerosa que supusiera la ineficacia de la disposición correspectiva podrá reclamar lo mismo a los herederos del disponente. Ambos derechos caducan a los dos años del fallecimiento del causante disponente (artículo 107.3 LS).

### **VIII. FALLECIMIENTO DEL SOBREVIVIENTE SIN ACEPTAR NI REPUDIAR: INSTITUCIÓN RECÍPROCA Y TRANSMISIÓN DE LA DELACIÓN.**

Aunque la institución recíproca conste en contrato sucesorio, no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 72 para el supuesto de premoriencia del instituido (al que cabe equiparar la declaración judicial de fallecimiento, como ha mantenido Merino Hernández<sup>13</sup>). En la institución recíproca sea en pacto sucesorio o en testamento mancomunado no cabe plantear cuestión sobre premoriencia. Fallecido el primer instituyente, a su vez instituido, hereda el supérstite. Justamente la premoriencia de uno de ambos provoca el efecto de la institución recíproca.

Sí cabe plantear la aplicación de lo dispuesto en la LS sobre transmisión de la delación, del “ius delationis” o sea, del derecho a aceptar o repudiar. La institución de heredero (también la recíproca) hay que aceptarla o repudiarla a la muerte del primero de los instituyentes. Para el pacto sucesorio se deduce de lo dispuesto en el artículo 77 al que remite el 80.4 expresamente y para el testamento, en el artículo 103. En general, es de aplicación el artículo 27 LS. La delación se produce en el momento de fallecer el primer instituyente, cuando se abre la sucesión (artículos 5.1 y 6.1 LS).

Fallecido el primero de los instituyentes, si el segundo fallece sin aceptar ni repudiar, el artículo 39 dice que el derecho a aceptar o repudiar se transmite por ministerio de la ley a los herederos del llamado. El número 3 del precepto deja a salvo el usufructo de viudedad del cónyuge del transmitente, sin perjuicio del que, en su caso, previamente corresponda al cónyuge del primer causante.

Si se aplica la norma a la institución recíproca sin más consideraciones y el sobreviviente fallece sin aceptar ni repudiar y sin disponer nada expresamente sobre el destino de sus bienes, tendría que abrirse su sucesión abintestato. De este modo, resultará que los herederos abintestato del último en fallecer heredarán todo: los bienes procedentes del primeramente fallecido (que conforman el contenido del “ius delationis”) y los suyos propios.

Ante esta solución, surge una pregunta, ¿cabe aplicar, en lugar del artículo 39 LS, el llamamiento previsto en los artículos 80.3 y 104.3 cuando hay fallecimiento del supérstite sin aceptar ni repudiar? En este caso, los bienes procedentes del primer fallecido

<sup>13</sup> Merino Hernández, Comentarios al Código civil..., Edersa.

irían a parar a los parientes de éste y los bienes del supérstite que fallece después pero sin aceptar ni repudiar, serían para sus respectivos parientes. Esta parece una solución más razonable y respetuosa con la estructura con que la LS configura la institución recíproca.

Se plantea también otra duda: si los instituyentes nombraron herederos o legatarios en el residuo, es decir, en los bienes que quedaren al fallecimiento del último de ambos (supuestos de los artículos 80.2 y 104.2 LS), ¿se aplicarán dichos llamamientos o se transmitirá la delación conforme al artículo 39 LS?

Dicho de otro modo, estoy planteando si las sustituciones preventivas de residuo que pueden prever tanto los instituyentes expresamente (80.2 y 104.2) como la sustitución de residuo que establece la LS en los artículos 80.3 y 104.3 implican la sustitución vulgar tácita o no, si no lo han indicado expresamente los instituyentes.

La respuesta no me parece sencilla.

Existe alguna regulación de cuestiones similares en el derecho común para el testamento unipersonal y hay alguna referencia en resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, pero, las que conozco se refieren al supuesto de premoriencia, no de transmisión de la delación.

Para la sustitución del Código civil, el artículo 774 dice que *puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia. La sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario*. Pero esta es una norma sobre sustitución vulgar, no sobre sustitución de residuo.

Para la sustitución de residuo, la DGRN responde afirmativamente en las resoluciones de 17 de septiembre de 2003 [RJ 2003/6279] y de 27 de octubre de 2004 [RJ 2004/7807]: si el testador instituyó heredero y dispuso algún destino sucesorio para el residuo de sus bienes a favor de otras personas, en caso de premoriencia del instituido, se aplica el llamamiento a dichas personas en lugar de abrirse su sucesión abintestato. Se considera así que se respeta más la voluntad del testador, que muy posiblemente hubiese preferido que le sucediesen las personas llamadas al residuo que sus herederos abintestato. Es además la solución seguida por los derechos catalán y navarro.

No obstante, la propia DGRN indica en los fundamentos de derecho únicos de ambas resoluciones cómo en nuestro Derecho está comúnmente admitido que, mientras que la doctrina estima que la sustitución fideicomisaria implica la sustitución vulgar, el Tribunal Supremo se muestra radicalmente en contra de tal aserto. Ni siquiera es unánimemente admitido que la sustitución de residuo sea una sustitución fideicomisaria y se puedan aplicar las normas de una a otra (aunque los términos del artículo 781 del Código civil parecen abrir una puerta a esta interpretación).

En suma, parece discutible al Tribunal Supremo (cuya jurisprudencia en tal sentido es profusamente citada en ambas RRDGRN) que si un causante ha previsto que herede una persona todos sus bienes y el residuo otra y no ha dicho nada más, también haya que entender que dicho causante hubiese querido que el llamado al residuo heredase el total de los bienes si no llegase a heredar el instituido en primer lugar.

La propia DGRN da a entender que la solución que da a los dos supuestos no sirve sin más para todos. Es evidente que el testador que fallece en último lugar no ha otorgado nuevo testamento y cabría preguntarse cuál era de verdad su intención, ¿conocía

que el testamento que ya había otorgado antes de fallecer su esposa era ineficaz por premoriencia y le quería que heredasen sus bienes sus herederos abintestato?

Al margen de estas consideraciones, aplicar la tesis de la Dirección General a los supuestos de los artículos 80.2 y 104.2 parece posible, con las mismas objeciones.

Más complicado es aplicarlas a los supuestos de los artículos 80.3 y 104.3 LS pues en estos dos últimos no se trataría de llevar a cabo una integración de la voluntad del causante ya fallecido, pues nada dijo expresamente sobre el residuo.

Pero hay otros argumentos a favor del desplazamiento del artículo 39 LS mediante la aplicación de los artículos 80.3 y 104.3:

a) Los incisos iniciales que dicen: “si no hubiera ulterior llamamiento a tercero, fallecido el testador supérstite sin haber dispuesto por título alguno...” y establece después un llamamiento sobre los bienes del fallecido en primer lugar a sus propios parientes. Fallecido el sobreviviente sin aceptar ni repudiar nos encontramos en el supuesto de los preceptos: ha fallecido el supérstite sin disponer por título alguno.

b) No habría argumento en contra por que la norma diga que los parientes llamados son herederos del primer fallecido y sustitutos del último en fallecer. No hay problema en que el último de los instituidos en fallecer no haya llegado a adquirir; el concepto de la sustitución legal del artículo 19 LS implica que los llamados por sustitución legal ocupan el lugar del sustituido en la sucesión.

c) Finalmente, esta solución parece más adecuada y respetuosa con el sentido y estructura que la LS confiere a la institución recíproca y que llevó al legislador en 1999 a su extensión a la sucesión legal entre cónyuges en el artículo 216.2 LS. Si se prevé que, consumada la institución recíproca entre otorgantes, hay que distribuir los bienes dándolos a cada familia según su origen, con más motivo es razonable que se haga lo mismo si no llega siquiera a consumarse la institución recíproca por fallecer el sobreviviente sin aceptar ni repudiar la herencia.

Sea como fuere, parece conveniente que los que se instituyan recíprocamente herederos prevean esta eventualidad y excluyan, si así lo quieren, la aplicación del artículo 39 LS que no parece derecho imperativo: el número 1 del precepto dice que se produce la transmisión de la delación “salvo expresa previsión en contrario del disponente”.

## **IX. COMORIENCIA DE LOS INSTITUYENTES.**

En la LS, como en el Código civil, si no puede probarse el fallecimiento anterior de uno de los comorientes, se presume que ambos han fallecido al mismo tiempo y que no hubo transmisión de derechos entre ellos. Otros derechos establecen el orden en el que se presume perdieron la vida considerando, por ejemplo, que el de más edad falleció antes. La diversidad de sistemas de comoriencia que se da entre los estados de la Unión Europea y cómo regular en un futuro la cuestión de la eventual incompatibilidad de las leyes aplicables a las sucesiones de comorientes es una de las cuestiones que se sometieron a consulta general en el Libro Verde de Sucesiones y Testamentos presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas en Bruselas el 1 de marzo de 2005, dada su relevancia en aspectos de derecho internacional.

Conforme a la presunción del artículo 5.2 LS, en caso de comoriencia no habrá transmisión de bienes entre los otorgantes y se abrirá su sucesión legal, salvo que tengan otro testamento. Es el mismo régimen jurídico que se aplicaba durante la vigencia del Libro



II de la Compilación por aplicación del artículo 33 del Código civil. Como indicó Enciso Sánchez antes de entrar en vigor la LS, si hay comoriencia de los otorgantes, no hay transmisión de derechos hereditarios entre ellos y, si no hay otras disposiciones voluntarias, se abrirá su sucesión intestada y serán llamados sus herederos abintestato. El autor señalaba la identidad de consecuencias tanto para el testamento unipersonal como para el testamento mancomunado y se refería a los cónyuges, únicos posibles otorgantes entonces de un testamento mancomunado<sup>14</sup>.

Sus argumentos sirven en los mismos términos para la regulación actual de la LS y aunque los que se instituyen recíprocamente herederos no sean cónyuges entre sí.

Por lo demás, se plantean las mismas cuestiones expuestas en el apartado anterior, para la transmisión de la delación, es decir, qué hacer en caso de comoriencia y tanto si hubo disposiciones expresas de los instituyentes (80.2 y 104.2) como si no las previeron (80.3 y 104.3).

Puede parecer excesivo, irritante, hacer referencia a estos eventuales supuestos en el testamento (transmisión de la delación, comoriencia, repudiación) pero el estudio de las resoluciones judiciales muestra lo recomendable de hacer constar en el testamento para qué supuestos se prevén las disposiciones a favor de terceros. El Auto del Presidente del TSJA de 30 de julio de 2004, que resuelve recurso gubernativo interpuesto por notarios y particulares contra la calificación negativa de la Registradora de la Propiedad ofrece un buen ejemplo. Se trata de un testamento mancomunado de dos cónyuges en cuya primera cláusula se instituyen mutua y recíprocamente herederos facultando al supérstite para la libre disposición por actos inter vivos; en la segunda se indica lo siguiente: “para el caso de que el último de los testadores no haya dispuesto por actos intervivos de sus propios bienes y de los que adquiriera por esta institución y también para el supuesto de comoriencia o muerte simultánea de los testadores disponen lo siguiente: el testador instituye herederos universales a sus sobrinos... La testadora instituye herederos universales a sus sobrinos...” [fundamento de derecho segundo del Auto].

Primero fallece el esposo y después la esposa (ambos bajo vigencia de la LS). Después de fallecer ésta, sus herederos (sus sobrinos) pretenden inscribir la totalidad de los bienes del caudal, incluidas fincas que adquirió cuando falleció su esposo. Frente a la calificación negativa de la registradora de la propiedad, los notarios autorizantes de las escrituras de adjudicación y los sobrinos de la esposa mantienen que se está en presencia de una sustitución vulgar y que del testamento se deduce que la voluntad real de los testadores era que todos los bienes fuesen a parar a los familiares del último que falleciese [fundamento de derecho tercero del Auto].

El Presidente del TSJA entiende que es correcta la tesis de la registradora y dice que en este supuesto se está ante lo previsto en el artículo 104.2 LS y que *no es, como pretende el recurrente, que aplicada la cláusula primera, ya no sea de aplicación la segunda, ni que ésta actúe solamente para los casos de premoriencia o comoriencia. Las cláusulas del testamento, rectamente entendidas, llevan a esta conclusión: cada uno de los instituidos, caso de efectiva delación en su favor de la herencia del premuerto, estaba facultado para la posesión y el disfrute de los bienes recibidos por título hereditario, y para disponer de ellos por actos entre vivos, y para el caso de que no hubiera dispuesto por actos entre vivos de los adquiridos por la disposición recíproca, y también para el supuesto de muerte simultánea, se efectuaban sendas instituciones a favor de los respectivos sobrinos* [fundamento de derecho quinto del Auto].

<sup>14</sup> Enciso Sánchez, “El testamento de cónyuges aragoneses sin descendencia que desean instituirse herederos el uno al otro”, Revista de Derecho Civil Aragonés, 1996-II-(n° 2), páginas 117 y 122.

## **X. INSTITUCIÓN RECÍPROCA Y REPUDIACIÓN.**

Quedó dicho que los efectos de la institución recíproca de heredero se producen al fallecer el primer causante y que se aplica el artículo 103 y los artículos 27 y siguientes de la LS sobre aceptación y repudiación de la herencia cuando dicha institución se otorgue en testamento mancomunado. Lo mismo se puede afirmar para el pacto al más viviente, como institución para después de los días; la aceptación de los bienes por el instituido sólo se produce una vez fallecido el instituyente (artículo 77).

Por ello es claramente posible la repudiación por el sobreviviente. Para el testamento mancomunado, la letra d) del artículo 122 LS lo considera un supuesto de ineficacia de la institución y vuelve a plantearse lo indicado en los dos apartados anteriores [VIII y IX] sobre llamamientos a terceros en virtud de la voluntad de los instituyentes (80.2 y 104.2) y a falta de voluntad expresa (80.3 y 104.3), pero únicamente en relación con el fallecido. Para el supérstite, la repudiación tiene efectos diferentes puesto que está vivo y puede otorgar nuevas disposiciones.

## **XI. EFECTOS DE LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO DE LOS INSTITUYENTES, SI SON CÓNYUGES ENTRE SÍ.**

### **A) Artículos 89 y 123 de la Ley de Sucesiones.**

Si los que testan en mancomún son cónyuges entre sí, el artículo 123 establece los efectos de la nulidad, divorcio y separación de su matrimonio: salvo que del testamento resulte que la voluntad de los testadores fue otra, es suficiente con que se encuentren en trámite los procedimientos para su obtención para que no surtan efecto ni las disposiciones corresponsivas entre, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro. La misma regla se prevé para el pacto sucesorio en el artículo 89 LS.

El legislador aragonés es coherente al establecer las mismas consecuencias en otros supuestos tanto en la LS como en la Lrem. de 2003: para la fiducia sucesoria, el artículo 125.2; para la sucesión legal, el artículo 216.1; para el usufructo viudal, el artículo 94.2 Lrem. y es también causa de disolución del consorcio conyugal conforme al artículo 71.1 Lrem.

La doctrina española consideró el criterio de estar a la iniciación de los trámites judiciales para la separación, nulidad y divorcio de indudable seguridad jurídica<sup>15</sup>. En la Ley 15/2005, de 8 de julio por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, se han introducido modificaciones en los derechos a la sucesión del viudo en el Código civil. Se ha unificado el criterio para que no haya llamamiento al cónyuge tanto en la legítima por usufructo del artículo 834 (el cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora), como en el llamamiento a la sucesión abintestato del artículo 945 del Código civil (no tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado judicialmente o de hecho). Basta con la separación de hecho para que no se den ambos llamamientos. Aunque las normas indiquen tam-

<sup>15</sup> Egusquiza Balmaseda, Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales, Cuadernos de Aranzadi Civil, 2003, página 56, para el usufructo del viudo.

bién que no se darán los llamamientos si el cónyuge estuviere separado judicialmente, desde que se inicie el trámite para su obtención creo que no será difícil demostrar la separación de hecho.

La separación de hecho no es relevante a estos efectos en derecho aragonés, salvo lo dispuesto en el artículo 216.1 para la sucesión legal del cónyuge y siempre que se trate de una separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. Para el testamento lo apuntó Martínez Cortés<sup>16</sup> y la Ley 15/2005, de 8 de julio no ha modificado el Derecho aragonés.

## **B) Aplicación a la pareja de hecho: sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 20 de junio de 2005.**

El TSJA, en sentencia de 20 de junio de 2005 ha aplicado el artículo 123 LS al constatare la separación de una pareja de hecho no inscrita conforme a la Ley de Parejas estables no casadas. Considera que hay identidad de razón a los efectos de la aplicación del precepto, entre un matrimonio y una pareja de hecho, aunque en un asunto singular [ver la STSJ de Cataluña de 13 de febrero de 2003, en cuyo fundamento de derecho segundo se indica que “instituciones pensadas y reguladas para proteger determinados intereses patrimoniales de la familia matrimonial, se pueden hacer extensivas a la familia que se deriva de una unión estable de pareja”]. Hará referencia a esta sentencia en relación con este particular en su coponencia don Javier Sancho Arroyo. Aludiré a ella además en el apartado XII, letra A), por tener también interés en relación con la pretendida institución recíproca (en este caso de legado de usufructo) en testamentos unipersonales.

### **XII. Institución recíproca y testamentos unipersonales.**

En la Ley de Sucesiones, la institución recíproca sólo puede tener lugar si se otorga en contrato sucesorio o en testamento mancomunado. Parece razonable. La reciprocidad sólo podrá existir en disposiciones “mortis causa” cuando ambos instituyentes concurren en el mismo instrumento para instituirse recíprocamente, aunque sea en testamento mancomunado ológrafa (artículo 96 LS) y sea o no con carácter correspectivo.

No parece posible lograr el efecto de la institución recíproca de herederos cuando se trata de testamentos unipersonales. Es evidente que la facultad de revocación del testamento unipersonal sin necesidad de hacerse en testamento abierto notarial, ni notificación alguna a otra persona, no se da en un testamento mancomunado (menos en un contrato sucesorio). Aun cuando la institución recíproca no sea correspectiva por voluntad declarada de los otorgantes (artículo 105 LS), la eficacia de la revocación unilateral en vida del otro testador está supeditada a que se haga en testamento abierto notarial (artículo 106.4, primera proposición); la falta de notificación o la falta de manifestaciones pertinentes del cotestador al notario darán lugar a las responsabilidades a que hubiere lugar, pero ello no afecta a la eficacia.

Hay datos en la jurisprudencia que muestran que es habitual, cuando dos personas pretenden instituirse recíprocamente herederos o legatarios y su ley nacional no se lo permite, que otorguen testamentos unipersonales el mismo día en la misma notaría con números de protocolo seguidos, instituyéndose herederos (o legatarios, en su caso) el uno al otro (datos sobre la cuestión incluyo en la letra B) de este apartado). También se

<sup>16</sup> Martínez Cortés, “, en Ley de Sucesiones, Comentarios Breves por los miembros de la Comisión aragonesa de derecho civil, Librería General, Zaragoza, 1999, página 108.

ha dado en Aragón, antes de entrar en vigor la LS, cuando quienes deseaban hacerlo no eran cónyuges entre sí.

### **A) Institución “recíproca” de legado de usufructo vitalicio: sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 20 de junio de 2005.**

Cito esta sentencia en la letra B) del apartado XI. Además de su interés para la aplicación por analogía del efecto de las crisis matrimoniales a la pareja de hecho, muestra cómo quienes no podían otorgar testamento mancomunado (artículos 94 y siguientes de la Compilación), lo hacían unipersonal. El supuesto trata de dos personas que han convivido durante más de 23 años, aunque el varón mantuvo su matrimonio a la vez (sin iniciar trámite alguno para separarse o disolverlo). Ambos tenían descendencia propia, no común.

El 7 de abril de 1995, los miembros de la pareja de hecho otorgan sendos testamentos. El Tribunal Superior de Justicia mantiene en la sentencia que se trata de testamentos “simultáneos” (antecedente de hecho primero) ante el mismo fedatario, en el que indican que están en convivencia “more uxorio” y se conceden mutua y recíprocamente ambos —dice la sentencia en el antecedente de hecho primero— el usufructo vitalicio sobre todos sus bienes y derechos. En ese momento sólo era posible el otorgamiento de testamento mancomunado por quienes eran cónyuges entre sí, así que el testamento sólo pudo ser unipersonal, como hicieron los entonces convivientes.

Aunque la sentencia indique que fueron simultáneos, ello no es posible; se habrán otorgado ante el mismo fedatario; todo lo más tendrán números sucesivos de protocolo; coincidirá la fecha pero no podrá coincidir exactamente la hora (ver artículos 695 y 707 del Código civil para el testamento abierto y cerrado respectivamente, aplicables en Aragón después de entrar en vigor la Ley de Sucesiones). Así que no pudo haber una cláusula en la que se concediesen mutua y recíprocamente el usufructo vitalicio.

Cuando fallece el varón en 2002, ya se encuentra separado de su pareja de hecho. De no haber considerado el TSJA aplicable por analogía lo dispuesto en el artículo 123 LS para los cónyuges, cabe pensar en el alcance que el usufructo vitalicio a favor de la pareja de hecho hubiese tenido al concurrir con el derecho de usufructo de la viuda.

Aunque expresamente no lo indique la Ley de Sucesiones, es posible el legado mutuo y recíproco de usufructo vitalicio (ver artículo 150 LS), incluso con carácter correspectivo, entre quienes no son cónyuges ni parientes entre sí (artículo 102.1 LS), tanto en testamento mancomunado como en contrato sucesorio. Su eficacia será la que pueda ser en cada caso teniendo en cuenta derechos legitimarios de terceros o derechos de viudedad de cónyuges de los instituyentes, si los tienen o derechos específicos de la pareja estable, en su caso o reservas hereditarias, si las hay. No es preciso que ambos testadores en mancomún sean aragoneses (ni siquiera españoles), basta con que uno sea aragonés y que el otro no lo tenga prohibido por su ley personal (artículo 102.2 LS).

### **B) La búsqueda por los particulares del efecto de la institución recíproca de herederos cuando no pueden celebrar pacto sucesorio ni testamento mancomunado (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado).**

Cuestiones similares se plantean en derecho común, donde rige el artículo 669 del Código civil: *no podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.*

Hay sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado para testamentos unipersonales hechos por cónyuges, en la misma notaría el mismo día y con números de protocolo seguidos en los que los cónyuges de vecindad civil común buscan el mismo efecto de la institución recíproca de heredero.

Suele tratarse de testamentos en los que cada uno de los otorgantes nombra heredero universal a su cónyuge y prevé un destino sucesorio para los bienes que puedan quedar al fallecer su consorte a favor de parientes determinados, como sustitutos fideicomisarios de residuo, sin establecer limitación alguna en las facultades de disposición inter vivos a título oneroso ni a título gratuito.

La jurisprudencia muestra los problemas prácticos que se han planteado. Expongo uno de los ejemplos encontrados. La esposa en su testamento instituye heredero a su esposo y para el residuo, nombra a ciertos sobrinos suyos (que no coinciden con los que serían llamados a su sucesión intestada según los artículos 946 siguientes y concordantes del Código civil). A su vez, el esposo instituye heredera a su esposa y para el residuo que pueda quedar al fallecimiento de ella, llama a ciertos sobrinos suyos que tampoco coinciden con los llamados a la intestada. Fallecida la esposa, se ejecuta lo dispuesto en su testamento y hereda su esposo. Años después fallece el esposo sin otorgar nuevo testamento. En ese momento, para recibir los bienes que quedan en el caudal del esposo procedentes de la herencia de la esposa, son llamados los sobrinos que ella nombró como sustitutos fideicomisarios de residuo; es decir, como ella dispuso en su testamento, heredan el residuo sus sobrinos.

Pero respecto de la sucesión del esposo, se plantea un problema. ¿Se abre su sucesión abintestato o son llamados como herederos testamentarios los sobrinos que él nombró en su testamento como sustitutos fideicomisarios? El artículo 912.3º del Código civil dice que la sucesión legítima (intestada) tiene lugar cuando *el heredero muere antes que el testador sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer*. En este caso, la esposa, que había sido instituida heredera en el testamento del esposo, premurió al testador y lo cierto es que la sustitución fideicomisaria de residuo no se previó expresamente como sustitución vulgar por el esposo en su testamento (por ello podría mantenerse que no hay sustituto a los efectos de evitar la apertura de la intestada en los términos del 912.3º). Como la esposa murió antes que el testador, no quedaría más remedio que abrir la intestada en lugar de llamar a las personas que el testador había previsto que fuesen sus sustitutos fideicomisarios de residuo si hubiese fallecido antes que su esposa. Parece razonable pensar que la voluntad presunta del causante era que le sucediesen esas personas, a quienes llamó a recibir el residuo, antes que sus herederos abintestato.

Para evitar en este supuesto la apertura de la sucesión intestada del esposo, último en fallecer habría que mantener que la sustitución de residuo que éste ordenó en su testamento implica la sustitución vulgar tácita a favor de los llamados a dicho residuo, o que la sustitución de residuo "si supererit" implica la vulgar tácita.

Son interesantes para esta cuestión las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6279) y de 27 de octubre de 2004 (RJ 2004/7807).

La primera, que sirve de argumento a la segunda, termina dando respuesta afirmativa. Utiliza como argumentos la solución en la sustitución fideicomisario y termina por concluir que sustitución fideicomisaria y sustitución de residuo no son tan diferentes a este respecto pudiendo calificarse el llamamiento de residuo como sustitución fideico-

misaria; así que sobre *si ésta engloba la vulgar tácita, salvo supuestos aislados, la mayoría de la doctrina y la Jurisprudencia están de acuerdo, como también la regulación de la institución en algunas regiones de derecho foral o especial (alude en la fundamentación a Navarra y Cataluña) y en la legislación extranjera, porque, como se ha dicho acertadamente, si se quiere que alguien herede después del primer llamado, se quiere también que herede si el primer llamado no lo hace* [número 3 del fundamento de derecho único de la RDGRN de 17 de septiembre de 2003].

Lo que me parece más destacable es que a través de esta interpretación, con testamentos unipersonales y en un derecho en que no cabe celebrar testamento mancomunado, la DGRN permite que en la práctica se den los mismos efectos de la institución recíproca de herederos en testamento mancomunado de la Ley aragonesa de Sucesiones una vez consumada: hereda el instituido y después se da a los bienes el destino previsto por ambos (de modo análogo a como lo prevén los artículos 80.2 y 104.2 LS; ver también el Auto del Presidente del TSJA de 30 de julio de 2004). Quizás es un buen argumento para la revisión de lo dispuesto en el artículo 669 del Código civil.

### **XIII. LLAMAMIENTO VOLUNTARIO A TERCEROS EN LA INSTITUCIÓN RECÍPROCA DE HEREDEROS DESPUÉS DE SU CONSUMACIÓN: ARTÍCULOS 80.2 Y 104.2 DE LA LEY DE SUCESIONES.**

He hecho referencia en algunos apartados al llamamiento previsto en los artículos 80.2 y 104.2 LS, en especial, al referirme a los efectos de la institución recíproca. No proceden de la Compilación. Ambas normas aluden a la previsión por los instituyentes de un destino concreto para los bienes que puedan quedar al fallecer el último de los instituyentes, para el residuo: el llamamiento a terceros designados como herederos o legatarios.

Interesa destacar que la Ley insiste en estos llamamientos en que dichos terceros llamados heredan directamente del premuerto y como sustitutos del sobreviviente. La misma técnica que se utiliza en los números 3 de los mismos preceptos y en el 2 del artículo 216 [ver también letra E) del apartado XIV]. Sobre este particular, admite, no obstante, estipulación en contrario. Así que los instituyentes pueden expresamente establecer que los terceros llamados al residuo como herederos o legatarios reciban todos los bienes directamente como herederos del sobreviviente (sin distinguir entre los del premuerto y los del sobreviviente).

### **XIV. LLAMAMIENTO A LA SUCESIÓN EN LOS ARTÍCULOS 80.3, 104.3 Y 216.2 DE LA LEY DE SUCESIONES.**

#### **A) La introducción del artículo 216.2 en la Ley de Sucesiones.**

El texto del artículo 216.2 LS es prácticamente coincidente con el de los artículos 80.3 y 104.3 a los que he hecho algunas referencias. En ellos la Ley establece un llamamiento a ciertas personas para el caso de haberse producido transmisión de bienes al cónyuge viudo por sucesión legal en el primer precepto y entre dos personas por institución recíproca voluntaria dispuesta en contrato sucesorio o en testamento mancomunado en los otros dos artículos.

En los tres supuestos hay claras similitudes pero también alguna diferencia. La transmisión de bienes al que fallece en último lugar tiene su origen, para los 80.3 y 104.3 en la voluntad del instituyente, lo que no sucede en la transmisión por vía de sucesión legal, que opera por disposición de la Ley. Ello puede ser relevante, entre otros para la solución a problemas de derecho transitorio y a conflictos de derecho interregional. En todo caso, los textos prácticamente coincidentes y la identidad de razón que creo llevó al legislador en 1999 a establecer el nuevo llamamiento para la sucesión abintestato después del fallecimiento del viudo que heredó a su cónyuge por sucesión legal, permiten su tratamiento unitario como se hace en las siguientes páginas.

Parece que el legislador no pretendió sino mantener lo dispuesto en el derogado artículo 108.3 de la Compilación (hoy aplicable no sólo a cónyuges instituidos recíprocamente; pueden instituirse otras personas sin necesidad de ser siquiera parientes entre sí) y aplicarlo también en el supuesto en que el cónyuge adquirió los bienes por sucesión legal, con la misma ratio.

No tiene aplicación si la transmisión de bienes de un cónyuge a otro se produce por sucesión testada en cumplimiento de un testamento unipersonal.

La sentencia de 25 de septiembre de 1992 de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza<sup>17</sup> recoge un supuesto en que un particular solicitaba la ampliación de lo dispuesto en el artículo 108.3 a la sucesión intestada, por parecerle solución justa; no se aplicó entonces, pero de las afirmaciones de la Sentencia parece deducirse una propuesta de lege ferenda, favorable a la solución adoptada en la LS.

## **B) Referencias a llamamientos similares en Derechos extranjeros.**

Parece evidente que el legislador en 1999, al establecer la norma del 216.2 tomó como referencia el llamamiento del artículo 108.3 de la Compilación. Hoy, la norma para la sucesión legal concuerda con la solución que la institución recíproca de heredero tiene en pacto sucesorio y en testamento mancomunado cuando se ha consumado totalmente la adquisición de los bienes entre ambos instituyentes y éstos no han previsto expresamente el destino de los bienes que pasaron de uno a otro.

El estudio de otros derechos sucesorios abintestato bastante alejados al nuestro muestra que la norma no es exclusiva de ordenamientos que permiten la institución recíproca de heredero ni de los que contemplan una devolución sucesoria troncal o que tenga en cuenta en el llamamiento a la sucesión, el origen de los bienes del causante. Hay normas análogas que muestran lo razonable de esta medida cuando el cónyuge viudo goza en el llamamiento a la intestada de una privilegiada posición en relación a los parientes del difunto. Se trata de normas modernas. Así, por ejemplo, la *Ley sobre sucesión de Islandia* prevé que al fallecer el último de los cónyuges que heredó bienes abintestato del otro se dividan los bienes por mitad y cada parte sea para cada una de las familias de ambos cónyuges [la norma se recoge en el artículo 6: *en caso de que un cónyuge sobreviviente sea heredero legal único del fallecido y que sobrevenga su muerte sin que haya contraído nuevamente matrimonio o dejado descendientes con derecho a herencia, sus bienes se dividirán entre los herederos de los dos cónyuges a partes iguales, si el cónyuge no ha dispuesto de sus bienes de otra manera a través de un testamento. Cuando un cónyuge sobreviviente no tiene ningún heredero en vida en el momento de fallecer, los bienes de éste se adjudicarán a los herederos del cónyuge que murió primero. Cuando en este artículo se habla de los herederos del*

<sup>17</sup> Jurisprudencia Aragonesa, 1992, repertorio número 300, páginas 486 y 487.

*cónyuge que muere primero se entenderán las personas susceptibles de heredar de él, con respecto al momento en que fallece el cónyuge que vive más tiempo].*

De similar modo, aunque estableciendo derechos de reserva a favor de los herederos forzosos del premuerto y distinguiendo, en consecuencia el origen de los bienes, el Código de herencia sueco, que establece el llamamiento preferente del cónyuge incluso respecto de los descendientes del causante, prevé normas similares en los artículos 2 y 5 del capítulo 3 que tiene un significativo título: *sobre el derecho de herencia del cónyuge asimismo sobre el derecho de herencia de los herederos del cónyuge premoriente a la sucesión del cónyuge que falleció último*. El párrafo primero del artículo 2 establece: *si al fallecer el cónyuge superviviente está vivo alguno de los herederos forzosos del cónyuge premoriente o el padre, madre, hermanos o hijos de los hermanos de éste, la mitad de la sucesión del cónyuge superviviente deberá, salvo que esté dispuesto de otra manera en el inciso tres, en los artículos 3-5, en el artículo 6 inciso 3 o en el artículo 7 inciso 3, recaer en quienes tengan el mayor derecho de heredar al cónyuge premoriente. El cónyuge superviviente no podrá decidir por testamento sobre bienes que van a recaer sobre los herederos del cónyuge premoriente*. El párrafo primero del artículo 5 dice: *en el momento de la partición de bienes, después del fallecimiento del último cónyuge, los herederos de cada uno de los cónyuges tienen derecho legítimo a recibir la parte del patrimonio hereditario que perteneciera al fallecido durante el tiempo de vigencia del matrimonio. Los herederos del cónyuge que falleció el último tendrán además derecho a recibir los bienes que este último llegar a poseer con posterioridad al tiempo de vigencia del matrimonio. Entrará también en el patrimonio hereditario todo bien inmueble, aunque el valor del mismo sobrepase la cantidad de la herencia, siempre que los herederos del otro cónyuge paguen la cantidad excedente al patrimonio hereditario*.

El llamamiento abintestato al cónyuge de modo preferente a los parientes del fallecido suele considerarse en la mayoría de los ordenamientos jurídicos como una medida de protección (quizás añadida a la que pueda dispensar el régimen económico matrimonial legalmente previsto). Este tipo de normas, intentan evitar que la transmisión de bienes establecida con ese propósito, pueda provocar, al fallecimiento del último cónyuge que los bienes pasen definitivamente a personas no parientes del premuerto, pase o no el superviviente a segundas o ulteriores nupcias.

### **C) El texto de las tres normas. ¿Por qué no tienen idéntico tenor literal? Explicación, para algunas diferencias, en la tramitación parlamentaria de la Ley de Sucesiones.**

Los textos de las normas son prácticamente idénticos aunque no del todo. Al texto propuesto en el Proyecto de Ley presentado a las Cortes de Aragón se presentaron algunas enmiendas por distintos grupos parlamentarios, que en la ponencia se votaron a favor o en contra, según los casos, lo que explica su texto definitivo en la LS<sup>18</sup>. Por ejemplo, se puede constatar que en los vigentes artículos 80.3 y 216.2 LS se dice que los bienes “se deferirán” en lugar de decir que los bienes “pasarán” como hace el artículo 104.3 para aludir a lo mismo. A los artículos 79.3 y 213.2 del Proyecto, antecedentes respectivamente del 80.3 y 216.2 LS se presentaron la enmienda 144 y la 344 respectivamente,

<sup>18</sup> El texto del Proyecto de Ley de Sucesiones por causa de muerte está publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón [BOCA] número 208, de 18 de septiembre de 1998, páginas 8870 y siguientes; las enmiendas presentadas al Proyecto, en BOCA número 222, de 20 de noviembre de 1998, páginas 9507 y siguientes; el Informe de la Ponencia de signada en la Comisión Institucional sobre el Proyecto de Ley de sucesiones por causa de muerte, en BOCA número 240, de 8 de febrero de 1999, páginas 10602 y siguientes; la aprobación por el Pleno de las Cortes, en BOCA, número 244, de 25 de febrero de 1999, páginas 10799 y siguientes.



ambas del Grupo Parlamentario Mixto que fueron aprobadas por unanimidad en la Ponencia. No sucedió lo mismo con el artículo 101.3, para el que el mismo grupo no propuso enmienda análoga. Así que en el texto del Proyecto de ley los artículos 79.3, 101.3 y 213.2 decían que los bienes del primeramente fallecido “pasarán” y en la LS el 80.3 y el 216.2 dicen que los bienes “se deferirán” y el 104.3 que los bienes “pasarán”. Estas mínimas diferencias, como otras, carecen de relevancia a efectos del sentido de las normas que creo coincidente.

#### **D) Notas y caracteres comunes. No introducen reserva alguna a favor de los llamados.**

Lo más destacable es que en las tres se establece un llamamiento específico con las siguientes notas:

a) Está previsto para el caso en que el sobreviviente haya heredado bienes por institución recíproca sea o no con carácter correspectivo (en testamento o pacto) o que haya heredado por ser cónyuge viudo por sucesión legal. No tiene lugar cuando la transmisión de bienes (entre cónyuges o no) se haya producido en virtud de testamento unipersonal.

b) Se da si no hay ulterior llamamiento a tercero (del 80.2 o del 104.2) y si el supérstite no ha dispuesto mortis causa de los bienes, cuando se aplica el 80.3 o el 104.3 o si el que heredó bienes abintestato de su cónyuge fallece sin haber dispuesto mortis causa de los mismos (216.2).

c) Se han de encontrar en el caudal relicto, al fallecimiento del supérstite, bienes del primeramente fallecido y una vez hecha la liquidación de la herencia del sobreviviente.

d) Durante su vida, el que adquirió los bienes puede libremente disponer de ellos, salvo pacto en contrario, tanto inter vivos como mortis causa. Los preceptos no establecen derecho de reserva alguno. El sobreviviente, si quiere, puede disponer expresamente y en exclusiva de estos bienes para evitar que los hereden los parientes del premuerto, aun sin disponer de los suyos propios. No contravendrá norma alguna.

En este caso, la LS llama a heredar a los parientes del primeramente fallecido los bienes de él que se encuentren todavía en el caudal relicto y, según los tres preceptos citados, son llamados como herederos del premuerto y como sustitutos del sobreviviente. La misma técnica (herederos del primero y sustitutos del segundo) que se establece para el llamamiento de los artículos 80.2 y 104.2 LS, salvo que los instituyentes hayan previsto otra cosa.

En consecuencia, una vez liquidado el haber hereditario del sobreviviente, en los bienes que queden procedentes del premuerto, sucederán los parientes del primeramente fallecido y en los demás, sucederán los parientes del sobreviviente.

#### **E) Naturaleza jurídica: ¿idéntica en los tres supuestos?**

En la jurisprudencia y doctrina se encuentran distintas denominaciones para aludir al llamamiento que tiene lugar una vez fallecido el sobreviviente a favor de los parientes del premuerto. Se ha dicho que se parece bastante a una sustitución fideicomisaria de residuo [Merino] o, mejor, a una sustitución de residuo, pues el supérstite (último en fallecer) tiene plenas facultades de disposición en los bienes tanto inter vivos como mortis causa. También se ha dicho [Serrano] que es una sustitución preventiva de residuo [para la distinción entre sustitución fideicomisaria de residuo y sustitución preventiva

de residuo, es útil la lectura de la STSJ de Cataluña de 28 de octubre de 1991: <http://civil.udg.es/normacivil/TSJC/91>. Por mi parte, he mantenido que se trata de una sustitución por disposición legal en el residuo.

Durante la vigencia del Libro II de la Compilación y para el artículo 108.3 se dijo que era una figura singular no equiparable a ninguna de las figuras sucesorias típicas, estimando más propio que nos encontráramos ante la sucesión del cónyuge superviviente [Sanchez-Rubio] o que se trataba de una figura especial de sucesión abintestato o sucesión legal específica, en la sucesión del cónyuge sobreviviente sobre parte de los bienes que pueden integrar su herencia [García-Rodeja]. Ciertamente que entonces el precepto no afirmaba expresamente lo que ahora mantienen los 80.3, 104.3 y 216.2, tan insistentemente: los parientes del primer fallecido son llamados cuando fallece el superviviente, pero como herederos del premuerto y como sustitutos del superviviente. Seguramente el legislador, consciente de las dudas interpretativas y para evitarlas en lo sucesivo, recogió en la LS estas precisiones. Posiblemente, por este motivo, utiliza la misma técnica para los llamamientos del 80.2 y 104.2, si otra cosa no han dispuesto los instituyentes: al fallecer el sobreviviente, los terceros designados son llamados como herederos del premuerto y como sustitutos del último en fallecer.

Dado que el llamamiento no tiene lugar sino si los instituidos (80.3 y 104.3) y el cónyuge superviviente que heredó abintestato (216.2) no han previsto nada al respecto, prefiero llamarla “sustitución por disposición legal en el residuo”. Pero más que la denominación, lo importante es no confundir: los llamados no heredan del sobreviviente, sino del premuerto. Es importante para la resolución de cuestiones que pueden surgir en la aplicación de las normas como el conflicto móvil y el derecho transitorio.

#### **F) Cuestiones de derecho interterritorial. Conflicto móvil: modificación de la vecindad civil del sobreviviente; fallecimiento del superviviente bajo vecindad civil no aragonesa: ¿se debe aplicar el llamamiento de los tres preceptos?**

Las cuestiones que se producen con ocasión de los conflictos de leyes en el espacio no suelen tener solución sencilla; más todavía si nos encontramos ante figuras de derecho sucesorio similares a la sustitución fideicomisaria, a la sustitución de residuo, a las sustituciones preventivas, a la fiducia... También cuando se trata de la ejecución de contratos sucesorios (instituciones de presente, para después de los días, a favor de tercero o a favor de cocontratante...).

Si coinciden en el tiempo fallecimiento del causante, apertura de la sucesión, delación y vocación a los llamados no suelen darse dudas; producida la aceptación de la herencia, las leyes suelen además retrotraer sus efectos al momento del fallecimiento del causante<sup>19</sup>. Pero en modalidades sucesorias en que no coinciden en el tiempo apertura de la sucesión (que se produce en casi todos los derechos, al fallecimiento del causante) y delación sea en todo el caudal o sólo en parte de los bienes a heredar, la cuestión puede ser discutible.

La necesidad de unificar criterios al respecto a nivel internacional se ha puesto muchas veces de manifiesto. Es una clara muestra el Convenio sobre la Ley aplicable a las Sucesiones por Causa de Muerte, hecho en La Haya el 1 de agosto de 1989. En España no está en vigor. Las soluciones que ofrece parecen razonables para aspectos no

<sup>19</sup> Sobre las fases de adquisición de la herencia, Lacruz y Albaladejo, Derecho de Sucesiones. Parte general, Librería Bosch, Barcelona, 1961, en especial, §§ 27 y siguientes.

sólo de derecho internacional privado sino también de derecho interregional, dada la coexistencia de derechos civiles distintos en el mismo territorio, pero hay que tener en cuenta que no es derecho interno.

La misma preocupación se ha evidenciado entre los estados miembros de la Unión Europea, con derechos sucesorios en vigor bien diferentes. La Comisión de las Comunidades Europeas ha presentado el Libro Verde sobre Sucesiones y Testamentos (sucesiones abintestato y testamentarias que presentan aspectos internacionales [SEC (2005) 270]) en Bruselas el 1 de marzo de 2005 [COM (2005) 65 final]. Con él se ha abierto una consulta al respecto y, entre las cuestiones planteadas se hace expresa referencia a las sustituciones fideicomisarias; se plantea si hay que adoptar normas particulares de conflicto de leyes en la materia y cuáles han de ser en caso de responder afirmativamente (punto 2.6); también cuál ha de ser la competencia judicial para los litigios que se refieren a ellas (punto 3.4).

Para lo que ahora interesa, hay que plantear qué sucede si una vez que el supérstite ha recibido la herencia en virtud de institución recíproca o una vez que el viudo heredero de su cónyuge abintestato modifican su vecindad civil y fallecen bajo vecindad civil distinta a la aragonesa, que no prevea expresamente el llamamiento establecido en los artículos 80.3, 104.3 y 216.2. ¿Se aplican dichos llamamientos o no?

La competencia para dictar normas que resuelven los conflictos de las leyes en el espacio está reservada en exclusiva al poder central conforme al artículo 149.1.8ª de la Constitución Española<sup>20</sup>. Conforme al artículo 9.8, primera proposición, en relación con el 14.1 y el 16, todos del Código civil, la sucesión por causa de muerte se rige por la ley correspondiente a la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento.

Si se considera que en el supuesto del 216.2 LS nos encontramos ante la sucesión del cónyuge primeramente fallecido, la respuesta es clara: procederá el llamamiento a la sucesión de los parientes del cónyuge premuerto aunque haya de aplicarse a la sucesión del cónyuge sobreviviente un derecho civil que no sea el Aragonés y aunque la norma haya de aplicarse en juzgado o tribunal que no radique en la Comunidad Autónoma de Aragón. Ya expuse mi opinión favorable a la aplicación de estos llamamientos con independencia de la vecindad civil bajo la que fallezca el supérstite<sup>21</sup>.

Creo que hay que dar la misma respuesta para el llamamiento de los artículos 80.3 y 104.3. Durante la vigencia del Libro II de la Compilación, la doctrina<sup>22</sup> y el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en sentencia de 29 de mayo de 1991<sup>23</sup> mantuvieron que, en el supuesto del derogado artículo 108.3, nos encontrábamos ante la sucesión del cónyuge primeramente fallecido, y que había que aplicar la Ley que regía su sucesión. Calatayud Sierra apuntó que esta solución venía entonces dada por ser la *vigente en el momento del otorgamiento del testamento o del contrato sucesorio, con independencia de que posteriormente la ley aplicable a la sucesión, es decir, la del momento del fallecimiento, estableciera*

20 Delgado Echeverría, J., «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa autonómica en materia de Derecho civil», Revista Aragonesa de Administración Pública, número 4, 1994, páginas 361 a 404.

21 Martínez, M., «Aplicación en el tiempo del llamamiento a la sucesión legal del artículo 216.2 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte de 1999 (Comentario al Auto de Declaración de herederos abintestato del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Zaragoza de 19 de marzo de 2002 y al de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, de 14 de noviembre de 2002)», Revista de Derecho civil Aragonés, 2001-2002, VII-VIII, páginas 251 a 265.

22 Merino Hernández, Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales dirigidos por Albaladejo, Edersa, tomo XXXIV, volumen 1, página 264; Delgado Echeverría, «El testamento mancomunado aragonés», en Setenes Jornades de Dret català a Tossa, Barcelona, 1994, página 296.

23 Sentencia publicada en la Revista de Derecho Civil Aragonés, 1995, I, nº 1, marginal nº 3, páginas 253 a 263.

*otra solución, puesto que como toda norma interpretativa debe regirse por la ley aplicable al título sucesorio, o sea, la aplicable en el momento de su otorgamiento*<sup>24</sup> (ver también el artículo 9.8, segunda proposición del Código civil).

**G) Aplicación en el tiempo. Sentencias contradictorias. ¿Se debe aplicar el 216.2 a las sucesiones en que el primer cónyuge falleció antes de entrar en vigor la Ley de Sucesiones por causa de muerte (23 de abril de 1999) aunque el segundo cónyuge fallezca después? ¿O es imprescindible que ambos cónyuges fallezcan bajo vigencia de la Ley de Sucesiones?**

Las cuestiones de derecho intertemporal o transitorio no se plantean en los mismos términos en los artículos 80.3 y 104.3 y en el 216.2, dado que los dos primeros preceptos no han modificado, para lo que ahora interesa, la norma del 108.3; además, en ellos, se trata de interpretar la voluntad del causante, lo que no sucede en el artículo 216.2. Durante la vigencia del Libro II de la Compilación, el TSJA, en sentencia de 29 de mayo de 1991 aplicó el llamamiento del artículo 108.3 al fallecer ambos cónyuges bajo la Compilación, aunque el testamento mancomunado se había otorgado con anterioridad<sup>25</sup>.

Para el 216.2 la cuestión es diferente pues cambia el régimen jurídico del Libro II de la Compilación al entrar en vigor la LS el 23 de abril de 1999 (Disposición Final Segunda). Comenté dos resoluciones judiciales contradictorias en cuanto a la aplicación en el tiempo del artículo 216: la dictada en primera instancia (JPI nº 2 de Zaragoza, auto de 19 de marzo de 2002) y la dictada en apelación, que la revocaba (APZ, Sección 4ª, auto de 14 de noviembre de 2002)<sup>26</sup>. Remito a este trabajo para no reproducir todos los argumentos. El auto de primera instancia resolvió que no era aplicable el llamamiento del 216.2 LS porque el cónyuge premuerto había fallecido antes de entrar en vigor la LS. La Audiencia Provincial, revocó el auto y resolvió lo contrario.

Para aplicar el 216.2 es indudable que el sobreviviente ha de haber fallecido bajo su vigencia. Pero además se trata de establecer si, para llamar a los parientes del premuerto, la adquisición de los bienes abintestato por el cónyuge viudo ha tenido que producirse bajo vigencia de la LS, es decir, después del 23 de abril de 1999.

En coherencia con la naturaleza que mantengo para esta especie de sustitución de residuo por disposición legal, entiendo que estamos ante la sucesión legal del cónyuge primeramente fallecido, aunque la delación se produzca cuando fallece el supérstite.

Dice textualmente el artículo 216.2 que los parientes del premuerto llamados son herederos de éste y sustitutos de aquél. O sea, son herederos del premuerto y sustitutos del supérstite que fallece en último lugar. Tienen relación de parentesco con el primero y no con el segundo (del que tan sólo son afines). Para llamar a estos parientes conforme al 216.2, habrá que referir tanto la capacidad para suceder como la proximidad del orden y grado de parentesco, al momento en que la norma se ha de aplicar y que coincide con el momento de fallecimiento del segundo consorte.

<sup>24</sup> Calatayud Sierra, A., "La institución hereditaria recíproca entre cónyuges sin descendientes. El art. 108.3 de la Compilación: su naturaleza jurídica y efectos en el derecho interespatial", Revista de Derecho Civil Aragonés, 1996-II- (nº 2), página 111 (última conclusión).

<sup>25</sup> Publicada en Revista de Derecho Civil Aragonés, 1995, I, número 1, repertorio número 3, páginas 253 a 263.

<sup>26</sup> "Martínez, M., "Aplicación en el tiempo del llamamiento a la sucesión legal del artículo 216.2 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte de 1999 (Comentario al Auto de Declaración de herederos abintestato del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Zaragoza de 19 de marzo de 2002 y al de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, de 14 de noviembre de 2002)", Revista de Derecho civil Aragonés, 2001-2002, VII-VIII, páginas 251 a 265.

Para que tenga lugar este llamamiento, han de darse los siguientes requisitos: a) la adquisición por el viudo de bienes abintestato de su cónyuge, b) la permanencia de dichos bienes en el caudal del viudo cuando fallece y c) la falta de disposición mortis causa a favor de otras personas. Y todos ellos, una vez en vigor la LS.

En mi opinión, se aplica si ambos cónyuges han fallecido ya vigente la LS.

Hasta ahora, conozco otra resolución en el mismo sentido que propongo y conforme con la resolución del JPI nº 2 de Zaragoza de 19 de marzo de 2002: el auto de declaración de herederos abintestato del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Huesca, de 29 de septiembre de 2004, que resuelve recurso gubernativo interpuesto por notario frente a la calificación negativa de la registradora de la Propiedad.

## H) Tratamiento fiscal.

Doña Pilar Palazón hará referencia a las cuestiones fiscales relacionadas con la institución recíproca de herederos.

Aquí me limitaré a apuntar, como ya hice<sup>27</sup>, que es razonable y acorde con la caracterización que mantengo para esta sustitución por disposición legal en el residuo, que para la liquidación del impuesto de sucesiones a abonar por los adquirentes de los bienes se esté al parentesco de los mismos con el premuerto y no con el supérstite (aun en los casos en que puedan ser parientes entre sí el llamado a la sucesión del premuerto y el supérstite; ello carece de relevancia). En este sentido se pronuncia Pozuelo: *otra de las cuestiones a dilucidar en la liquidación de tal tipo de la adquisición es el parentesco a considerar para aplicar la correspondiente reducción. Tal parentesco es el existente entre el adquirente y el causante del que se hereda. La norma civil es rotunda al establecer que se hereda directamente del primeramente fallecido, manteniendo una posición de sustituto respecto del sobreviviente. Es cierto que la visión conjunta de esta interpretación, referida al parentesco y al devengo, muestra una cierta asimetría (se hereda de uno y se devenga con el fallecimiento del otro), pero más allá de su apariencia, tiene ordenada cabida en la norma fiscal y es adecuado reflejo de la realidad civil*<sup>28</sup>.

I) Cuestiones procesales. ¿Necesitan las personas llamadas en los preceptos auto de declaración de herederos legales o abintestato?

En la letra C del apartado V indiqué que en los supuestos de los artículos 80.3 y 104.3 cabe mantener que al fallecimiento del supérstite se abre su sucesión legal, aunque es cierto que durante su vida celebró pacto al más viviente u otorgó testamento mancomunado. También cuando fallece el viudo que heredó bienes abintestato de su cónyuge (216.1 LS), para que se aplique el llamamiento del artículo 216.2, tiene que ser procedente la apertura de su sucesión legal, sea total o parcialmente. Dada la compatibilidad de la delación paccionada, testada y legal conforme al artículo 2.1 LS, basta con que exista alguna porción de bienes respecto a la que proceda la sucesión legal, para que pueda plantearse si entre ellos, hay alguno procedente del cónyuge premuerto y se pueda aplicar el llamamiento del 216.2. Habrá declaración de herederos abintestato tanto para los parientes del supérstite como para los del premuerto.

<sup>27</sup> Martínez, M., "Aplicación en el tiempo del llamamiento a la sucesión legal del artículo 216.2...", Revista de Derecho Civil Aragonés, cit., página 265.

<sup>28</sup> Pozuelo Antoni, "Aspectos fiscales de los pactos sucesorios", en Comentarios al código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, tomo XXXIV, volumen 1, Edersa, 2ª edición, Madrid, 2002, en especial, página 632.

Durante la vigencia del Libro II de la Compilación, el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Zaragoza acordó por Auto número 711/97, de 9 de septiembre de 1997, ratificado en recurso de súplica por el de 19 del mismo mes, no admitir a trámite la declaración de herederos abintestato solicitada por los parientes del cónyuge primeramente fallecido, por entender que el cónyuge premuerto murió con testamento (a favor de su cónyuge) lo que haría imposible el posterior abintestato a favor de sus parientes. Esta resolución judicial fue recurrida y la Audiencia Provincial de Zaragoza, por Auto de 27 de abril de 1998, ordenó seguir adelante el trámite de la declaración de herederos. Así lo hizo el propio Juzgado de Primera Instancia número 7 mediante Auto de 15 de junio de 1998.

También consideraron procedente y necesaria la declaración de herederos abintestato la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 30 de octubre de 1995, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 27 de abril de 1997. Todas las resoluciones judiciales citadas pueden consultarse en [http://www.unizar.es/standum\\_est\\_chartae](http://www.unizar.es/standum_est_chartae).

La misma tesis mantuvo la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 23 de abril de 1986 [RJ 1986\2132].

Los mismos argumentos se pueden esgrimir vigente la LS. En resumen, habrá una declaración de herederos legales o abintestato para los parientes del supérstite y otra declaración de herederos legales o abintestato para los parientes del premuerto. Digo que habrá una declaración de herederos legales para cada grupo de llamados, pero siempre teniendo en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 203.2º LS puede haber varias declaraciones de herederos abintestato en función de la existencia de bienes troncales en el caudal hereditario. Por tanto, para los parientes del supérstite podrá haber una declaración de herederos para los troncales y otra para los no troncales, si existen bienes de esta naturaleza en su caudal. En relación con los parientes del premuerto, haré referencia en el apartado J) e) al estado de la cuestión sobre si cabe que sean llamados parientes a bienes troncales o, en su caso, troncales de abolorio cuando se trata de la herencia del premuerto, aspecto sobre el que no hay unanimidad. Todo ello si no hay contienda que obligue a la interposición de los correspondientes procedimientos judiciales, distintos del expediente de declaración de herederos abintestato o legales.

Finalmente, puede ocurrir que no queden parientes del premuerto con proximidad de grado suficiente para ser llamados cuando fallece el supérstite. Como indicaré en el apartado J) letra c), en este caso no hay llamamiento a la Comunidad Autónoma de Aragón y los últimos incisos de los artículos 80.3, 104.3 y 216.2 establecen que tales bienes quedarán integrados en la herencia del sobreviviente. La no existencia de parientes del premuerto con derecho a heredar también ha de ser acreditada por los parientes del supérstite, como indica el Auto de declaración de herederos abintestato del Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza número 14, de 14 de febrero de 2000 (lo mismo que mantuvo la RDGRN de 23 de abril de 1986 [RJ 1986\2132] ya citada).

Como curiosidad y por lo que respecta al derecho internacional privado, en el Libro Verde de Sucesiones y Testamentos, citado en la letra F de este apartado, se propone la creación del denominado "certificado europeo de heredero", dada la preocupación por que los herederos puedan demostrar sus derechos para poder entrar en posesión de los bienes hereditarios sin necesidad de incoar un procedimiento y dado que la prueba de la condición de heredero se aporta de distintas maneras en los estados miembros de la Unión Europea.

## J) Personas llamadas por la Ley de Sucesiones en los tres preceptos.

En realidad, una vez que nos encontramos en el supuesto de los artículos 80.3, 104.3 y 216.2 LS se trata de aplicar los llamamientos a la sucesión legal previstos en el título VII de la Ley de Sucesiones (artículos 201 siguientes y concordantes), aunque con algunas precisiones. Me refiero al llamamiento a los parientes del premuerto, que tienen una delación a su favor, aunque se produzca en un momento que puede estar muy alejado de la muerte del causante. Parece conveniente diferenciar a este respecto entre los eventuales llamados si se aplican los artículos 80.3 y 104.3 o si se está ante el supuesto del 216.2, ello porque en el supuesto del 216.2 no cabrá tan claramente la posibilidad de plantear la existencia de descendencia del premuerto, a diferencia de los otros dos preceptos en que, aunque no será habitual, teóricamente es posible.

### a) Posibles llamados a la sucesión del premuerto en los supuestos del 80.3 y del 104.3. ¿Se puede llamar, si lo hay, al cónyuge del premuerto?

En la LS, la institución recíproca de herederos tiene como límite, sea en pacto sucesorio, sea en testamento mancomunado los derechos de los legitimarios (también, como indiqué y dado que los instituyentes pueden no ser cónyuges ni parientes entre sí, el usufructo vidual u otros derechos a favor de personas concretas como las parejas de hecho: punto V, letra B, apartado 2).

En Aragón, se trata de la mitad de la herencia a favor de descendientes colectivamente (artículos 171 y siguientes LS). Habiendo descendientes, pudo haber institución recíproca que habrá afectado a la mitad del caudal; fallecido el supérstite, si quedan bienes del premuerto (que tendrán su origen necesariamente, si dejó descendencia cuando falleció, en esa mitad del caudal de libre disposición) es posible el llamamiento a los descendientes que le queden en tal momento. Se aplicarán las reglas de los artículos 206 a 208 LS. El momento a tener en cuenta para la proximidad de grados de parentesco es el del fallecimiento del supérstite y no del premuerto, como indican los artículos 80.3 y 104.3 (“en tal momento”). Se tendrá, en su caso, en cuenta la eventual desheredación con causa legal (194 a 196), exclusión voluntaria (197 y siguientes) y la incapacidad para suceder por causa de indignidad (13 LS), esta última no exclusiva de los descendientes. Se aplicará, conforme proceda en cada caso, la sustitución legal de los artículos 19 y siguientes LS.

Si no hay descendencia, procederá la aplicación de lo dispuesto en los artículos 209 y 210, si hay bienes objeto de recobro de liberalidades; los artículos 211 a 213, si hay bienes troncales simples o troncales de abolorio y los artículos 214, 215, 217, 218 y 219, si no hay parientes troncales que quieran y puedan heredar los bienes; también, en su caso, la sustitución legal de los artículos 19 y siguientes en el recobro de liberalidades (209.2), en la sucesión de colaterales troncal (211.1º) y en la sucesión de colaterales no troncal (217 y 218); siempre teniendo en cuenta que conforme al 20.2 LS sólo tiene lugar la sustitución legal en la línea colateral a favor de descendientes de hermanos del causante (no podrá llegar el llamamiento más allá del cuarto grado de parentesco con el causante y en colaterales de la segunda parentela)<sup>29</sup>. No procede llamar a la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 220), tampoco al Hospital de Nuestra Señora de Gracia (221). La LS

<sup>29</sup> Para los llamamientos a la sucesión legal en la LS, Martínez, María, La Sucesión Legal en el Derecho Civil aragonés, Volumen II, La sucesión legal en la Ley de Sucesiones por causa de muerte, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000. Para la sucesión troncal, además, “La Sucesión Troncal” Actas de los Duodécimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2002, páginas 11 a 64.

llama sólo a los “parientes” y expresamente dice que a falta de tales parientes los bienes quedan integrados en la herencia del sobreviviente (80.3 y 104.3).

Desde 1999 la institución recíproca de herederos puede pactarse y otorgarse en testamento mancomunado por quienes no son cónyuges entre sí; los artículos 80.3 y 104.3 mantuvieron, como hacía el 108.3 de la Compilación (aplicable a quienes sí eran cónyuges) el llamamiento en los bienes del premuerto a sus “parientes”. No creo que en la LS el legislador previera que los eventuales cónyuges de los instituyentes pudiesen quedar excluidos del llamamiento previsto en dichos preceptos. La cuestión no se plantea para el 216.2 LS.

Parece lo más sensato en tales supuestos mantener la procedencia del llamamiento al cónyuge viudo del premuerto, si existe al fallecer el instituido supérstite (que seguramente estará disfrutando el usufructo viudal de la Lrem. 2003); un llamamiento que se hará en los términos del artículo 216 (no si se han iniciado los procesos de separación, nulidad o divorcio o si hay separación de hecho que conste fehacientemente). Sin embargo, es cierto que la Ley es categórica y llama a los “parientes” lo que no deja de ser una objeción.

Puede ser oportuno en una futura reforma, quizás en disposición final de una futura Ley (por ejemplo la que hoy es *anteproyecto de Ley de Derecho de la persona*), como se hizo en la Lrem. para el artículo 221 de la LS o para el 149.3º de la Compilación, incluir en los artículos 80.3 y 104.3, junto al término “parientes” alguna proposición como la siguiente: “o al cónyuge, según el orden de la sucesión legal”. Hay que tener cuidado, si se introduce, de hacerlo en las dos proposiciones de los artículos 80.3 y 104.3, es decir, en la primera y en la última proposición de ambos preceptos, que excluye implícitamente el llamamiento a la Comunidad Autónoma de Aragón y al Hospital de Nuestra Señora de Gracia.

#### **b) Posibles llamados a la sucesión del premuerto en los supuestos del 216.2.**

Es prácticamente seguro que, de aplicarse el llamamiento a parientes del premuerto conforme al 216.2 no habrá descendencia. Con todo, no hay que descartarlo totalmente. Se me ocurren varios casos en que puede haber descendencia del premuerto que no existía cuando él falleció y que sí exista cuando fallezca el cónyuge supérstite que recibió sus bienes por sucesión abintestato.

Si el único descendiente del causante (o todos ellos si son varios), sea o no común con su cónyuge, es indigno para sucederle cuando fallece y no hay ascendientes, cabe que sea llamado su cónyuge a la sucesión legal. Cuando fallece el cónyuge supérstite ha podido tener nueva descendencia el descendiente que fue indigno. En este caso, los descendientes sobrevenidos podrán ser llamados por su propio derecho a la sucesión del premuerto (si son capaces para suceder cuando fallece el supérstite). No se trata de aplicar la sustitución legal (que sí procede en la línea recta descendente a favor del indigno: artículo 23 LS) sino de llamar en el momento del fallecimiento del supérstite a los descendientes del premuerto de grado más próximo conforme a lo dispuesto en los artículos 206 a 208.

Otros supuestos creo que propician las normas del Código civil sobre los efectos del reconocimiento de filiación, y el reconocimiento del ya fallecido, que puede dilatarse en el tiempo como se deduce del artículo 126 del Código civil. La retroacción de los efectos del reconocimiento al momento del fallecimiento del causante progenitor no siempre será posible, pero, reconocida la filiación cuando fallece el supérstite, me parece claro el



derecho a heredar del descendiente conforme al 216.2 en relación con los artículos 206 y siguientes.

Al margen de estos casos, lo más probable es que en el momento de fallecer el cónyuge superviviente y si se aplica el 216.2 LS se deba hacer a favor de parientes colaterales del premuerto y conforme al orden previsto en los artículos 217 a 219; con la debida aplicación de la sustitución legal (20.2 LS) a favor de descendientes de hermanos del premuerto y no más allá del cuarto grado de parentesco con él. En la letra c) haré referencia a la cuestión sobre el llamamiento a los parientes troncales.

Si estos parientes no pueden y quieren heredar, los bienes quedan integrados en la herencia del sobreviviente.

**c) La Comunidad Autónoma de Aragón no es llamada como heredera del primer fallecido: STSJA de 30 de septiembre de 2005.**

Aunque el Libro II de la Compilación no lo indicaba expresamente, lo razonable era interpretar que, de no haber parientes, no procedía llamar a la entidad pública conforme a la típica cláusula de cierre en la intestada, que fue distinta a lo largo de la vigencia del artículo 108.3: primero el estado español y, desde la reforma por Ley 4/1995 de modificación de la Compilación del Derecho civil de Aragón y de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma<sup>30</sup>, a la Comunidad Autónoma de Aragón<sup>31</sup>.

Así lo interpreta para este período aunque a la luz de lo dispuesto en el artículo 216.2 LS, que ya no permite dudar, la STSJA de 30 de septiembre de 2005, que comentará más detenidamente en su coponencia don Javier Sancho Arroyo.

**d) Si no hay parientes del sobreviviente, la LS no llama a heredar sus bienes a los parientes del premuerto.**

Mencioné, como curiosidad, que la Ley sobre sucesión de Islandia prevé al fallecer el cónyuge que heredó bienes abintestato del otro la división de los bienes por mitad para cada una de las familias de ambos. El artículo 6 establece que cuando un cónyuge sobreviviente no tiene ningún heredero en vida en el momento de fallecer, los bienes de éste se adjudicarán a los herederos del cónyuge que murió primero [el resto del precepto, en la letra B)].

Aunque parece una norma razonable, esto no es lo que disponen los artículos 80.3, 104.3 y 216.2. Para la sucesión del sobreviviente, si no hay parientes, procederá el llamamiento a la Comunidad Autónoma de Aragón sobre sus bienes.

e) ¿Procede el llamamiento a la sucesión troncal y troncal de abolorio? Incidencia del artículo 34 Lrem. 2003.

Hay pronunciamientos diferentes de la doctrina y de la jurisprudencia durante la vigencia del artículo 108.3 de la Compilación sobre la posibilidad de considerar que los bienes del premuerto puedan tener la consideración de troncales simples o troncales de abolorio cuando se produce la delación al fallecer el superviviente.

<sup>30</sup> BOA número 43, de 10 de abril de 1995; corrección de erratas en BOA número 50, de 28 de abril y BOE número 101, de 28 de abril de 1995 [los materiales relativos a la elaboración de esta ley se encuentran también publicados en el número 1º del año 1995 de la RDCA, páginas 149 a 162].

<sup>31</sup> Como indiqué en *La sucesión legal...*, cit., volumen II, me parece discutible que se pudiera llamar a la Comunidad Autónoma de Aragón después del Estado español, conforme establecía el artículo 51.2 de la Ley 5/1987, de 2 de abril de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón [BOA nº 40, de 7 de abril y corrección de errores en BOA nº 66, de 8 de junio de 1987].

Quienes opinaron en contra solían apuntar que, dado que los bienes habían pasado de un cónyuge al otro al consumarse la institución recíproca, habían salido ya de la familia y no procedía considerar origen familiar alguno. No me parecen argumentos desatendibles, aunque no los comparto.

En los supuestos del 80.3 y 104.3 los bienes, en efecto, habrán pasado de un cónyuge a otro o de un extraño a otro (hoy no es necesario que sean cónyuges, ni siquiera parientes los instituyentes). Cabría mantener, por ello, que han salido de la familia y que no podríamos aplicar los artículos 212 y 213.1. Sin embargo, creo que la norma nos sitúa, con toda la intención, cuando fallece el supérstite, ante la sucesión del premuerto y, como si no hubiese habido consumación de la institución recíproca a estos efectos. Como si nada hubiese pasado. Fallecidos ambos instituyentes, volvemos al momento inicial y tomamos en consideración los llamamientos a la sucesión legal del premuerto, eso sí, cuando fallece el sobreviviente. Me parece respetuoso con la norma considerar, si es posible, la eventual procedencia familiar de los bienes al causante que no es otro que el premuerto, al que hay que referir todas las cuestiones: parentesco, causas de indignidad, etcétera.

En el supuesto del 216.2 es todavía más inverosímil la existencia de bienes que puedan haber tenido el carácter troncal o troncal de abolorio en el residuo de los bienes del viudo, debido a que los parientes troncales heredan los bienes troncales y troncales de abolorio con preferencia al cónyuge (211 a 213 LS). No obstante, puede haber también superveniencia de parientes troncales cuando fallece el supérstite que no existían cuando falleció el premuerto (en términos similares a lo que planteaba para la indignidad de los descendientes al referirme a los llamados en los artículos 80.3 y 104.3).

Creo que hoy imposibilita todavía más la aplicación de las normas sobre troncalidad lo dispuesto en el artículo 34 de la Lrem. de 2003 que al ocuparse de los bienes de origen familiar en el consorcio conyugal establece: *cuando por cualquier título ingrese en el patrimonio común algún bien procedente de la familia de uno de los cónyuges, se considerará que el bien ha salido de la familia de procedencia y que ningún otro bien o derecho ha adquirido por subrogación su condición de bien de origen familiar*. Para el ingreso en el patrimonio común habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 28 Lrem.

Finalmente, se ha dicho que la norma de los 80.3, 104.3 y 216.2 es una muestra más del principio de troncalidad que inspira el derecho aragonés. No creo que sea troncalidad, porque como he indicado no es fácil que quepa (aun estando a favor de la tesis que propongo) aplicar las normas de la sucesión troncal en estos supuestos. Con todo, es cierto que también se habla de troncalidad en los ordenamientos históricos cuando en la sucesión se atiende, del modo que sea, al origen de los bienes que se encuentran en el caudal del causante y por contraposición a la universalidad de la herencia. Lo importante es que estas afirmaciones no induzcan a confusión: las normas que han de aplicarse son las correspondientes al orden general de la sucesión legal y no sólo al de la sucesión troncal.

#### **f) Deudas del último fallecido.**

Los herederos del primer fallecido sólo son llamados al residuo, si lo hay. El sobreviviente, responde, conforme al artículo 1911 del Código civil, de todas sus deudas. Sólo cuando se hayan deducido las deudas del sobreviviente, podrá plantearse cuál es el caudal relicto y, si en él, existen bienes del premuerto. Los herederos del sobreviviente res-

ponden de las obligaciones del causante conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes LS.

**g) Son llamados como herederos, a título universal.**

Los herederos del premuerto son llamados, en principio, como sucesores a título universal (artículo 4 LS). Los titulares del recobro de liberalidades podrán ser sucesores a título particular por disposición legal (4.2 LS) pues, como he dicho, entiendo que cabe la aplicación de lo dispuesto en los artículos 209 y 210 en el llamamiento a los sucesores del premuerto si existen bienes objeto de recobro en el caudal. Para éstos, únicamente, cabe mantener que no precisan declaración de herederos abintestato (no los menciona el 203.2º LS) y que pueden utilizar la facultad prevista para el legatario de cosa cierta y determinada existente en el caudal prevista en el artículo 164 LS (también la del artículo 162 LS)<sup>32</sup>.

## **XV. JURISPRUDENCIA DE INTERÉS.**

### **A) Resoluciones de Juzgados de Primera Instancia (JPI):**

- \* Sentencia del JPI núm. 2 de Zaragoza, de 18 de mayo de 1994.
- \* Sentencia del JPI núm. 2 de Huesca, de 19 de abril de 1996.
- \* Auto nº 49/96 del JPI número 13 de Zaragoza de 7 de febrero de 1997.
- \* Sentencia del JPI núm. 14, de Zaragoza de 16 de diciembre de 1997.
- \* Auto JPI núm. 7 de Zaragoza, de 15 de junio de 1998.
- \* Auto JPI Monzón de 20 de octubre de 1998.
- \* Auto de declaración de herederos abintestato del JPI núm. 14, de 14 de febrero de 2000.
- \* Auto del JPI núm. 2 de Zaragoza de 19 de marzo de 2002.
- \* Auto del JPI número 1 de Huesca de 29 de septiembre de 2004: resuelve recurso gubernativo del artículo 324 de la Ley Hipotecaria del notario frente a la registradora de la propiedad.

### **B) Resoluciones de Audiencias Provinciales (AP):**

- \* Sentencia APZ, Sección 4ª, de 11 de noviembre de 1990.
- \* Sentencia de la APT número 157/1995, de 30 de octubre de 1995 [Aranzadi Civil, 1995/1903].
- \* Auto de la Sección 2ª APZ de 16 de diciembre de 1995 [Aranzadi Civil 1995/2263].
- \* Auto número 4 de la APH de 24 de enero de 1996.
- \* Auto número 71 de la APH de 2 de diciembre de 1996.
- \* Auto APZ de 27 de abril de 1997.
- \* Auto número 86 de la APH de 17 de noviembre de 1997.
- \* Auto APH, de 18 de julio de 1998.

<sup>32</sup> Sobre la cuestión, Martínez, M., volumen II, páginas 132 y siguientes.

\* Sentencia de la APZ, de 4 de marzo de 1999.

\* Auto de declaración de herederos abintestato de la Sección 4ª, APZ, de 14 de noviembre de 2002.

C) Resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

\* STSJA de 29 de mayo de 1991.

\* STSJA de 20 de junio de 2005.

\* STSJA de 21 de junio de 2005.

\* Auto del Presidente del TSJA de 30 de julio de 2004 (resuelve recurso gubernativo de notario contra calificación negativa de la Registradora de la Propiedad).

\* STSJA de 30 de septiembre de 2005.

D) Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

\* STSJC 28 de octubre de 1991 [<http://civil.udg.es/normacivil/TSJC>].

\* STSJC de 13 de febrero de 2003.

E) Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

\* RDGRN de 23 de abril de 1986 [RJ 1986\2132].

\* RDGRN de 17 de septiembre de 2003 [RJ 2003/6279].

\* RDGRN de 27 de octubre de 2004 [RJ 2004/7807].

## XVI. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

Todas las obras citadas anteriores al año 2002 se pueden consultar en <http://www.bivida.es>.

Acedo, «Notas sobre el agermanamiento o casamiento al más viviente», Segunda Semana de Derecho Aragonés, Jaca, 1943, páginas 197 a 202.

Batalla Carilla, J. L., “De la sucesión paccionada”, en *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión aragonesa de derecho civil*, Librería General, Zaragoza, 1999, en especial, páginas 57 y 58.

Bayod López, C., “La sucesión paccionada en la Ley aragonesa de Sucesiones por causa de muerte (reflexiones y comentarios)”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2000-VI-(nº 1), páginas 37 a 98.

Calatayud Sierra, A., “La institución hereditaria recíproca entre cónyuges sin descendientes. El art. 108.3 de la Compilación: su naturaleza jurídica y efectos en el derecho interespecial”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1996-II-(nº 2), páginas 99 a 111.

Costa Martínez, J., *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, tomo I, en «Obras de Joaquín Costa, 2», Guara, Zaragoza, 1981, páginas 232 a 236.

Cristóbal Montes, A., *La sucesión contractual aragonesa. Comentarios*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1978, páginas 133 a 146.

— «El pacto al más viviente en la Compilación del Derecho civil especial de Aragón», *ADC*, 1980, páginas 389 a 397.

— «Sucesión paccionada y pacto al más viviente», *Foro de Derecho aragonés*, segundos encuentros, Zaragoza, 1992, página 82.

— “Comentario a los artículos 99 a 109”, en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, volumen Tercero, dirigidos por Lacruz y Delgado, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1996.

Delgado Echeverría, J., “El testamento mancomunado aragonés”, *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa. El nou dret sucesori de Catalunya (24 a 26 de setembre de 1992)*, Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU), Universidad de Girona, Barcelona, 1994, páginas 289 a 299.

Enciso Sánchez, J. M., “El testamento de cónyuges aragoneses sin descendencia que desean instituirse herederos el uno al otro”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1996-II- (nº 2), páginas 113 a 128.

García-Arango y Díaz-Saavedra, «Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho del Alto Aragón», *RCDI*, 1967, páginas 1291 a 1339.

García Vicente, F., “Comentario a los artículos 94 a 98”, en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, volumen Tercero, dirigidos por Lacruz y Delgado, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1996, en especial, páginas 216 a 221.

— “Comentario al Capítulo II del Título III de la Ley de Sucesiones”, en *Ley de Sucesiones, Comentarios Breves por los miembros de la Comisión aragonesa de derecho civil*, Librería General, Zaragoza, 1999.

García Vicente, José Ramón, “El testamento mancomunado: razones para la derogación del artículo 669 del Código civil”, <http://www.derechocivil.net/ponencias> (noviembre de 2005).

Kipp, en Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, volumen primero, estudio de Roca Sastre, 2ª edición al cuidado de Badosa Coll y Puig Ferriol, en especial, Bosch, Barcelona, 1976, páginas 359 y siguientes.

Lacruz Berdejo y Albaladejo, *Derecho de Sucesiones. Parte general*, Librería Bosch, Barcelona, 1961.

Lacruz Berdejo, Traducción y anotación al Derecho de sucesiones de Binder. Traducido de la 2ª edición alemana, Labor, Madrid, 1953.

Martín-Ballester y Costea, *La casa en el Derecho aragonés*, Zaragoza, 1944, página 132.

Martínez Martínez, M., *La sucesión legal en el Derecho Civil aragonés. Dos volúmenes. Volumen I: “Antecedentes. La Sucesión Intestada en el Derecho Aragonés Histórico”. Volumen II: “La Sucesión Legal en la Ley de Sucesiones por causa de muerte”*. Edita El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000.

— “La Sucesión Troncal”, *Actas de los Duodécimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2002.

— “Aplicación en el tiempo del llamamiento a la sucesión legal del artículo 216.2 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte de 1999 (Comentario al Auto de Declaración de herederos abintestato del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Zaragoza de 19 de marzo de 2002 y al de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, de 14 de noviembre de 2002)”, *Revista de Derecho civil Aragonés*, 2001-2002, VII-VIII, páginas 251 a 265.

Merino Hernández, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. Albaladejo, tomo XXXIV, volumen 1, Edersa, 1ª edición páginas 246 a 265; y 2ª edición, Madrid, 2002.

Pozuelo Antoni, F. de A., "Aspectos fiscales de los pactos sucesorios", en *Comentarios al código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, tomo XXXIV, volumen 1, Edersa, 2ª edición, Madrid, 2002, en especial, páginas 629 a 632.

Sánchez-Rubio García, «El pacto al más viviente en la Compilación del Derecho civil de Aragón», *Foro de Derecho aragonés*, segundos encuentros, Zaragoza, 1992, páginas 83 a 86.

Sapena Tomás, «El pacto sucesorio en el Alto Aragón», *Revista de Derecho Privado*, 1954, páginas 767 a 774.

— *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón* dirigidos por Lacruz Berdejo, tomo I, DGA, Zaragoza, 1988.

Serrano García, J. A., "La sustitución legal preventiva de residuo: declaraciones de herederos legales y troncalidad (comentario de un caso de pacto al más viviente)", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2000-VI-1.

Solano Navarro, «Mi contribución respecto a la sucesión contractual en el Alto Aragón», *Anuario de Derecho Aragonés*, 1944, página 347.

Varios Autores, *Actas de los Segundos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1992.

— *Actas de los Cuartos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1994.

— *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 2000.

## **TRATAMIENTO FISCAL DE LA INSTITUCION RECIPROCA DE HEREDERO-.**

PILAR PALAZÓN VALENTÍN

Decana del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantil

### **CONSIDERACIONES GENERALES**

Parafraseando a Francisco POZUELO en sus comentarios sobre aspectos fiscales de los pactos sucesorios con motivo de la Ley aragonesa 1/1 999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, podemos decir que la delación mediante pacto presenta dos notas que permiten entender rápidamente la dificultad de su fiscalidad:

a.- de un lado, y casi por definición, el abarcar desde la óptica teórica la totalidad de sus matices es imposible. En un ordenamiento tan proclive a la libertad contractual como el aragonés, cualquier intento de agotamiento de su estudio fiscal o de exageradas generalizaciones es tarea yana.

b.- junto a ello, debe situarse la comparación con el derecho común, que muestra en sus normas un silencio sobre esta materia inversamente proporcional a la importancia que la ley aragonesa le otorga. Al contemplar el legislador fiscal el derecho común como referencia en la construcción del impuesto sucesorio, es fácil entender la ausencia de normas específicas para la sucesión paccionada y la consiguiente dificultad para su liquidación.

En efecto, el artículo 3 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto de Sucesiones y Donaciones establece que constituye el hecho imponible:

- a) la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier título sucesorio
- b) la adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito, intervivos.

Como señala Pozuelo, la mención de la Ley a “otros títulos sucesorios” cuando ya ha citado a la herencia y al legado, plantea su eventual imperfección técnica, cuya posible

explicación podría encontrarse en que intenta incluir el derecho del viudo sobre el patrimonio de su cónyuge, con lo cual el sentido de tal concepto sería puramente civilista. Sin embargo, el desarrollo reglamentario se decanta por diseñar una noción puramente fiscal de título sucesorio.

En efecto, el art. 11 del RD 1629/1991, de 6 de noviembre, establece que, entre otros, son títulos sucesorios, a los efectos de este Impuesto, además de la herencia y el legado, los siguientes;

- a) la donación "mortis causa"
- b) los contratos o pactos sucesorios.

Calificados reglamentariamente como títulos sucesorios se ven subsumidos en el común epígrafe de adquisiciones mortis causa como actos sujetos al tributo, pero posteriormente ya no son objeto de estudio del legislador, debiendo buscarse sus normas de liquidación en las genéricas de las adquisiciones sucesorias.

En principio, este silencio sería entendible desde el punto de vista de que el hecho de que la sucesión se defiera por pacto, testamento o ley, es irrelevante para su exacción. Cuestión distinta es que su escasa regulación está llena de equívocos y que el silencio se extienda a alguno de sus efectos más característicos y diferenciadores de otras formas de delación

En efecto, el PROBLEMA FUNDAMENTAL deriva precisamente de su singularidad, que hace que estas figuras encajen difícilmente en las de Derecho común. Si a esto se le une que LA COMPETENCIA ES ESTATAL: La capacidad o competencia de la CA de Aragón (desde la LO 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las CCAA, LOFCA, y del Estatuto de Autonomía aprobado por LO 8/1982, de 10 de agosto,, pasando por la Ley 10/1983, de 28 de diciembre, de Cesión de Tributos del Estado a las CCAA, por la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, sobre el Régimen General de la citada Cesión de Tributos ,etc.) se restringe a aspectos cuantitativos, como reducciones de la base imponible, tarifas, fijación de cuantía y coeficientes de patrimonio preexistente, gestión y liquidación, pero no alcanza a los aspectos fundamentales, de modo que, en rigor, corresponde al poder legislativo estatal abordar en su caso la reforma de los preceptos legales y reglamentarios que recojan esas especificidades forales.

Con todo, la legislación aragonesa, como veremos posteriormente, dentro de su escasa capacidad normativa, ha intentado dar solución a alguno de los problemas que se plantean.

Ello estaría bien si realmente el Estado se ocupara de la materia de hecho. Pero ¿qué ocurre CON EL SISTEMA LEGAL VIGENTE?

El primer ERROR deriva de confundir los modos de delación con los modos de suceder, como bien distingue la Ley Aragonesa: ésta en su art. 2 establece que la sucesión se defiere por pacto, por testamento o por disposición de la Ley, y en su art. 4 determina que los llamamientos sucesorios pueden realizarse a título universal o particular, pudiendo ser los sucesores por causa de muerte herederos, legatarios o sucesores a título particular por disposición legal . Pozuelo trata, de alguna manera, de justificar o atemperar la crítica a esta redacción entendiendo que lo que la norma trata de hacer no es calificar civilmente los títulos sucesorios sino delimitar el hecho imponible del Impuesto, a través de una delimitación interna en 3 categorías: adquisiciones por causa de muerte, donaciones y seguros de vida, que siguen reglas de liquidación distintas.



El problema es que una vez determinado el hecho imponible, los demás elementos del impuesto (entre ellos el devengo) se establecen distinguiendo entre adquisiciones por causa de muerte y adquisiciones intervivos. Así el art., 24 de la Ley y su correlativo art. 47 del Reglamento establecen que:

a-en las adquisiciones por causa de muerte el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante

b-en las adquisiciones por donación o por otros negocios jurídicos lucrativos e intervivos, en el día en que se cause el acto o contrato.

c-toda adquisición de bienes o derechos, cuya efectividad se halle suspendida por la concurrencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan.

En tal situación, un pacto sucesorio, concertado entre vivos, destinado a regular relaciones jurídicas en función de la muerte de uno de los contratantes, y desconocido en el derecho común, puede crear la duda de qué sistema liquidatorio seguir, si el de las adquisiciones intervivos o el de las mortis causa. La solución de la norma es la de considerarlo una adquisición mortis causa. Pero las peculiaridades forales incorporan tales singularidades que el problema se complica o surge en aquellos casos en que pueda existir transmisión de los bienes antes de la muerte del instituyente. La propia Ley aragonesa, en el mismo artículo 1º, definidor de la sucesión por causa de muerte, lo tiene presente, (véase, por tanto, su importancia) y señala que en los pactos sucesorios algunos efectos de la sucesión mortis causa se anticipan a la muerte del instituyente. Seguramente el legislador estatal no pensaba en este tipo de pactos con efectos de presente, sino en aquellos cuyos efectos se despliegan después del fallecimiento.

## **ESTUDIO DETALLADO DE LA INSTITUCION RECIPROCA DE HEREDERO**

Regulada en los arts. 80 y siguientes de la Ley Aragonesa, como ya hemos visto, los efectos son los previstos para la institución para después de los días, sin plantear, en principio, y quiero recalcar lo de en principio, los problemas que apuntaba hace un momento para la institución de heredero o legatario de presente.

En efecto, la diferencia fundamental con este último es que no hay transmisión de bienes de presente y por lo tanto su liquidación se realizará conforme a las reglas de adquisición mortis causa. Se devenga el hecho imponible en la fecha del fallecimiento del instituyente, se calcula la base imponible en función del caudal hereditario y se aplican las reducciones de la base imponible propias de las adquisiciones mortis causa.

No obstante, como la regulación legal aragonesa plantea VARIOS SUPUESTOS es preciso descender al detalle en cada uno de ellos:

**A.-INEXISTENCIA DE DESCENDIENTES: en este caso, por el fallecimiento del premuerto, el superviviente asume la condición de heredero, y como tal deberá cumplir sus obligaciones fiscales.**

Fallecido el superviviente, los apartados 2 y 3 del art. 80 regulan el destino de los bienes del primer fallecido, según exista o no llamamiento a terceros:

1- Si se previó tal llamamiento, sucederán en los bienes procedentes del primeramente fallecido directamente de éste, como sustitutos de aquél, salvo estipulación en contrario,

2- Si no se previó tal llamamiento, pero el supérstite dispuso de los bienes por cualquier título, la norma fiscal aplicable será la que corresponda al carácter oneroso o gratuito, intervivos o mortis causa, de la adquisición del tercero. La originaria propiedad de tales bienes (atribuible al otorgante premuerto) es irrelevante.

**En este punto tengo que aclarar que esta es la tesis mantenida por la OGA y por POZUELO en su trabajo, que parten de la base de que el llamamiento ha de estar previsto en la propia institución recíproca de heredero. Sin embargo en este momento hay un contencioso en Huesca, que ha motivado una Resolución del TEAR regional de 24 de septiembre de 2004, en la que, no habiéndose previsto en la institución ese llamamiento, el cónyuge supérstite hace testamento a favor de un sobrino del primer causante: la DGA liquida como una base única entre extraños, proveniente de la segunda fallecida, mientras que el recurrente, y así lo confirma el TEAR sostiene que el llamamiento se puede hacer en cualquier momento y que por lo tanto hay que entender que hay dos bases: la proveniente del primer fallecido, con las reducciones correspondientes, y la de la segunda fallecida, puesto que el bien era consorcial.**

3-Si no se previó tal llamamiento, y el supérstite no dispuso de los bienes, los que quedaren procedentes del primeramente fallecido, se deferirán a los parientes llamados, en tal momento, a la sucesión legal de éste, como herederos suyos y sustitutos de aquél

Tanto en este tercer supuesto como en el primero, es decir, cuando se previó el llamamiento, hay que recalcar que se producen unas peculiaridades fiscales: en primer lugar, en cuanto al devengo del Impuesto, puesto que éste, en principio, según el art. 47 del Reglamento se produce el día del fallecimiento del causante. Ahora bien, siendo causante el primer fallecido la adquisición no se produce hasta el fallecimiento del segundo otorgante. Las únicas excepciones son las previstas por el apartado 32 de dicho artículo. Pero en un supuesto como éste, en que es el último fallecimiento el que provoca el llamamiento a la herencia del premuerto, el devengo, y así se actúa en la práctica, debe situarse en el momento en que existe opción para llegar a adquirir. Carece de lógica, y de fundamento jurídico, el situar el devengo en la apertura de la primera sucesión. Tal conclusión, debería ser la aplicable a la fiducia que tiene, sin embargo, y a diferencia de este pacto, una norma fiscal propia.

La otra cuestión, es el parentesco a considerar para aplicar la correspondiente reducción. Aquí la conclusión es clara: la norma civil deja bien claro que se hereda del primeramente fallecido, manteniendo una posición de sustituto respecto del sobreviviente, por lo que el parentesco a considerar es el existente entre el adquirente y el causante del que hereda.

Resultan contradictorios ambos criterios, pero no son sino el reflejo, una vez más, de la problemática que plantea, como he empezado diciendo la aplicación de una legislación estatal a unas instituciones forales cuando no las ha tenido en cuenta el legislador al configurar el Impuesto en sus distintos elementos caracterizadores.

**B.-EXISTENCIA DE DESCENDIENTES: son distintos, a su vez, los supuestos que se plantean y que recoge la norma legal:**

1- Si existiendo descendientes, comunes o no, los otorgantes han establecido disposiciones contemplando tal situación, serán válidas respetando las legítimas. Conforme a tal llamamiento se liquidará también el impuesto.

2- Si sólo sobreviven descendientes del premuerto, y nada se pactó, la institución no surtirá efecto, según establece el art. 81.2 de la Ley aragonesa, con lo cual se liquidará el impuesto correspondiente a los herederos que lo sean.

3-Si sólo sobreviven descendientes comunes, y nada se pactó, el pacto equivale a la concesión al sobreviviente de usufructo universal y vitalicio sobre los bienes del premuerto y de la facultad de distribuir la herencia.

La concesión del **usufructo** se liquidará conforme a las reglas del impuesto para este tipo de derecho, sin más especialidad.

La problemática surge con esa **facultad de distribuir la herencia**, que según POZUELO viene a suponer un **nacimiento ex lege de la fiducia sucesoria**. Literalmente, es cierto, añade, la norma no dice eso, pero es innegable que el efecto central de la fiducia es, precisamente, la facultad de distribuir la herencia. Y aquí es donde empiezan los problemas.

Sin ánimo de ser exhaustiva, puesto que es una materia que ya se ha tratado en este Foro, sí que, sin embargo, es necesario hacer un recordatorio para centrar la situación actual.

El Texto Refundido de los Impuestos de Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales Y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Decreto 1018/1967, de 6 de abril, regulaba en el punto 9 de su artículo 35 la liquidación de la fiducia en los siguientes términos:

“En la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se practique a cargo del cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girará con carácter provisional por igual a todos los herederos cuando no hubiere disposición en contrario. Al formalizarse la institución por el comisario, se girarán las liquidaciones complementarias si hubiese lugar, pero si por consecuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fuesen de cuantía menor que las satisfechas provisoriamente, no habrá derecho a devolución alguna”.

Como señala Joaquín Oria Almudi, el artículo diferenciaba dos momentos, antes y después de ejercitar las facultades fiduciarias.

En un primer momento, se giraba una liquidación a cargo del cónyuge viudo, no como fiduciario, sino como usufructuario legal universal, y esta liquidación en nada se diferenciaba de la que se debía practicar al viudo usufructuario sin facultades fiduciarias. En cuanto al resto del caudal, se giraba una liquidación provisional por partes iguales a todos los herederos. El cumplimiento exacto de esta norma era imposible, pues los posibles beneficiarios de la fiducia (“hijos y descendientes”) son los que existan en el momento del ejercicio de la fiducia, no en el momento del nacimiento de la misma, por lo que podría resultar ser heredero un hijo póstumo del cónyuge premuerto o un nieto nacido años después. En la práctica, la liquidación provisional, se practicaba por partes iguales a los hijos del causante, o a los descendientes sin persona interpuesta.

En un segundo momento, el del ejercicio de las facultades fiduciarias, se practicaban liquidaciones complementarias si uno o varios de los beneficiados recibían más de su parte indivisa correspondiente. Si recibían lo mismo, no había lugar a nuevas liquidaciones, y si recibían menos o nada, no podían pedir la devolución de lo satisfecho. Dejando a un lado lo absurdo de la imposibilidad de pedir la devolución (o más bien

diría lo injustificado, pues no depende de tu voluntad el heredar o no o hacerlo en más o en menos de la cuota que teóricamente te corresponde), norma reiteradamente criticada por los civilistas aragoneses, el artículo no preveía los casos de ejercicios parciales, ni si el valor de los bienes recibidos se computaba al tiempo del fallecimiento o al de recibir los bienes por el ejercicio de la fiducia.

La Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto de Sucesiones y Donaciones configura el impuesto de forma diferente a la anterior y en el art. 1º establece que grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por personas físicas. Es importante recalcar esto, porque va a poner de manifiesto la crítica a la regulación que se va a dar a la fiducia finalmente.

Delimitado así el Impuesto, tiene su lógica consecuencia en el artículo 24 dedicado al **devengo** que para las adquisiciones mortis causa se sitúa en el día del fallecimiento del causante y en las transmisiones lucrativas intervivos en el día en que se cause o se celebre el acto o contrato. Puntualizado esto, el párrafo 3º del citado artículo precisamente, porque grava el incremento patrimonial que se produce para la persona física establece que “toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la existencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan”. En el mismo sentido el art. 47.3 del Reglamento posterior.

Nada estableció la Ley sobre la regulación de la fiducia, por lo que, en un primer momento, y precisamente sobre la base de que el Impuesto gravaba un incremento patrimonial (que se ha de entender como efectivo y no como una mera posibilidad que puede no llegar a concretarse por causas ajenas a la voluntad del contribuyente) se aplazaron las liquidaciones de los posibles beneficiarios de la fiducia al momento de su ejercicio, al amparo del art. 24 de la Ley.

Pero fue el Reglamento aprobado por Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, el que reguló de forma expresa la fiducia aragonesa heredando, en lo esencial la regulación anterior y que tan fuertemente había sido criticada. En efecto, establece el art. 54.8: “En la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se gire a cargo del cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girarán otras, con carácter provisional, a cargo de todos los herederos, con arreglo a sus condiciones de patrimonio y parentesco con el causante y sobre la base que resulte de dividir por partes iguales entre todos la masa hereditaria. Al formalizarse la institución por el comisario se girarán las liquidaciones complementarias si hubiere lugar, pero si por consecuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fueren de menor cuantía que las satisfechas provisionalmente, podrá solicitarse la devolución correspondiente”.

Mantiene, por tanto, el criterio de la liquidación provisional por partes iguales aunque corrige lo injusto de la no devolución y tiene en cuenta los factores correctores de patrimonio preexistente y parentesco. Además deja sin resolver el problema de las ejecuciones parciales.

El propio Francisco POZUELO, al estudiar el tratamiento fiscal de la fiducia entiende que si la norma fiscal decide establecer un régimen especial para la fiducia debería haberse hecho contemplando todas sus posibilidades civiles. No ve como argumento en contra el que la norma sería entonces demasiado casuística, puesto que esta falta de detalle, y también de precisión en algunos casos hace que la situación normativa creada roce el caos.

Se vuelve a poner de relieve la diferencia que hay entre el llamado no aceptante y el que tan sólo tiene una expectativa a ser llamado. Justifica su existencia POZUELO no en anticipar la recaudación tributaria respecto del momento de la aceptación, sino en evitar la prescripción que provocaría una aceptación “tardana” y en no hacer depender de la exclusiva voluntad del contribuyente (manifestable por cada causahabiente en la elección libre del tiempo de la aceptación) el momento en que debe tributarse por una transmisión en la que se ocupa el lugar del adquirente. No se acaban de ver, sin embargo, estos argumentos puesto que no tiene por qué ser de peor condición una herencia con fiducia que otra que no lo sea.

El propio Grupo Parlamentario CHUNTA ARAGONESISTA, presentó una enmienda al Proyecto de Ley de medidas tributarias y administrativas que, como expondré a continuación, regula aspectos de la fiducia previendo que el fiduciario, en los seis meses desde el día del fallecimiento del causante presente declaración escrita en la que consten una serie de datos que permitan conocer a la Administración tributaria la existencia de la situación fiduciaria. Esto se complementa con una obligación similar para los causahabientes en los supuestos de ejecuciones parciales o totales.

**El Parlamento aragonés**, dentro de su escasa capacidad normativa, ha tratado de paliar los efectos de esta regulación a través de sendas leyes, recogiendo el mandato de la Disposición Adicional Unica de la Ley de Sucesiones aragonesa de regular las particularidades fiscales de la sucesión mortis causa en Aragón:

a-Mediante la Ley 13/2000, de 27 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas, que en su art. 1~ regula los beneficios fiscales a aplicar en caso de fiducia. Destaca el que expresamente recoge en su apartado 1 ~ el contenido del art. 133 de la Ley sucesoria aragonesa, citando, además expresamente ese artículo.

Recoge también la posibilidad de satisfacer la liquidación provisional con cargo al propio patrimonio hereditario, aunque exige el consentimiento de todos los sujetos pasivos. incluido, en su caso, el usufructuario y del fiduciario o administrador (en la fiducia colectiva).

Eso si, recalca que estos pagos en ningún caso son carga deducible y que en caso de ejecuciones sucesivas las cantidades detraídas deberán considerarse como bienes integrantes del caudal relicto.

b-Mediante la Ley 26/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas, que regula en su art. II el procedimiento para liquidar las herencias ordenadas mediante fiducia. Destaca aquí que se remite al que tenga la condición legal de heredero conforme a lo previsto en el Título VII de la Ley de Sucesiones aragonesa, con lo cual será de aplicación el art. 204 que recoge el principio de proximidad de grado, despejando dudas y dando rango normativo a la práctica hasta ahora habitual.

Prevé el pago con cargo al caudal relicto de forma individualizada, siempre que se opte por la modalidad de autoliquidación del impuesto y consienta el administrador del patrimonio hereditario.

Estas normas han sido retundidas en el **Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón**, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos, en los arts. 131.4 y 133.2.

Hay que tener aquí en cuenta, como recoge la propia motivación de la Enmienda antes citada, la **Recomendación que el Justicia de Aragón** formuló al Presidente del

Gobierno de Aragón el día 15 de septiembre de 2000 para que en el ejercicio de sus competencias adopte cuantas iniciativas correspondan para que el tratamiento fiscal de la fiducia aragonesa se ajuste a la naturaleza y función de la institución de acuerdo con las previsiones de la Ley aragonesa de Sucesiones y, en consecuencia, no se proceda a la liquidación del impuesto hasta que se produzca el hecho imponible: la ejecución de la fiducia o su extinción.

Más recientemente, la **Sentencia de 21 de abril de 2003**, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, dictada en recurso nº 808/1999, ha declarado que el art. 54.8 del RD 1629/1991, ya mencionado incurre en defectos de diversa índole que determinan su inaplicación por su disconformidad a Derecho; no existen propiamente herederos hasta el momento en que la fiducia se ejercita, contraviene los preceptos legales que le sirven de cobertura (art. 1,3,5 y 24 de la Ley 28/1987), desconoce la naturaleza, contenido y efectos de la fiducia y produce una discriminación por no existir previsiones similares sobre figuras forales análogas. Por todo ello, la citada resolución no sólo estima el recurso contencioso y anula las liquidaciones practicadas, sino que llega a acordar que, una vez que adquiera firmeza, se proceda al planteamiento de la correspondiente **cuestión de ilegalidad** ante el Tribunal Supremo.

Así se planteó y éste resolvió mediante **sentencia de 31 de marzo de 2004**, desestimando la cuestión de ilegalidad planteada declarando válido el art. 54.8 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones por estar ajustado a Derecho, por los siguientes MOTIVOS:

1- Entiende que no se puede aplicar a la fiducia aragonesa el art. 24.3 de la Ley del Impuesto de Sucesiones porque no es ni una condición, ni un término, ni un fideicomiso ni una limitación accesoria semejante. En la fiducia no hay un llamamiento real inicial de los beneficiarios, sino una atribución de facultades al fiduciario para que determine los beneficiarios finales de la herencia del causante.

2-Más dudosamente, el TS entiende que frente al criterio civilista de transmisión de la herencia con la aceptación, el criterio seguido por las normas fiscales es el de que la transmisión se produce con el fallecimiento del causante, y así lo recoge el art. 24 en el devengo. Y digo más dudosamente porque el Impuesto se aplica en los casos de incremento patrimonial y desde luego el legislador no estaba pensando en la fiducia.

3-Entiende el TS que de seguirse el criterio del TSJA, el devengo no se situaría en la realidad del fallecimiento sino en la decisión de los interesados en la herencia al ejecutarse la fiducia ya globalmente ya sucesivamente.

4-Aun reconociendo el TS problemas graves en la regulación reglamentaria de la fiducia, entiende que guarda plena coherencia con el conjunto de la legislación fiscal y que si se retrasara el pago del Impuesto, se producirían problemas de prescripción del tributo por posibles enajenaciones del fiduciario no declaradas a la Hacienda Pública e, incluso, en su caso, graves fraudes fiscales. En cambio, entiende, la liquidación provisional inicial, corregida con la posterior liquidación complementaria, supera la aparente distorsión entre el elemento objetivo del hecho imponible (gravar un incremento lucrativo) y su elemento temporal (gravarlo al tiempo del fallecimiento)

Continúa el TS con su argumentación para acabar, como ya se ha señalado, ajustado a Derecho dicho precepto reglamentario.

Creo que se ha perdido una magnífica oportunidad para haber mejorado la situación de la liquidación de la fiducia, puesto que, declarado inválido el precepto , y por silen-

cio legal, podría haberse dado una solución similar a la anteriormente señalada para la institución recíproca cuando heredan los herederos del primer causante, pues a falta de norma explícita, el ser humano en general y el jurista en particular, siempre confía en que impere el sentido común en la aplicación de las normas, puesto que no hay que olvidar que *summum ius summa iniuria*.





## LA INSTITUCIÓN RECÍPROCA DE HEREDEROS

JAVIER SANCHO ARROYO Y LÓPEZ RIOBOÓ

Abogado

Quiero hacer referencia a dos recientes sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, a las que se ha hecho referencia en la ponencia. Son las de 20 de Junio y 30 de Septiembre de 2005.

1.- En la primera de ellas se estudiaba, básicamente, la posibilidad de aplicar por analogía a las parejas de hecho las normas que regulan la institución recíproca entre cónyuges, o más bien -pues no tiene por qué tratarse de una verdadera institución recíproca, o no en todos los casos- el artículo 123 de la Ley de Sucesiones que regula los efectos de la nulidad, el divorcio y la separación de los cónyuges.

Dicho precepto establece que cuando al fallecer uno de los cónyuges se hubiera declarado judicialmente la nulidad, o decretado el divorcio o la separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ello, no surtirán efecto las disposiciones correspondientes entre los cónyuges, ni las liberalidades contenidas en testamento por uno al otro.

El TSJA entendió que cabía la aplicación analógica de dicha norma y negó eficacia a la disposición testamentaria del premuerto por la que legaba a su pareja el usufructo de determinados bienes. Pero conviene recordar las peculiaridades del supuesto de hecho, así como lo resuelto por la Audiencia en la sentencia que fue recurrida en casación.

Don M.S.A. estaba casado con Doña M.P.P.B., de cuyo matrimonio nacieron cuatro hijos. Los cónyuges se separaron de hecho en 1977, sin que en ningún momento instara ninguno de los cónyuges procedimiento judicial de separación o divorcio.

En el mismo año 1977, Don M.S.A. comenzó una convivencia estable con Doña A.T.N., convivencia que no se oficializó al amparo de la Ley 6/1999, de Parejas Estables no Casadas, ni podía oficializarse porque lo impedía el artículo 4.a) de dicha ley al no haberse extinguido el vínculo matrimonial de Don M.S.A. y Doña M.P.P.B.

El 7 de Abril de 1995, ambos convivientes otorgaron sendos testamentos ante el Notario, en los que nombraba cada uno herederos universales a sus respectivos hijos, legándose el uno a otro el usufructo vitalicio de sus bienes. Se trataba de dos testamentos individuales porque en aquel momento sólo los cónyuges podían testar de mancomún (art. 94.1 de la Compilación).

La convivencia, de puro hecho, entre Don M.S.A. y Doña A.T.N. duró hasta el mes de Junio del año 2000, en que se separaron, siguiéndose un pleito entre ambos sobre la liquidación de la comunidad de bienes creada durante sus 23 años de convivencia.

A finales del año 2002 falleció Don M.S.A. Doña A.T.N. formuló demanda en reclamación de su legado de usufructo, oponiéndose los herederos y formulando reconvencción en súplica de que se declarase la ineficacia del legado.

La sentencia en primera instancia desestimó la demanda principal y estimó la reconvencción por considerar que los testamentos individuales otorgados en 1995 por los componentes de la pareja de hecho contenían disposiciones correspectivas (los mutuos legados de usufructo). El Juzgado aplicaba por analogía la normativa del testamento mancomunado, y en concreto el artículo 97 de la Compilación, vigente en 1995, así como el artículo 123 de la Ley de Sucesiones, entendiéndose que existía analogía entre la separación de hecho de la pareja también de hecho y la separación judicial que contempla dicho precepto.

Apelada la sentencia, la Sección Quinta de la Audiencia la confirmó por la dictada el día 13 de Diciembre de 2004, si bien con argumentos distintos de los contenidos en la sentencia del Juzgado. La Sala entendió que el concepto de correspectividad no se podía tomar en consideración fuera del testamento mancomunado, no solo por la ubicación formal de dicha institución, en el capítulo III del título II del libro II de la Compilación, vigente al tiempo del otorgamiento de los dos testamentos, sino por su naturaleza y efectos, en especial la necesidad de consentimiento del otro testador para revocar o modificar unilateralmente una disposición correspectiva.

Razonaba la Audiencia que el otorgamiento de los dos testamentos individuales constituía un “sucedáneo” de testamento mancomunado, pero que la analogía no se podía entender en el sentido coloquial de parecido o semejanza, sino en el jurídico (“identidad de razón”: art. 4.1 C.c.), sin que cupiera entender que se daba entre la relación more uxorio de Don M.S.A. y Doña A.T.N. y el matrimonio; y ello porque explícitamente lo había dispuesto así el legislador al regular las parejas estables no casadas mediante la Ley 6/99. Entendía pues la Sala que no se podía hablar de testamento mancomunado ni de disposiciones correspectivas entre Don M.S.A. y Doña A.T.N. ni siquiera analógicamente.

Pese a ello, aún no estando ante una disposición correspectiva, entendió la Sala que se estaba ante una liberalidad de Don M.S.A. a favor de Doña A.T.N., a la que le era aplicable el artículo 123 de la Ley de Sucesiones, que consideraba que sí se podía aplicar analógicamente. Por lo tanto, aunque por distinto razonamiento, la sentencia de alzada confirmó la del Juzgado.

Dicha sentencia fue recurrida en casación. En el recurso se reprochaba a la sentencia falta de coherencia interna al haber entendido que no había analogía entre la relación more uxorio de los convivientes y el matrimonio a efectos de negar la existencia de un testamento mancomunado y disposiciones correspectivas y, sin embargo, entender analógicamente aplicable el artículo 123 de la Ley de Sucesiones, también pensado para el

caso de que existiera vínculo patrimonial, señalando en cuanto a dicho precepto, por una parte, que la relación era de puro hecho y, además, que no había un procedimiento judicial de nulidad, separación o divorcio terminado o en trámite, siendo éste un requisito insoslayable para la aplicación del precepto citado.

En la sentencia de casación, que es la ahora comentada de 20 de Junio de 2005, entendió la Sala que aunque no cabía la aplicación analógica de las disposiciones de la Ley 6/99, tampoco podían considerarse las disposiciones testamentarias otorgadas por Don M.S.A. a favor de Doña A.T.N. como si hubieran sido hechas por particulares sin vínculo específico previo alguno, sino precisamente por causa de la relación convivencial existente a la fecha del otorgamiento. La Sala consideró que existía identidad de situación fáctica y relaciones jurídicas en este caso con las previsiones del artículo 123 de la Ley de Sucesiones.

La identidad la hacía radicar la Sala en dos aspectos: por una parte, la constancia de la separación real y efectiva de ambos convivientes y, por otra, la existencia de un procedimiento judicial destinado a resolver las cuestiones económicas surgidas tras la separación. Se equiparaban así en la sentencia la relación convivencial de puro hecho con el matrimonio, y el procedimiento sobre nulidad, separación o divorcio con el pleito seguido entre partes para liquidar las cuestiones económicas pendientes entre ellos.

Esta doble analogía resulta llamativa y por eso se ofrece a la reflexión de los asistentes. Por una parte, tras negar que se pudiera aplicar por analogía a la pareja de puro hecho la Ley sobre Parejas Estables no Casadas, la Sala entendió que cabía la analogía “con la normativa propia de las relaciones patrimoniales entre particulares presididas por las características propias de la relación de pareja, normativa que en el ordenamiento civil aragonés viene constituida principalmente por la Ley 2/03 de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad y, en lo aplicable por partir de la institución matrimonial, por la Ley 1/99, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte”. Es decir, se entendía aplicable analógicamente la regulación del matrimonio, lo cual parece ir mucho más allá de la negada aplicación analógica de la Ley 6/99.

Por otra parte, se entendía satisfecho, también por analogía, el requisito de que existiera un procedimiento judicial de nulidad, separación o divorcio terminado o en trámite, por la existencia de un pleito sobre cuestiones patrimoniales pendientes entre los componentes de la pareja.

2.- La segunda de las sentencias mencionadas, del 30 de Septiembre de 2005, estudia los efectos del pacto al más viviente que regulaba el artículo 108.3 de la Compilación, que era la norma aplicable dadas las fechas en que sucedieron los hechos que dieron lugar al conflicto.

En el caso resuelto por esta sentencia, dos cónyuges, D. Miguel y D<sup>a</sup> María, que no tenían hijos ni descendientes habían establecido en testamento mancomunado un pacto al más viviente. Fallecido el marido en el año 1994, le sucedió su esposa como heredera universal. Fallecida ésta, a su vez, en el año 1996, fueron declarados sus herederos universales dos sobrinos suyos, D<sup>a</sup> Rosario y D. José, por auto recaído en expediente judicial de declaración de herederos ab intestato.

Estos mismos sobrinos promovieron más adelante expediente de declaración de herederos respecto de los bienes de D. Miguel de los que no había dispuesto su viuda. Este expediente se siguió acumuladamente con el promovido por una sobrina carnal del marido premuerto, D<sup>a</sup> Blanca, hija de un hermano de éste, D. Fermín, que había falleci-

do también poco antes. En cuanto a estos bienes fue declarado único y universal heredero D. Fermín, del que era a su vez heredera universal su hija D<sup>a</sup> Blanca.

Como quiera que los bienes que integraban la herencia de D. Miguel y de los que no había dispuesto su viuda por ningún título eran bienes fructíferos y habían sido poseídos por los herederos de la supérstite, lo que se discutía en el pleito que terminó por la sentencia comentada era, en primer lugar, a quien pertenecían los bienes y, en segundo término desde qué momento tenían que abonar sus poseedores los frutos percibidos, si desde el fallecimiento de D<sup>a</sup> María que era su causante o desde que tuvieron conocimiento de que tales bienes le correspondían a D. Fermín y, por tanto, a su hija y heredera D<sup>a</sup> Blanca. La diferencia era de unos siete años.

En la demanda rectora del pleito pedía D<sup>a</sup> Blanca que se declarase que, como única y universal heredera de su padre D. Fermín quien a su vez fue declarado heredero ab intestato de su hermano D. Miguel, era la legítima propietaria de todos los bienes que integraban la herencia de D. Miguel y de los que no había dispuesto su viuda D<sup>a</sup> María, al fallecimiento de ésta. En consecuencia, pedía que se declarase su derecho a tales bienes y a sus frutos e intereses desde el momento del fallecimiento de D<sup>a</sup> María.

Los demandados D<sup>a</sup> Rosario y D. José se opusieron a la demanda y formularon reconvencción solicitando que se condenase a D<sup>a</sup> Blanca a pagarles determinada cantidad. Esta se opuso, a su vez, a la reconvencción.

El Juzgado dictó sentencia estimando la demanda principal y desestimando la reconvencción, con diversos pronunciamientos relativos a los bienes concretos cuya propiedad se reconocía a la actora y al derecho de ésta a la percepción de los frutos y rentas.

Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó en parte estimando parcialmente la demanda principal y la reconvenccional, aunque se mantenía en sustancia el contenido de la sentencia apelada. Uno de los argumentos de la sentencia de apelación consistió en entender que en el supuesto que regulaba el artículo 108.3 de la Compilación en ningún caso podrían pasar los bienes del cónyuge primeramente fallecido a los herederos del segundo, ya que si no hubiera parientes del primero heredaría en último término la Comunidad Autónoma de Aragón por aplicación del artículo 136 de la Compilación, de manera que nunca esos bienes podrían integrar el caudal de la herencia del supérstite.

Contra la sentencia de alzada interpusieron los demandados y reconvinentes recurso de casación, centrándose en éste el debate en torno al momento a partir del cual debían reintegrar a la actora los frutos y rentas producidos por los bienes procedentes de D. Miguel de los que no habría dispuesto el cónyuge supérstite, D<sup>a</sup> María.

La mayor parte de la sentencia de casación se dedica a analizar el sentido del artículo 108.3 de la Compilación, para corregir el criterio establecido por la Audiencia, afirmando que la vigente Ley de Sucesiones, en el inciso final del artículo 216.2, deja clara la cuestión de lo que sucede en estos casos cuando no existen parientes del cónyuge premuerto, ya que dicho precepto establece que en ese caso los bienes quedarán integrados en la herencia del sobreviviente. La sentencia dice que esta norma no supone en realidad un cambio normativo, sino que se limita a hacer explícito el mismo principio contenido en el artículo 108.3 de la Compilación, que responde al principio de troncalidad.

Creo que el criterio del TSJA es correcto, porque el principio básico contenido en el artículo 108.3 es que el sobreviviente hereda los bienes del premuerto. La regla que sigue está, ciertamente, basada en el principio de troncalidad para dar preferencia sobre dichos bienes, al fallecimiento del supérstite, a las personas que hubieran estado llama-

das a suceder al primeramente fallecido, pero nada más. Si no existen estas personas, los bienes quedan definitivamente integrando la herencia del sobreviviente a todos los efectos, por razón del juego normal de la sucesión.

En todo caso, para lo sucesivo la cuestión ha quedado clara con la regulación, más explícita de la Ley de Sucesiones.