

**LA PRIMACÍA DEL SUPÉRSTITE EN LA SUCESIÓN LEGAL EN
INGLATERRA: COMPARATIVA CON LA REGULACIÓN DEL
CÓDIGO CIVIL Y EL DERECHO CIVIL VASCO***

***THE SUPREMACY OF THE SURVIVING SPOUSE OR CIVIL PARTNER
UNDER THE INTESTACY REGIME IN ENGLAND: A COMPARISON
WITH THE SUCCESSION SYSTEMS OF THE SPANISH CIVIL CODE
AND BASQUE CIVIL LAW***

Rev. Boliv. de Derecho N° 35, enero 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 98-125

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco, GIC ITI445-22 sobre 'Persona, familia y patrimonio', del que es investigador principal el Dr. GORKA GALICIA AIZPURUA.



Maitena
ARAKISTAIN
ARRIOLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de diciembre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 15 de diciembre de 2022

RESUMEN: Los profundos cambios experimentados por la institución familiar en las últimas décadas sitúan al cónyuge o pareja estable en el centro de los nuevos modelos familiares, haciendo necesario que nos replanteemos si la protección sucesoria que recibe refleja la posición destacada que ocupa en la familia y en los afectos del causante. En el caso inglés, la respuesta debe ser afirmativa, ya que, en sede de sucesión legal, el cónyuge o pareja recibe un trato tan favorable, que, a menudo, los hijos y descendientes del causante quedan excluidos de su sucesión. Este modelo contrasta con la cobertura sucesoria contemplada para el supérstite en el Derecho civil vasco y, más aún, en el sistema del Código civil. La distancia entre las propuestas de cada ordenamiento refleja la dificultad de encontrar una solución equilibrada que dé respuesta a la situación del supérstite sin desatender a los descendientes vulnerables.

PALABRAS CLAVE: Derecho inglés; Derecho civil español; Derecho civil vasco; sucesión legal; orden de llamamiento; expectativas sucesorias; viudo/a; pareja supérstite.

ABSTRACT: *The changes experienced in recent decades by the family as an institution have placed the spouse or partner at the centre of the new emerging family structures, which makes it necessary to question if the protection afforded to the surviving spouse or partner under succession law, reflects her or his position in the family of the deceased. It certainly does under English law, where the surviving spouse or partner is treated so favourably that, often, the children of the deceased do not receive any part of their parent's inheritance. This approach differs from that envisaged under Basque law and, more so, under the succession system of the Spanish Civil Code. The distance between the different legal schemes reflect the difficulty to strike an appropriate balance in the distribution of the estate between the surviving spouse or partner and the issue of the deceased.*

KEY WORDS: *English law; Spanish civil law; Basque civil law; intestate succession; line of succession; right to inheritance; surviving spouse; surviving partner.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL SUPÉRSTITE EN LA SUCESIÓN LEGAL DEL DERECHO INGLÉS.- 1. Breve apunte histórico.- 2. La Administration of Estates Act: el supérstite en el orden de llamamientos.- 3. Cónyuge versus descendientes: la apuesta del modelo inglés.- III. EL SUPÉRSTITE EN LA SUCESIÓN LEGAL DEL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL Y EL DERECHO CIVIL VASCO.- 1. El supérstite en la sucesión legal del Código civil.- 2. El supérstite en la sucesión legal del Derecho civil vasco.- IV. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

La sucesión legal del Derecho inglés, al igual que ocurre en el sistema del Código civil español y en el Derecho vasco, regula el destino del patrimonio hereditario en caso de que la voluntad del causante fuera inexistente, ineficaz o insuficiente¹. En efecto, estos tres ordenamientos contemplan una sucesión supletoria que, con el fin de evitar que los bienes relictos se conviertan en *res nullius*, prevé un orden de llamamientos sucesorios fijado por ministerio de la ley. La configuración de este orden legal de llamamientos no sólo refleja el intento del legislador de reproducir la voluntad presunta del causante medio, sino también -y crucialmente- el modelo de familia que se ampara e impulsa desde el Derecho de sucesiones².

Efectivamente, el modelo sucesorio diseñado en cada ordenamiento revela el diferente nivel de protección que el legislador otorga a determinadas relaciones familiares dependiendo de si se basan en lazos de parentesco, en el vínculo matrimonial, en una convivencia de hecho -formalizada o no-, en lazos afectivos o en otra relación de dependencia con el causante. Entre los múltiples factores que informan estas decisiones se incluyen, necesariamente, los valores sociales y éticos predominantes en cada momento histórico, que determinan qué entiende la sociedad por familia y qué obligaciones familiares pueden -y en el caso de la sucesión legal, deben- dar lugar a derechos sucesorios. La tarea, de por sí difícil, de diseñar una normativa sucesoria en consonancia con lo que la sociedad demanda, resulta aún más compleja debido a la profunda transformación que ha experimentado la familia desde principios del siglo XX. En la actualidad -al menos en las sociedades occidentales- la familia ya no se identifica con un único modelo, sino que abarca

1 Arts. 46 y 49 de la *Administration of Estates Act 1925* con respecto al ordenamiento inglés, arts. 658 y 913 del Código civil español (CC) y art. 110 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (LDCV).

2 Para un análisis del fundamento filosófico-jurídico de la sucesión intestada ver PÉREZ ESCOLAR, M.: *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 59-89 (con particular atención al cónyuge supérstite en las pp. 85-89).

• Maitena Arakistain Arriola

Abogada en activo especializada en Derecho inglés habiendo trabajado también como *solicitor* tanto en el sector privado (Baker&McKenzie) como público. (abogada del Departamento Jurídico del Gobierno británico: Agencia de Defensa de la Competencia y Ministerio de Defensa). Profesora asociada de Derecho civil de la UPV/EHU desde 2015. Doctora en Derecho con Mención *Cum Laude*. Investigadora del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco, GIC ITI445-22 sobre 'Persona, familia y patrimonio', del que es investigador principal el Dr. Gorka Galicia Aizpuru. Correo electrónico: maitena.arakistain@ehu.es.

una pluralidad de formaciones complejas que dificultan la articulación de normas de carácter general. Tanto en Inglaterra como en España, las antiguas estructuras familiares extensas han dado paso a una familia más reducida, integrada por la pareja fundadora y sus hijos, comunes o de relaciones anteriores, en un contexto en el que cada vez es más habitual que las personas convivan sin casarse y que las que se casan se divorcien y vuelvan a contraer matrimonio o a unirse de hecho³.

En estos nuevos modelos familiares la figura del cónyuge o pareja estable ocupa un primer plano y, sin embargo, el nivel de protección sucesoria que recibe en cada uno de los ordenamientos que analizamos es, como veremos, marcadamente diferente⁴. Existen, sin duda, razones de índole social, cultural y jurídico que influyen en el trato sucesorio que cada ordenamiento dispensa al que fuera compañero del causante, pero, principalmente, la decisión de otorgar mayor o menor cobertura sucesoria al cónyuge viudo o al miembro sobreviviente de una unión extramatrimonial es una decisión de política legislativa. Ante una preocupación común -asegurar al supérstite un estatus sucesorio acorde con su posición en la familia y en los afectos del causante- cada legislador decide qué factores priorizar en su labor legislativa: la protección del patrimonio familiar; la preservación de la situación económica del supérstite, la concurrencia a la sucesión de descendientes comunes y/o de relaciones anteriores, la duración del matrimonio o pareja, la contribución del supérstite a la generación de la riqueza del causante y al bienestar de la familia, etc. Dicho esto, existe un factor al que el legislador inglés ha otorgado especial atención, y cuya repercusión ha aumentado de tal modo en los últimos años, que debería tomarse en consideración en todo proyecto de reforma del Derecho de sucesiones: el notable aumento de la edad media del cónyuge o pareja superviviente, como resultado del aumento de la esperanza de vida⁵. En efecto, no sólo en Inglaterra sino también en el Estado español, el cónyuge o pareja supérstite "tipo" es una mujer de más de 80 años, con unas necesidades residenciales, asistenciales y médicas que irán aumentando con la edad y, por lo tanto, con unos gastos a los que tendrá que hacer frente con sus ahorros y con los ingresos que reciba de su pensión, que, si es pública,

- 3 Con respecto a la transformación del concepto de familia y, consiguientemente, la noción de "obligaciones familiares" a efectos sucesorios, véase FINCH, J.: *Family obligations and social change*, Polity Press, Cambridge, 1989; FINCH, J. y MASON, J.: *Passing on: kinship and inheritance in England*, Routledge, London, 2000. Asimismo, un análisis de los cambios históricos en las concepciones familiares y su plasmación en el sistema de sucesiones del Código civil puede encontrarse en PÉREZ ESCOLAR, M: *El cónyuge supérstite*, cit., pp.114-128.
- 4 Sobre el reconocimiento de la posición del cónyuge o pareja en los nuevos modelos de familia en Inglaterra, ver BURNS, F.: "Surviving spouses, surviving children and the reform of total intestacy law in England and Scotland: past, present and future", *Legal Studies*, vol. 33, núm. 1, 2013, p. 90; CRETNEY, S.: *Family law in the twentieth century: a history*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 478.
- 5 La *Law Commission*, el organismo encargado de proponer reformas legislativas al Parlamento británico, ha llevado a cabo varias consultas y ha publicado detallados informes a lo largo de los años, en los que examina la legislación sucesoria. En concreto, el documento LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law: Distribution on Intestacy*, Documento de consulta Law Com CP 108, 1988, párrafo 4.5; LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law: Distribution on Intestacy*, Informe Law Com No 187, 1989, párrafo 23, se refería ya entonces a la importancia de examinar las circunstancias vitales del cónyuge o pareja supérstite medio.

serán escasos⁶. Es más, siendo mujer, es probable que a lo largo de su vida laboral haya reducido su jornada, en una o más ocasiones, para atender a los cuidados de la familia, con lo que sus contribuciones a la seguridad social también habrán disminuido y, consecuentemente, la pensión que le corresponda será también menor. Ante esta realidad incontestable, la herencia del causante puede utilizarse como complemento de los recursos económicos de esta supérstite anciana para facilitar, si no la total autofinanciación de los cuidados que necesitará en su vejez, al menos una contribución a los mismos. La alternativa pasa por aceptar que el gasto público necesario para sufragar los cuidados de esta creciente parte de la población no sólo va a ir en aumento, sino que va a alcanzar una dimensión difícilmente asumible por la Administración Pública⁷.

Aunque el factor demográfico no es el único al que ha atendido el legislador inglés para diseñar su modelo de sucesión intestada, es innegable que ha sido un elemento decisivo en el desarrollo de una política sucesoria que prioriza la protección del cónyuge o pareja sobreviviente por encima de todos los demás familiares del causante. En marcado contraste, la apuesta del legislador estatal y -aunque en menor grado- también la del legislador vasco, ofrecen al supérstite un estatuto sucesorio notablemente inferior al que se contempla para la viuda o pareja sobreviviente inglesa. Esta diferencia resulta llamativa si observamos que en las tres sociedades de referencia se constata la voluntad del causante, independientemente de su nacionalidad o vecindad civil, de favorecer a su cónyuge o pareja, ofreciéndole un estatuto sucesorio acorde con la convivencia que compartieron.

Sin embargo, un examen más detallado del modelo inglés revela, como veremos a continuación, que la envidiable posición sucesoria del supérstite se logra a costa de desatender los intereses de los hijos y descendientes del causante, independientemente de si son adultos con su vida resuelta o, por el contrario, menores, discapacitados o hijos sólo del causante.

6 La Oficina Nacional de Estadística (ONS) del Reino Unido, prevé que para el año 2034 el veintitrés por cien de la población sobrepasará los sesenta y cinco años y el cinco por cien superará los ochenta y cinco años (Office of National Statistics (UK). Population: aging, fastest increase in the "oldest old". Recuperado de <http://www.statistics.gov.uk/cci/nugget.asp?id=949>). Asimismo, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística (INE), la esperanza de vida de las mujeres en España al nacer en el año 2020 fue de 85,07 años mientras que la de los hombres fue de 79,60 años. Las cifras del último trimestre de 2021 muestran que el número total de viudos y viudas en España ascendió a 2.910.000 personas, de los que 2.342.400 eran mujeres y 575.600 hombres. Es decir, el 80 por ciento de las viudas en España son mujeres. Fuente: <https://www.ine.es>. Ver, en este sentido, VAQUER ALOY, A.: "Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima", *InDret*, 3/2007, pp. 8-11.

7 Se estima que el costo medio de una residencia para ancianos en Inglaterra es de 2 816 libras (3 268 euros) al mes, aumentando a 3 552 libras (4 122 euros) si la residencia está medicalizada (datos actualizados en abril de 2022, obtenidos de <https://www.carehome.co.uk/>). Por lo que se refiere al Estado español, de acuerdo con el informe publicado por inforesidencias.com, el precio medio de una plaza en una residencia geriátrica privada en España en 2021 fue de 1 830 euros al mes, constatándose una marcada diferencia de precios en las diferentes Comunidades Autónomas, con el País Vasco registrando el precio medio más alto, que ascendió a 2 643 euros al mes.

II. EL SUPÉRSTITE EN LA SUCESIÓN LEGAL DEL DERECHO INGLÉS.

Como es sabido, el Reino Unido es un Estado plurinacional en el que no existe un régimen jurídico único para todo el territorio, sino que abarca tres sistemas jurídicos distintos, aplicables, respectivamente, en Inglaterra y Gales, en el Norte de Irlanda y en Escocia. El sistema sucesorio vigente en los dos primeros ordenamientos es prácticamente idéntico, mientras que el escocés se ha desarrollado por líneas diferentes, más afines a los sistemas continentales. Este artículo se ocupa del régimen jurídico aplicable en Inglaterra y Gales, al que se hará referencia de forma conjunta como “Derecho inglés”⁸.

El Derecho inglés pertenece a la tradición del *Common Law*, denominado así en referencia al régimen jurídico común que implantaron los reyes normandos en Inglaterra a partir del siglo XI. Es conocido que las principales fuentes del Derecho inglés moderno son la ley (*statute*) y las sentencias dictadas por los tribunales superiores de justicia (*case law*), razón por la que a menudo se describe como un Derecho desarrollado por los jueces o *judge made law*⁹. Dicho esto, el ámbito del Derecho sucesorio está principalmente regulado por leyes emanadas del Parlamento que, por supuesto, vinculan también a los tribunales. En sede de sucesiones, por lo tanto, la labor de los jueces ingleses es similar a la que ejerce la judicatura en los sistemas continentales, es decir, la interpretación de la norma y su aplicación a las circunstancias concretas del caso¹⁰.

I. Breve apunte histórico.

La ley aplicable a la sucesión intestada en Inglaterra está recogida en la *Administration of Estates Act* (Ley de Administración de Patrimonios) de 1925 que, tras varias reformas, continúa siendo uno de los pilares fundamentales de la normativa sucesoria¹¹. Desde su primera versión, el objetivo principal de la ley fue garantizar que la esposa del causante intestado heredara la mayor parte del caudal

8 Sobre la protección del cónyuge viudo o miembro sobreviviente de la pareja de hecho en la sucesión legal del Derecho escocés ha reflexionado VAQUER ALOY, A.: “Reflexions escoceses sobre la successió intestada del cònjuge o parella estable en el Dret civil de Catalunya”, *Revista catalana de Dret Privat*, vol. 22, 2020, pp. 77-105.

9 El denominado *case law* es elaborado por los jueces de los tribunales superiores (*Supreme Court, Court of Appeal y High Court*) cuyas sentencias constituyen precedentes judiciales vinculantes. Su aplicación se basa en el principio romano de *stare decisis* por el que los casos de naturaleza semejante deben de ser tratados de modo consistente para obtener resultados similares. Las resoluciones de los tribunales superiores vinculan a los inferiores, convirtiendo así la jurisprudencia en fuente del Derecho. Vid. DARBYSHIRE, P.: *English legal system*, Sweet & Maxwell, Londres, 2016, pp. 4-24.

10 Téngase en cuenta, sin embargo, que la interpretación de la ley (*statutory interpretation*) recogida en una sentencia judicial puede ser vinculante si la sentencia es emitida por uno de los tribunales superiores y la interpretación de la norma forma parte de la *ratio decidendi* de la decisión. No siempre es fácil trazar la línea entre la interpretación de la norma y la creación de una nueva norma por parte de los tribunales ingleses. Para una discusión sobre el tema, ver SALES, P.: “Judges and Legislature: values into Law”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 71, núm. 2, 2012, pp. 287-296.

11 La *Administration of Estates Act 1925*, ha sido enmendada por las siguientes leyes: *the Intestates’ Estates Act 1952, the Family Provision Act 1966, the Family Law Reform Act 1969, the Administration of Justice Act 1977*,

hereditario¹². Esta protección a la mujer viuda, más tarde extendida al viudo y, finalmente, también al miembro superviviente de una *civil partnership* o pareja civil, continúa siendo el principio rector de la normativa¹³.

Sin embargo, la viuda inglesa no siempre ha gozado del mismo favor bajo la normativa sucesoria. En la Edad Media, el esquema sucesorio inglés respondía a una ordenación dinástica que favorecía al primogénito varón e ignoraba los derechos de las mujeres, en un sistema diseñado para proteger los intereses de los terratenientes y de las clases aristocráticas¹⁴. De hecho, hasta finales del siglo XIX, la viuda no tuvo prácticamente ningún derecho en la sucesión de su esposo, a la que, además, llegaba sin patrimonio propio, ya que, al contraer matrimonio, todos sus bienes pasaban a ser propiedad de su marido¹⁵. Es fácil imaginar, por lo tanto, la situación de penuria económica en la que quedaban la mayoría de las mujeres tras la muerte de sus esposos. En el siglo XVI, en un intento por mejorar el estatuto sucesorio de la viuda, se le reconoció la llamada *dower*, un derecho de uso y disfrute vitalicio (*life interest*) sobre una tercera parte del patrimonio inmueble del causante (*realty*)¹⁶. Sin embargo, este derecho desapareció a finales

the Family Law Reform Act 1987, the Law Reform (Succession) Act 1995, the Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996, the Civil Partnership Act 2004 and the Inheritance and Trustees' Powers Act 2014.

- 12 CRETNEY, S.: *Family law*, cit., pp. 480-481, observa que la *Administration of Estates Act 1925* estableció el principio, mantenido hasta hoy en día, de protección al supérstite por encima de todos los demás familiares, abandonando la idea de que el patrimonio hereditario, independientemente de su valor económico, debía de repartirse entre el cónyuge sobreviviente y los hijos. De aquí en adelante, se priorizará la protección de la posición sucesoria del viudo, garantizándole una porción en la herencia de su consorte lo suficientemente alta como para asegurar su subsistencia y su permanencia en la vivienda familiar. También en este sentido, CRETNEY, S.: "Intestacy reforms: the way things were, 1952", *The Denning Law Journal*, núm. 9, 1994, p. 36.
- 13 El Derecho inglés reconoce los mismos derechos sucesorios al cónyuge supérstite y al miembro superviviente de la pareja civil registrada, ya sea del mismo o diferente sexo (*civil partnership*). Inicialmente, la *Civil Partnership Act* de 2004 reconoció derechos sucesorios a los miembros de una unión extramatrimonial registrada, sólo si eran del mismo sexo. Ocho años más tarde, la *Marriage (Same Sex Couples) Act* de 2013, legalizó el matrimonio entre personas del mismo sexo en Inglaterra y Gales, incorporándose estas también al concepto de "cónyuge" a efectos de la normativa sucesoria, lo que provocó que se cuestionara la limitación de la *Civil Partnership Act* de 2004 a las parejas del mismo sexo (ver, por ejemplo, GAFFNEY-RHYS, R.: "Same sex marriage but not mixed sex partnership: should the Civil Partnership Act 2004 be extended to opposite sex couples?", *Child and Family Law Quarterly*, núm. 26, 2014, pp. 173-194; DRAGHICI, C.: "Equal marriage, unequal civil partnership: a bizarre case of discrimination in Europe", *Child and Family Law Quarterly*, núm. 29, 2017, pp. 313-338). Finalmente, en 2019, la ley fue reformada por la *Civil Partnership (Opposite-sex Couples) Regulations 2019* extendiéndose su aplicación a las parejas heterosexuales.
- 14 BREMMER, R.H.: "Widows in anglo-saxon England", en *Between poverty and the pyre: moments in the history of widowhood*, (coord. por J. BREMMER y L. VAN DEN BOSCH), Routledge, Londres, 1995, pp. 58-88; BURNS, F.: "Surviving spouses", cit., pp. 85-118; BURNS, F.: "The changing patterns of total intestacy distribution between spouses and children in Australia and England", *UNSW Law Journal*, vol. 36, núm. 2, 2013, pp. 470-513; KERRIDGE, R.: "Intestate succession in England and Wales", en *Comparative Succession Law, Intestate Succession*, (coord. por K. REID, M.J. DE WAAL y R. ZIMMERMANN), Oxford University Press, Oxford, Inglaterra, 2015, pp. 321-348.
- 15 En 1870, la *Married Women's Property Act* por fin reconoció a las mujeres el derecho a disponer del dinero que ganaban con su trabajo, pero este derecho no se extendió a todo su patrimonio hasta la reforma de 1882. Las mujeres aún tendrían que esperar hasta la *Law of Property Act* de 1922 para poder heredar el patrimonio de su marido y de sus hijos intestados y hasta la entrada en vigor de la *Administration of Estates Act* de 1925 para que se les reconocieran los mismos derechos que al hombre para disponer *mortis causa* de su patrimonio.
- 16 Obsérvese, sin embargo, que el marido podía privar a su esposa de la *dower* mediante disposición expresa en su testamento. Ver SAWYER, C. y SPERO, M.: *Succession, wills and probate*, Routledge, Oxford, 2015, p. 4. Por su parte, el viudo tenía derecho a la *curtesy*, que consistía también en un *life interest*, pero en su caso

del siglo XIX, para dar paso a un período durante el que el causante inglés gozó de total libertad para disponer de sus bienes *mortis causa*. En efecto, tras la revolución industrial, se fueron implantando en Inglaterra ideas liberales sobre la propiedad privada y la herencia, que terminaron por proclamar la libertad irrestricta del individuo para disponer de su propiedad, no sólo durante su vida, sino también después de su muerte. Así nació la sobradamente conocida -aunque no del todo cierta- libertad absoluta de testar del causante inglés¹⁷. Aunque indudablemente existió, lo cierto es que dicha libertad sólo fue completamente irrestricta durante un breve período cuya duración oscila, según los expertos, entre cuarenta y siete y cien años¹⁸. Tal y como señala la doctrina local, sería erróneo afirmar que el Derecho inglés ha conocido siglos de libertad absoluta de disposición *mortis causa* y, de hecho, si comparásemos los períodos de libertad y restricción, tendríamos que concluir justamente lo contrario¹⁹. En cualquier caso, es indudable que el sistema sucesorio inglés se fundamenta sobre la idea de la libertad absoluta del causante de disponer de su patrimonio en testamento, sin que existan cuotas o reservas impuestas por la ley²⁰. Sin embargo, dicha libertad de testar no se traduce en una libertad absoluta de disponer *mortis causa*, ya que, desde la entrada en vigor de la *Inheritance (Family Provision) Act* en 1938, sustituida hoy por la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* de 1975, la distribución hereditaria del causante, ya fuera ordenada por testamento o por ministerio de la ley, puede ser alterada *post mortem* en sede judicial. En efecto, si el tribunal considera que la distribución hereditaria no fue justa o razonable, puede disponer una distribución

sobre la totalidad de los bienes de su esposa (arts. 22 y 23 de la *Statute of Distribution 1670*). La situación era diferente cuando los bienes hereditarios eran bienes muebles o *personalty*, en cuyo caso el viudo se quedaba con todos los bienes de su esposa premuerta, mientras que la viuda tenía derecho a una tercera parte de los bienes de su marido en propiedad (no en usufructo) y las otras dos terceras partes pasaban a los hijos. Ver CRETNEY, S.: *Family Law*, cit., pp. 479-480; BURNS, F.: "The changing patterns", cit., p. 473; KERRIDGE, R.: "Intestate succession...", cit., p. 326.

- 17 SLOAN, B.: *Borkowski's Law of Succession*, Oxford University Press (3ª ed.), Glasgow, 2017, p. 15; PROBERT, R.: "Disquieting thoughts: who will benefit when we are gone?", en *Current issues in Succession Law*, (coord. por B. HÄCKER y C. MITCHELL), Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 31-49.
- 18 Un análisis detallado sobre la libertad de testar en Inglaterra y, en concreto, sobre su duración, puede encontrarse en BARRIO GALLARDO, A.: *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 235-260; BARRIO GALLARDO, A.: *La evolución de la libertad de testar en el 'Common Law' inglés*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 287-291, expone las diferentes líneas mantenidas por la doctrina inglesa en relación al tiempo durante el cual existió en Inglaterra una libertad de testar irrestricta. Algunos expertos juristas argumentan que duró un siglo (desde mediados del siglo XIX a mediados del siglo XX), mientras otros afirman que una completa e ilimitada libertad de testar sólo existió en Inglaterra por un lapso de 47 años (desde 1891 a 1938). El civilista español concluye a favor de la segunda línea doctrinal. La misma opinión expresa KERRIDGE, R.: "Libertad de testar en Inglaterra y Gales", en *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, AAVV, (coord. por J. P. MURGA FERNÁNDEZ y C. HORNERO MÉNDEZ), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 239-254. El autor señala que, a pesar de que la libertad de testar fue proclamada por la *Wills Act* en 1837, en realidad existieron restricciones para el traspaso de la tierra por causa de muerte hasta 1891, por lo que sólo a partir de esa fecha puede hablarse de una absoluta libertad de testar.
- 19 GREEN, K.: "The Englishwoman's castle: inheritance and private property today", *The Modern Law Review*, núm. 51, 1988, pp. 190-191
- 20 El art. 3 de la *Wills Act 1837* proclama la libertad absoluta del testador inglés para disponer en su testamento de todos sus bienes, muebles e inmuebles, sin ninguna restricción: "It shall be lawful for every person to devise, bequeath, or dispose of, by his will executed in manner herein-after required, all real estate and all personal estate which he shall be entitled to, either at law or in equity, at the time of his death...".

diferente mediante la asignación de la prestación denominada *family provision*²¹. La normativa de la *family provision* se introdujo en el Derecho inglés a principios del siglo XX, precisamente para dar respuesta a la situación de desamparo en la que quedaban muchas viudas como consecuencia de la libertad irrestricta de sus maridos para, si esa era su voluntad, excluirles de su testamento.

En efecto, la suerte de la viuda inglesa cambió drásticamente a consecuencia de las reformas legislativas introducidas a principios del siglo XX. Las nuevas leyes buscaron adaptar el Derecho a una realidad social que ya no se identificaba con la Inglaterra feudal de los mayorazgos y del heredero único (*the heir*). Así, la viuda fue reconocida por primera vez como heredera legítima de su marido en las primeras reformas legislativas de finales del siglo XIX²². Su estatuto sucesorio se consolidó con la entrada en vigor de la *Administration of Estates Act* de 1925, ley que eliminó la distinción entre hombres y mujeres, pudiendo ahora el viudo acceder a la misma protección que la viuda. Sin embargo, el cambio más significativo introducido por esta ley fue la ubicación del cónyuge en el primer orden legal de llamamientos, por delante de todos los demás familiares, incluidos los hijos y descendientes del causante. Este trato preferente otorgado en la sucesión intestada al cónyuge viudo y, más tarde, también al miembro superviviente de una *civil partnership*, ha sido reforzado en cada una de las reformas introducidas en la ley desde que fuera aprobada hace ya un siglo.

2. La *Administration of Estates Act*: el supérstite en el orden de llamamientos.

Como venimos apuntando, el cónyuge o pareja supérstite recibe un trato difícilmente mejorable en la sucesión legal inglesa. De acuerdo con el art. 46.1(i) de la *Administration of Estates Act 1925*, en caso de concurrir el cónyuge o pareja supérstite a la herencia con cualquier pariente del causante que no sean sus hijos o descendientes, el supérstite recibe la totalidad del caudal hereditario. Dicho de otro modo, el único supuesto en el que la herencia no se adjudica automáticamente al cónyuge o pareja, es si concurre con los hijos o descendientes del causante. En este caso, el supérstite recibe (i) una cantidad de dinero establecida por ley (*statutory legacy*) que actualmente está fijada en 270 000 libras²³, (ii) los objetos

21 Sobre la *Family Provision*, institución que condiciona de manera absoluta tanto la sucesión intestada como la testada, ver, por todos, KERRIDGE, R.: *The Law of Succession*, Sweet and Maxwell, Londres, 2016, pp. 183-238; SLOAN, B.: *Borkowski's*, cit., pp. 263-316.

22 La primera ley que reconoció a la viuda (que no al viudo) como heredera en la sucesión intestada fue la *Intestates Estate Act* de 1890. En palabras de CRETNEY, S.: *Family Law*, cit., p. 480, esta ley marcó un importante cambio en la política legislativa inglesa, posicionando a la mujer viuda, por primera vez, por delante de los parientes del causante y reconociéndole una suma de dinero que le asegurara, en la mayoría de los casos, la permanencia en la vivienda familiar.

23 La cantidad se incrementó de 250 000 libras a 270 000 en 2020 (Anexo IA de la *Administration of Estates Act 1925* y la *Administration of Estates Act 1925 (Fixed Net Sum) Order 2020*). De acuerdo con el art. 46(1A) de la *Administration of Estates Act*, modificado por la *Inheritance and Trustees' Powers Act 2014*, la cantidad asignada al supérstite está exenta de "cargas sucesorias" (*free of death duties*) y se le aplican intereses acumulados desde el momento de la muerte del causante. Las cargas a las que se refiere la ley han quedado limitadas en

personales del causante y, (iii) la mitad del remanente una vez descontados los elementos descritos en (i) y (ii). La otra mitad del remanente se reparte entre los hijos y descendientes²⁴.

La consecuencia de esta norma es que, en la práctica totalidad de los casos, el cónyuge o pareja supérstite recibe la totalidad de la herencia del causante. En efecto, tal y como la *Law Commission* señaló en uno de sus informes, menos del diez por cien de las herencias intestadas en Inglaterra sobrepasan el valor de la *statutory legacy*, por lo que, en el noventa por cien de los casos, el cónyuge o pareja recibe la totalidad de la herencia, mientras que los descendientes -independientemente de si son menores o discapacitados- no reciben nada²⁵. Es cierto que los hijos del causante pueden impugnar la distribución hereditaria bajo la normativa de la *family provision*, pero la protección que reciben en dicha sede es limitada: incluso si consiguen probar que la distribución dispuesta por la ley es irracional o injusta en las circunstancias concretas del caso (cosa relativamente fácil en el caso de los hijos menores o discapacitados, pero extremadamente difícil en el caso de los hijos adultos), la parte de la herencia a la que pueden acceder está limitada a lo mínimo necesario para cubrir sus necesidades vitalicias básicas. Esto se debe a que la *family provision* se calcula en base a un criterio de necesidad y no de legitimidad o merecimiento²⁶, por lo que la parte de la herencia que se le asigne al hijo corresponderá, en cualquier caso, a lo que el juez considere razonable para cubrir sus necesidades alimenticias²⁷.

Para entender por qué la sucesión intestada inglesa es tan favorable al cónyuge o pareja, hay que atender al contexto histórico en el que se originó. Recordemos que el nuevo esquema sucesorio diseñado a principios del siglo XX para la sucesión intestada surgió como respuesta a la demanda social de mejorar

la actualidad al pago del impuesto de sucesiones y el tipo de interés aplicable es el establecido por el Banco de Inglaterra el día del fallecimiento del causante.

- 24 Cuando no hay cónyuge o pareja sobreviviente, los hijos y descendientes reciben la totalidad de la herencia. De acuerdo con el art. 47.1(i) de la *Administration of Estates Act*, los hijos son llamados a partes iguales y, si uno de los hijos del causante le premuere, los hijos del premuerto (nietos del causante) heredan en representación de su padre o madre, en cuyo caso los nietos heredan por estirpes la porción que le hubiera correspondido a su progenitor. A falta de cónyuge o pareja y de hijos o descendientes, son llamados a heredar los parientes del difunto: primero el padre y la madre, a falta de estos, los hermanos y hermanas de doble vínculo y, después, los medio hermanos. En ausencia de los anteriores, suceden los abuelos por partes iguales y, a falta de estos, los tíos y tías de doble vínculo y, finalmente, los medio tíos y tías (art. 46.1 (iii)-(v) de la *Administration of Estates Act 1925*). A falta de cónyuge o *civil partner*, hijos o descendientes y parientes con derecho a heredar, la herencia se adjudica a la Corona en una sucesión denominada *bona vacantia*.
- 25 LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011, párrafo 2.6. Ver también a este respecto, KERRIDGE, R.: "Intestacy reform in 2014: unfinished business", en *Current issues in Succession Law*, coord. por B. HACKER y C. MITCHELL, Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 15-16.
- 26 LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family* (informe), cit., párrafo 1.19.
- 27 El Tribunal Supremo británico expuso con gran detalle en *Ilott v The Blue Cross and Others* [2017] UKSC, 17, el modo en el que los tribunales deben aplicar la normativa de la *family provision* para determinar si la distribución hereditaria fue irracional y, en caso de serlo, para calcular la cuantía de la prestación.

la posición de penuria económica en la que quedaban las mujeres en el siglo XIX cuando sus maridos morían intestados. El legislador inglés construyó entonces una sucesión legal que reconocía a la viuda el derecho a recibir una cantidad de dinero establecida por ley, que tenía prioridad sobre los derechos del, todavía entonces, heredero único²⁸. La intención del legislador fue establecer una *statutory provision* lo suficientemente cuantiosa como para que, en la mayoría de los casos, la viuda pudiera adquirir la propiedad sobre la vivienda familiar, evitando así que, tras perder a su marido, perdiera también su hogar. Un siglo después, y tras numerosos aumentos de la *statutory provision* para mantener la dotación al mismo nivel que el precio medio de la vivienda en Inglaterra, el objetivo del legislador continúa siendo el mismo. Es más, en los pocos casos en los que el cónyuge o pareja no hereda la totalidad del patrimonio, la ley le ofrece otras vías que le facilitan la adquisición de la vivienda²⁹.

Sin duda, la preocupación del legislador por garantizar la titularidad de la vivienda al supérstite condiciona enormemente la normativa sucesoria. Es importante mencionar en este sentido, que, fuera del ámbito del Derecho sucesorio, el Derecho patrimonial inglés también ofrece una vía de protección al cónyuge o pareja supérstite. Dentro de los diferentes modos de ejercer la copropiedad sobre un bien -por ejemplo, la vivienda familiar- el Derecho inglés contempla la *beneficial joint ownership*, cuyas normas establecen que la muerte de uno de los copropietarios causa la extinción automática de su derecho, convirtiéndose el otro -el supérstite en nuestro caso- en titular absoluto del bien³⁰. En estos casos, aparentemente mayoritarios, el cónyuge o pareja copropietario adquiere la vivienda de modo automático tras la muerte del causante, por lo que deja de ser necesario que reciba una *statutory legacy* tan elevada³¹. En su último informe sobre posibles reformas a la sucesión intestada, la *Law Commission* estudió la posibilidad de modificar la asignación del cónyuge o pareja supérstite para tomar en consideración si ejercía la copropiedad de la vivienda como *beneficial joint owner* con el causante. Finalmente, la Comisión concluyó que la aplicación de esta

28 KERRIDGE, R.: "Intestate succession", cit., p. 328.

29 Las opciones incluyen la adjudicación de la vivienda familiar al supérstite en pago de la *statutory legacy*, los objetos personales y la mitad del remanente (art. 41 de la *Administration of Estates Act* de 1925); la posibilidad de requerir que se le atribuya la vivienda que habita en el momento de la muerte del causante toda vez que ésta forme parte del remanente (art. 1(1) del Anexo II de la *Intestates' Estates Act 1952*) y; en ciertas circunstancias, la posibilidad de comprar la vivienda familiar antes de que la herencia sea repartida (art. 5(2) del Anexo II de la *Intestates' Estates Act 1952*). Ver también SLOAN, B.: *Borkowski's*, cit., pp. 29-32; KERRIDGE, R.: *The Law*, cit., pp. 14-15.

30 Para más información sobre los modos de ejercer y registrar la propiedad, consultar la página del Gobierno británico, <https://www.gov.uk/joint-property-ownership>. Ver también, KERRIDGE, R.: *The Law*, cit., pp. 1-2.

31 En 2005, el Ministerio de Justicia británico llevó a cabo una consulta sobre la cantidad en la que debería fijarse la *statutory provision*. MINISTERIO DE JUSTICIA BRITÁNICO, *Administration of Estates: Review of the Statutory Legacy*, Departamento de asuntos constitucionales, Documento de Consulta, CP 11/05, 2005. El informe, originalmente publicado en 2005, fue modificado en 2008. El Anexo III de la versión modificada muestra que el ochenta por cien de las personas que murieron intestadas en Inglaterra en el periodo de referencia de la consulta, compartían la propiedad de la vivienda familiar con su cónyuge o pareja en calidad de *beneficial joint tenants*.

variable introduciría demasiada complejidad en la sucesión legal y no lo recomendó, dejando así pasar la oportunidad de acometer una reforma que hubiera mejorado la expectativa sucesoria de los descendientes sin causar un perjuicio excesivo al supérstite³².

3. Cónyuge versus descendientes: la apuesta del modelo inglés.

Ante un sistema tan sesgado a favor del cónyuge o pareja sobreviviente, es obligado preguntarse si la balanza se ha inclinado tanto a favor del supérstite, que ha terminado por desequilibrar el sistema sucesorio, dejando desprotegidos a otros familiares del causante y, en concreto, a los hijos y descendientes vulnerables. Mientras los derechos sucesorios del cónyuge están perfectamente definidos en la ley, los derechos de los descendientes quedan indeterminados, dependiendo primero de si concurren con el viudo o *civil partner* supérstite y, después, del tamaño de la herencia. Las claves para entender la apuesta de un modelo que no sólo protege, sino que, a menudo, sobreprotege al cónyuge o pareja, se encuentran en los informes sobre la normativa sucesoria realizados por la *Law Commission*.

La política sucesoria inglesa no es casual, ni es el resultado del paso de los años sin que el legislador haya atendido a la necesidad de reformar este ámbito del Derecho. Al contrario, en los últimos años, la *Law Commission* ha llevado a cabo numerosas consultas y ha publicado varios informes en los que somete la normativa sucesoria a un detallado examen. Los informes resultan extremadamente interesantes, no sólo por las reformas que recomendaron, sino también por las que no recomendaron.

En 1989 la *Law Commission* publicó el informe *Family Law: Distribution on Intestacy*³³. Entre otras cosas, el documento analizó el fundamento de la sucesión intestada que describió como el intento del legislador de reproducir la voluntad presunta del testador medio. Para lograr este fin, la Comisión normalmente revisaba cientos de testamentos redactados en condiciones diversas por testadores diferentes³⁴. Sin embargo, en esta ocasión, se realizaron también extensas encuestas, así como consultas a la profesión jurídica, para obtener una información más precisa sobre la opinión de la sociedad al respecto de quién debería beneficiarse en caso de que el causante muera sin otorgar testamento válido³⁵. La opinión pública volvió a sondearse en el año 2009, en previsión de

32 LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family* (informe), cit., párrafo 2.47. La *Law Commission* mantuvo que sus consultas revelaban poco interés en vincular la cantidad de la *statutory legacy* a la titularidad de la vivienda.

33 LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law* (informe), cit.

34 PARLAMENTO BRITÁNICO, *Report of the Committee on the Law of Intestate Succession*, Comité Parlamentario, 1951, Cmnd. 8310, p. 3.

35 LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law* (consulta), cit. Tras considerar la metodología utilizada hasta entonces, la Comisión entendió que la intención presunta del testador medio raramente constituye

otro exhaustivo informe, *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, publicado en 2011³⁶. Los sondeos confirmaron que la mayoría de los consultados favorecían un sistema que beneficiara principalmente al cónyuge o pareja, especialmente si el causante no tenía hijos o descendientes, pero también en caso de que los tuviera, particularmente si eran hijos comunes³⁷. Los niveles de apoyo al supérstite disminuían, sin embargo, cuando los hijos eran sólo del causante. Mientras en el supuesto de concurrencia con hijos comunes los niveles de apoyo a la opción de priorizar la protección del cónyuge o pareja oscilaban entre el setenta y el ochenta por cien, cuando el supuesto se refería al cónyuge o pareja de una segunda o ulterior relación que concurre a la herencia con hijos sólo del causante, menos de la mitad de los encuestados apoyó la opción de priorizar el interés del supérstite sobre el de los hijos, reduciéndose la cifra a menos del cuarenta por cien si los hijos era menores de edad³⁸. Las consultas confirmaron dos cosas: el deseo de la sociedad inglesa de favorecer al cónyuge o pareja sobreviviente en la mayoría de los casos, así como el deseo de que los hijos y descendientes, particularmente si son menores o hijos sólo del causante, también reciban una protección adecuada en la sucesión de su progenitor. La *Law Commission* reflejó la primera conclusión en sus propuestas de reforma, pero ignoró -y continúa ignorando- la segunda.

La Comisión entiende que la normativa de la sucesión intestada debe cumplir dos objetivos: por un lado, debe resultar clara y sencilla de aplicar y, por otro lado, debe garantizar al supérstite un estatuto sucesorio adecuado³⁹. La decisión de proteger, ante todo, al cónyuge o pareja supérstite, emana del convencimiento de

el enfoque adecuado para la sucesión intestada. El testador medio normalmente ha estado casado durante largo tiempo y tiene una idea bien formada de quién debe heredar su patrimonio, así como unas circunstancias propias que se reflejan en su testamento como, por ejemplo, las consideraciones fiscales. Con respecto a estas últimas, la Comisión observó que muchas disposiciones testamentarias, lejos de reflejar la voluntad del testador, simplemente muestran cómo ha ordenado sus bienes para obtener la mayor ventaja fiscal y evitar pagar impuestos sucesorios. Por lo tanto, los testamentos pueden ser indicativos de la voluntad del testador medio, pero no sirven como base única ni principal de la normativa sobre sucesión legítima.

- 36 LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Documento de consulta Law Com CP 191, 2009.
- 37 El 83% de los encuestados opinaron que la herencia debería atribuirse en su totalidad al cónyuge o *civil partner*, si concurría con cualquier pariente excepto hijos o descendientes. En caso de concurrir con hijos comunes mayores de edad, el 51% de los encuestados atribuiría toda la herencia al supérstite y el 29% favorecería al supérstite, pero asignando algo también a los hijos o descendientes. Si los hijos comunes fueran menores de edad, el 50% atribuiría toda la herencia al supérstite, mientras el 26% favorecería al supérstite, pero asignaría algo también a los hijos o descendientes. La preferencia por proteger al cónyuge o pareja sobre los descendientes comunes resultó, por lo tanto, clara. DOUGLAS, G., WOODWARD, H., HUMPHREY, A., MILLS, L. y MORRELL, G.: *Inheritance and the Family: Attitudes to Will-Making and Intestacy*, National Centre for Social Research, 2010, sección 4.1; LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and the Family* (informe), cit., párrafos 2.15-2.78.
- 38 El nivel de apoyo a la opción de atribuir la totalidad de la herencia al supérstite en el caso de las familias reconstituidas (denominadas en el informe de la Comisión "familias no tradicionales") fue del 15% en el supuesto de concurrir con hijos adultos y del 11% con hijos menores. El 31% de los encuestados se mostró favorable a priorizar al supérstite, aunque asignando parte de la herencia a los hijos adultos, mientras que, si los hijos eran menores, sólo el 27% favorecería al supérstite. DOUGLAS, G., WOODWARD, H., HUMPHREY, A., MILLS, L. y MORRELL, G.: *Inheritance and the Family*, cit., sección 4.5; LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family* (informe), cit., párrafos 2.79-2.82.
- 39 LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law* (consulta), cit., párrafos 25 y 26.

que éste es, en la mayoría de los casos, la persona más vulnerable que concurre a la sucesión y, como tal, la más necesitada de protección⁴⁰. Entre el supérstite - una mujer de edad avanzada cuyos ingresos provienen de sus ahorros o de su pensión- y los hijos del causante -generalmente adultos de mediana edad, con recursos económicos suficientes para subsistir sin necesidad de recurrir al patrimonio del causante- el legislador opta por proteger a la primera. Esta decisión, reforzada por la opinión mayoritariamente favorable al supérstite que reflejaron las consultas realizadas en 1989 y 2009, apuntala la política sucesoria inglesa y condiciona absolutamente las normas de su sucesión intestada. De hecho, el legislador se apoya en la voluntad expresada por la sociedad, para diseñar una sucesión intestada que, a menudo, sólo protege al supérstite, al tiempo que ignora el otro deseo, también expresado por la sociedad, de atender al interés de los descendientes vulnerables. Tanto es así que, en 1989, la *Law Commission* recomendó que la totalidad del caudal hereditario fuera atribuido al supérstite en todos los casos, sin matices y sin ajustes. La recomendación no fue aceptada por el Parlamento, precisamente porque no atendía a la situación de los descendientes⁴¹, pero las reformas que eventualmente se introdujeron en la normativa vigente han acabado teniendo un efecto muy parecido a aquella propuesta de “todo para el cónyuge o pareja en todos los casos”.

Ante las críticas que señalan que el sistema actual no refleja la “voluntad presunta” del testador medio porque no prevé una distribución hereditaria adecuada para los hijos y descendientes, la Comisión se ampara en la teoría de la conducción. Es decir, la idea de que los hijos -particularmente los hijos menores o discapacitados- están mejor protegidos cuanto mayor sea la provisión para el supérstite, quien “generalmente se hace cargo de su manutención”⁴². La *conduit theory* sostiene que el cónyuge o pareja sobreviviente actúa como conducto de los bienes del causante, que pasan del finado al supérstite y, tras la muerte de éste, del supérstite a los hijos o descendientes⁴³. De acuerdo con esta teoría, no se les niegan los derechos sucesorios a los hijos, sino que simplemente se posponen⁴⁴. Esta afirmación puede ser acertada en los casos de hijos comunes (y, aun así, no siempre), pero es habitual que no se cumpla cuando los hijos del causante no lo son también del cónyuge o pareja supérstite⁴⁵. Es más, incluso cuando los hijos del

40 LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law* (consulta), cit., párrafo 4.5.

41 El Parlamento británico no se atrevió a adoptar una medida cuya consecuencia directa era privar a los hijos de derechos sucesorios siempre que el cónyuge o pareja sobreviviera al causante. En este sentido, CRETNEY, S.: “Intestacy reforms”, cit., p. 51; BURNS, F.: “The changing patterns”, cit., pp. 487-488; KERRIDGE, R.: “Intestacy reform”, cit., pp. 4-8; O’SULLIVAN, K.: “Distribution of intestate estates in non-traditional families. A way forward?”, *Common Law World Review*, vol. 46, núm. 1, pp. 21-41.

42 LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Family Law* (informe), cit., párrafo 37.

43 En relación a la teoría de la conducción de bienes de padres a hijos, ver KERRIDGE, R.: “Intestate succession”, cit., pp. 337-338; O’SULLIVAN, K.: “Distribution of intestate”, cit., pp. 25-27.

44 O’SULLIVAN, K.: “Distribution of intestate”, cit., p. 26.

45 En relación a esta cuestión, la consulta llevada a cabo en 2009 mostró que, entre las familias reconstituidas, el 36% de los encuestados que habían hecho testamento convivían con los hijos de su pareja, pero solo el

causante lo son también del supérstite, la normativa actual les deja desprotegidos en el caso de que el supérstite se vuelva a casar o forme una pareja civil y muera intestado⁴⁶. Sin embargo, no se ha propuesto ninguna reforma que ofrezca una solución a este problema, sino que, al contrario, con cada reforma el legislador inglés incrementa la protección sucesoria del cónyuge o pareja -a costa de los descendientes- manteniéndose fiel a sus dos objetivos: proteger al supérstite vulnerable y no introducir reformas que compliquen o encarezcan la aplicación del sistema sucesorio.

Sin embargo, la sociedad inglesa es clara en su deseo de que los hijos reciban *mortis causa* parte del patrimonio de sus progenitores. La propia *Law Commission* reconoció que “parece existir un fuerte apego a la idea de que la propiedad debe ser transferida por línea recta descendente a los hijos, nietos, etc.”⁴⁷. La legislación, sin embargo, no refleja esta demanda social y, como venimos señalando, los descendientes que concurren a la herencia con el supérstite, raramente acceden a sus derechos sucesorios. Es cierto que, como ya se ha apuntado, los hijos pueden impugnar la distribución bajo la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, pero ya vimos que sus posibilidades de éxito son escasas y la cuantía a la que pueden acceder limitada, mientras que el costo económico y emocional de interponer una acción judicial que inevitablemente perjudicará a un familiar es extremadamente alto⁴⁸. Como única opción para los hijos, por lo tanto, la jurisdicción de la *family provision* parece profundamente insatisfactoria.

Desde el punto de vista del cónyuge o pareja, sin embargo, la sucesión legal inglesa ofrece una respuesta ajustada a la situación a la que se enfrenta el supérstite del siglo XXI. Como destinataria de todo -o casi todo- el patrimonio hereditario, la supérstite anciana se enfrenta a la etapa posterior a la muerte de su compañero con la tranquilidad de que, al menos, su situación económica se mantendrá inalterada y podrá utilizar el caudal relicto para contribuir a los gastos residenciales y médicos que tenga que afrontar en una sociedad en la que es ya habitual externalizar el cuidado de los mayores y en la que la sanidad pública está cada vez más privatizada.

3% les había incluido en su testamento. DOUGLAS, G., WOODWARD, H., HUMPHREY, A., MILLS, L. y MORRELL, G.: *Inheritance and the Family*, cit., sección 3.2. Un análisis de los resultados del estudio puede encontrarse en DOUGLAS, G., WOODWARD, H., HUMPHREY, A., MILLS, L. y MORRELL, G.: “Enduring love? Attitudes to family and inheritance in England and Wales”, *Journal of Law and Society*, vol. 38, núm. 2, 2011 (para la referencia a los hijos de la pareja del causante, ver p. 268).

46 COOKE, E.: “The law of succession: doing the best we can”, en *Fifty years in family law. Essays for Stephen Cretney*, (coord. por R. PROBERT y C. BARTON), Intersentia Publishing Ltd., Cambridge, 2012, pp. 133-146; KERRIDGE, R.: “Intestacy reform”, cit., pp. 1-29.

47 LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), *Intestacy and Family* (consulta), cit., párrafo 3.50.

48 KERRIDGE, R.: “Libertad de testar”, cit., p. 251, ofrece el ejemplo de una reclamación bajo la normativa de la *family provision* en el que el valor del patrimonio relicto se tasó en siete millones de libras y los costos judiciales ascendieron a dos millones.

III. EL SUPÉRSTITE EN LA SUCESIÓN LEGAL DEL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL Y EL DERECHO CIVIL VASCO.

I. El supérstite en la sucesión legal del Código civil.

En el polo opuesto a la viuda inglesa encontramos a la viuda del sistema del Código civil. El siglo XX trazó caminos muy diferentes para estas mujeres: mientras para la viuda inglesa el siglo pasado supuso el comienzo de una pronunciada y sostenida mejora en su estatuto sucesorio, la viuda del Código civil de 1889 vio sus derechos sucesorios notablemente mejorados con la aprobación de aquella ley, pero su estatuto se ha mantenido prácticamente inalterado desde entonces y dista mucho de alcanzar el régimen preferente del que goza su homónimo inglés.

La transformación social experimentada por la familia en España, así como los modelos de convivencia, vínculos y estructuración de las relaciones paterno-filiales que hoy se reconocen jurídicamente, hubieran sido impensables en 1889. A pesar de esto, exceptuando reformas puntuales, el Código civil continúa aplicando esencialmente el mismo sistema de Derecho sucesorio que concibió el legislador para ordenar la transmisión patrimonial *mortis causa* de la sociedad decimonónica⁴⁹. La mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno, conscientes de los profundos cambios sociales que han afectado al patrimonio y a la familia, han introducido reformas dirigidas a reconocer la importancia del cónyuge tanto en los afectos del finado, como en la generación del patrimonio hereditario del matrimonio. El Derecho inglés es un claro ejemplo de este reposicionamiento del supérstite en la sucesión del causante, pero la misma tendencia a favorecer al cónyuge y, cada vez más, a la pareja estable, se constata también en ordenamientos más cercanos al nuestro como son el francés o el italiano, así como en los Derechos autonómicos⁵⁰. Sin embargo, el Código civil español se ha mantenido al margen de esta corriente reformista.

49 TORRES GARCÍA, T.: "Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)", en *Derecho de Sucesiones, Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Universidad de Murcia, 2006, p. 174, refiriéndose a estas reformas las califica de "erráticas". En el mismo sentido, GALICIA AIZPURUA, G.: "Una propuesta doctrinal de reforma del régimen sucesorio del Código civil español", *Iura Vasconiae*, núm. 17, 2020, p. 318, observa respecto al sistema sucesorio del Código civil que, "cabe aseverar, sin temor a faltar a la verdad, que su sistema y rasgos definitorios no han cambiado en líneas generales". Asimismo, REBOLLEDO VARELA, A. L.: "La actualización del Derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación", en *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, (coord. por A. L. REBOLLEDO VARELA), Dykinson, Madrid, 2010, p. 25, señala que "la estructura básica del modelo familiar a que responde el derecho de sucesiones en el Código civil es esencialmente el mismo que el de 1889. Se puede decir que la familia se estructura exclusivamente en base al parentesco derivado de la filiación (ahora sin distinción entre legítima e ilegítima en el concepto de 1889) y del vínculo matrimonial (ahora no reducido al matrimonio canónico con un matrimonio civil residual), sin contemplarse la posibilidad de otras formas alternativas de convivencia. Por otra parte, la construcción esencial del derecho de sucesiones, con algunos matices, se sigue sustentando en la preexistencia al fallecimiento de un único matrimonio...".

50 Un análisis de la tendencia a mejorar la posición del cónyuge viudo en los derechos extranjeros de nuestro entorno, con particular referencia a Francia, puede encontrarse en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, BOE, Madrid, 2016, pp. 299-308; ver también

En el esquema sucesorio del Código civil los protagonistas indiscutibles son los hijos y descendientes, que desplazan al cónyuge en un esquema sucesorio que, como decíamos, aún evoca las estructuras familiares del siglo XIX⁵¹. A pesar de que también en este ordenamiento la sucesión legal se basa en un orden de llamamientos construido sobre la presunción del destino *post mortem* que el causante medio hubiera dado a su patrimonio si hubiera manifestado su voluntad, la posición que ocupa el cónyuge y, más aún -por su ausencia- la pareja estable, resulta, como poco, llamativa⁵². El orden de llamamientos legales del Código civil coloca al cónyuge supérstite que no esté separado legalmente o de hecho, en tercera posición, después de todos los descendientes del causante y de todos los ascendientes (arts. 943, 944 y 945 CC). En agudo contraste con el Derecho inglés, la posición prioritaria en la sucesión intestada del causante la ocupan sus descendientes, llamándose primero a los hijos y, en su defecto, a los nietos, bisnietos, etcétera (art. 930 CC). Como apunta la doctrina, ningún ordenamiento de nuestro entorno contempla una posición tan poco ventajosa para el cónyuge viudo⁵³.

Es cierto, sin embargo, que, en caso de concurrir a la sucesión con descendientes o ascendientes, el cónyuge no queda totalmente desprotegido, ya que tiene siempre garantizado el derecho a la legítima (el usufructo del tercio de mejora si concurre con descendientes y de la mitad del caudal si concurre con ascendientes). Eso sí, la legítima viudal, garantía del bienestar y subsistencia del cónyuge tras la muerte de su consorte, no se le otorga en propiedad como al resto de legitimarios, sino en usufructo⁵⁴. Es decir, en caso de que los descendientes o ascendientes sean

PEREÑA VICENTE, M.: "La obsolescencia no programada de los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el Código civil español", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 22, 2019, pp. 6-8.

- 51 FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: "La inacabada reforma de la legítima del cónyuge viudo" en *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, (coord. por A. L. REBOLLEDO VARELA), Dykinson, Madrid, 2010, p. 283, señala que "la nueva realidad social española refleja una estructura familiar bien distinta de la que constituyó la referencia del legislador del Código civil en el siglo XIX. La regulación que en materia de Derecho de sucesiones se contiene en nuestro cuerpo legal civil responde a aquel modelo de familia extensa y patriarcal que explica el sentido de muchas instituciones sucesorias y que, por consiguiente, no se adapta bien a los nuevos modelos de familia que van apareciendo en la sociedad actual. Particularmente, (...) ha cambiado mucho la configuración actual del matrimonio y, en cambio, los derechos sucesorios que se atribuyen al cónyuge supérstite siguen siendo, básicamente, los mismos que en décadas pretéritas".
- 52 Para un análisis de las diferentes teorías sobre el fundamento filosófico-jurídico de la sucesión legal, ver PÉREZ ESCOLAR, M.: *El cónyuge supérstite*, cit., pp. 59 y ss.
- 53 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: *La sucesión intestada*, cit., pp. 295-308, tras analizar la posición del supérstite en los Derechos autonómicos y en algunos Derechos extranjeros, afirma que "el Cc. Español constituye el único ordenamiento de nuestro entorno europeo que no reconoce derechos abintestato al cónyuge en concurrencia con descendientes (herederos de primer orden en la práctica totalidad de los ordenamientos mencionados) y es también el único que llama a todos los ascendientes (distintos del padre o madre del causante) con preferencia al cónyuge. Carece de parangón en los principales ordenamientos jurídicos europeos" (pp. 307-308).
- 54 Es cierto que la solución usufructuaria debe de entenderse en el contexto histórico-jurídico en el que se diseñó, esto es, para una sociedad decimonónica en la que la riqueza provenía del patrimonio familiar y conservarla en la familia era una prioridad. Recordemos también la influencia ejercida por la necesidad de aunar las diferentes tradiciones del Derecho de Castilla y los Derechos forales. En este sentido, ver RUBIO GARRIDO, T.: "Problemas actuales en materia de protección cualitativa y cuantitativa de la legítima",

llamados como herederos universales a la sucesión intestada del causante, el único derecho sucesorio que recibe su cónyuge es un derecho limitado al uso y disfrute de parte de la herencia. En mi opinión, la solución usufructuaria es inadecuada como garantía de la protección sucesoria del supérstite, ya que no da acceso a los recursos que va a necesitar en el contexto social al que venimos haciendo referencia⁵⁵. La viuda del siglo XXI no es la viuda, generalmente joven, del Código decimonónico y la cobertura sucesoria que necesita no es el uso y disfrute de ciertos bienes -aun incluyendo la vivienda- sino un derecho en propiedad que le permita capitalizar los bienes hereditarios para acceder a los recursos líquidos que necesite para financiar sus necesidades, dentro o fuera de la vivienda familiar.

Es fácil concluir, por lo tanto, que la posición que el Código civil reserva para el cónyuge en la sucesión intestada de su pareja no refleja el lugar que éste ocupa en la familia del causante⁵⁶. Hace tiempo que los notarios constatan el deseo mayoritario de los causantes de favorecer a su consorte más allá de lo que la normativa actual permite, lo que hace suponer que, a los ojos de la sociedad, el cónyuge alcanza en el orden sucesorio una posición de preeminencia incluso frente a los hijos⁵⁷. Por consiguiente, si el fundamento de la sucesión *ab intestato* es reproducir la voluntad presunta del causante medio, es obvio que existe un desfase entre dicha voluntad y la normativa actual que es necesario acompasar reforzando la participación del cónyuge viudo en la sucesión legal de su consorte⁵⁸.

en *Las legítimas y la libertad de testar, Perfiles críticos y comparados*, (dir. por F. CAPILLA RONCERO, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA y F.J. ARANGUREN URRIZA), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 146-147. El autor se refiere a la legítima usufructuaria como "esa extraña transacción que se hizo con los Derechos forales u otros territoriales distintos del común o de Castilla, para, a la postre, no unificar nada" y señala que en la sociedad actual la solución usufructuaria carece de sentido y ofrece argumentos para concluir que la legítima viudal se debería de concretar en bienes en propiedad olvidándonos "del dichoso usufructo viudal que a los que aplicamos el Derecho civil común tanto no atormenta".

- 55 Con respecto a las limitaciones de la solución usufructuaria en el Derecho catalán, pero extrapolable al usufructo viudal del Código civil, se expresa también VAQUER ALOY, A.: "Reflexions escoceses", cit., pp. 92-93.
- 56 El legislador de 1981 ya reconocía en la Exposición de Motivos de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que "el matrimonio ordinariamente establece entre las personas un vínculo más fuerte que el de sangre y, a su vez, (...) en la sociedad moderna prima la familia nuclear sobre la troncal". En este sentido también, VAQUER ALOY, A.: "Reflexiones sobre", cit., p. 16.
- 57 REBOLLEDO VARELA, A. L.: "La actualización del Derecho", cit., p. 28, describiendo los resultados de una encuesta realizada entre notarios, apunta que el primado conyugal va sustituyendo el primado de los hijos, "que ya no son obligatorios ni imprescindibles" poniéndose el acento en la relación afectiva que une a los cónyuges. El autor añade que "...es claramente mayoritaria (93%), pero no unánime (...), la opinión de que cabe apreciar en los testadores la existencia de un deseo de favorecer económicamente al cónyuge viudo más allá de lo que permiten las normas que protegen las legítimas de los descendientes o ascendientes" (p. 32).
- 58 FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: "La inacabada reforma", cit., p. 291; JIMÉNEZ LIÉBANA, D.: "La mejora de la posición del cónyuge viudo en la sucesión intestada del Código Civil", en *Estudios de derecho de sucesiones. Liber Amicorum*. (dir. por T. F. TORRES GARCÍA, A. DOMÍNGUEZ LUELMO y M.P. GARCÍA RUBIO), La Ley, Las Rozas, 2014, pp. 722-723 apunta, refiriéndose a la voluntad de los testadores, que, "en la realidad social es apreciable el deseo, de acuerdo con lo que se ha venido en llamar 'cultura del envejecimiento' -y una vez cumplidos esos deberes con respecto a los hijos de haberles proporcionado los medios en vida para su autonomía económica y no tengan que depender de la herencia- de mantener el mismo nivel o calidad de vida hasta la muerte (...). No otra cosa se aprecia -y esto sí es de verdad presunción de la voluntad a tener en cuenta

2. El supérstite en la sucesión legal del Derecho civil vasco.

En el caso del Derecho vasco, la viuda y -como en el Derecho inglés, también aquí el miembro sobreviviente de una pareja registrada⁵⁹- recibe un trato sucesorio bastante mejor, aunque sin llegar a la situación, prácticamente inmejorable, del supérstite inglés.

Al igual que en los otros dos ordenamientos, la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco ha diseñado una sucesión legal para el causante de vecindad vasca, basada en su relación de parentesco con ciertos familiares (art. 112 LDCV). No podemos olvidar, sin embargo, que la ley vasca también contempla un régimen especial para el causante vizcaíno, que se configura alrededor de la institución de la troncalidad y que atiende, por lo tanto, no sólo a la relación de parentesco, sino también a la proveniencia de los bienes que, al ser troncales, deben de quedar siempre vinculados a la familia de la que proceden (art. 111 LDCV). La posición del supérstite en el orden de llamamientos legítimos varía, por lo tanto, en función del régimen que resulte aplicable⁶⁰. Atendiendo al régimen general, la ley 5/2015 supuso una mejora importantísima de la posición del cónyuge o pareja en la sucesión intestada, a la que le llama en segundo lugar, inmediatamente después de los descendientes del causante y, por lo tanto, antes que los ascendientes (art. 112 LDCV). Es decir, a falta de descendientes, el cónyuge o pareja superviviente es llamado a la totalidad de la herencia, en calidad de heredero universal (art. 114.1 LDCV). Si concurre con descendientes, el supérstite no es llamado como heredero legal, pero conserva su derecho legitimario al usufructo de la mitad de la herencia, así como el novedoso derecho de habitación en la vivienda familiar introducido por la ley 5/2015.

Por lo que respecta a la legítima viudal, aunque más generosa que la contemplada en el Código civil, su naturaleza usufructuaria limita su utilidad por

por el legislador y no elucubraciones sobre ella en momentos históricos pasados-, en la gran mayoría de disposiciones testamentarias atribuyendo el usufructo de todos los bienes de la herencia al cónyuge”.

59 Disposición Adicional 2ª de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco.

60 En efecto, como señala GALICIA AIZPURUA, G.: “Delación hereditaria y sucesión legal en el País Vasco”, en *Manual de Derecho civil vasco*, (dir. por J. GIL RODRIGUEZ), Atelier, Barcelona, 2016, p. 307, la incidencia del principio de la troncalidad en la organización de la sucesión intestada del causante vizcaíno, hace que sea necesario distinguir dentro del patrimonio hereditario diversas masas de bienes: “una compuesta por los muebles e inmuebles a los que no sea posible imputar ningún origen familiar, que se deferirá conforme al régimen general; y otra u otras integradas por los raíces troncales, en las que necesariamente habrán de suceder los parientes tronqueros.”. El orden de la sucesión legal de los bienes troncales no incluye al cónyuge o pareja (arts. 66 y 111 LDCV), salvo que ostente la cualidad de pariente tronquero respecto del bien en cuestión. Sin embargo, el supérstite no queda totalmente desprotegido en este supuesto, ya que el propio art. 111.1 LDCV expresamente le reconoce sus derechos legitimarios (tanto el usufructo legitimario como el derecho de habitación), matizando que primero recaerán sobre los bienes no troncales, pero que, si estos no existieran o no fueran suficientes, serán satisfechos con bienes troncales. Atendiendo a los profundos cambios experimentados por las dos instituciones sobre las que se fundamenta la troncalidad, el patrimonio y la familia, sería conveniente que, en una posible futura reforma de la institución troncal, se atendiese al desfase que existe entre el lugar central que ocupa el supérstite en la familia moderna, y el trato que recibe en la ley como pariente no tronquero.

las mismas razones que se señalaban en relación a aquélla. En cuanto al nuevo derecho de habitación contemplado en el art. 54 LDCV, parece que se le adjudica al cónyuge o pareja además del usufructo legitimario, como una suerte de plus o añadido⁶¹. Este derecho es la respuesta del legislador vasco a la preocupación compartida por la mayoría de los ordenamientos jurídicos -lo veíamos en la sección relativa al Derecho inglés- por garantizar que la persona que pierde a su pareja, no pierda al mismo tiempo el uso de la vivienda familiar. En efecto, la propuesta del ordenamiento vasco consiste en garantizar que el supérstite pueda continuar usando la vivienda en la que se dio la convivencia matrimonial o *more uxorio*, independientemente de si dicha vivienda es un bien ganancial o privativo del causante⁶² o incluso si se trata de un bien troncal⁶³.

A pesar de la indudable mejora que el nuevo derecho de habitación supone para el cónyuge o pareja, no podemos perder de vista que lo que se garantiza es un derecho “menor” de goce del inmueble ajeno, que sólo confiere la facultad de ocupar la vivienda de acuerdo con las necesidades de alojamiento del titular. El supérstite podrá, por lo tanto, ocupar la vivienda familiar en la medida que le resulte necesario, pero no podrá excluir el uso del propietario. Sin cuestionar su utilidad, sí creo que debemos examinar si la protección que otorga este derecho llega un poco tarde y se queda un poco corta. Y es que, como venimos insistiendo, las necesidades del supérstite actual (y, posiblemente, más aún las del supérstite futuro), no siempre se verán adecuadamente colmadas con un derecho a permanecer en la vivienda familiar. La tendencia a delegar el cuidado de nuestros mayores a instituciones externas a la familia y la cada vez mayor privatización de la salud pública, nos lleva, a velocidades vertiginosas, hacia una situación en la que, más que un derecho a permanecer en la vivienda familiar, lo que el supérstite

61 GALICIA AIZPURUA, G.: “En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal”, *InDret*, núm. 4, 2017, p. 14; también en esta línea, GIL RODRIGUEZ, J.: “La posición del viudo y del conviviente supérstite”, en *Manual de Derecho civil vasco*, (dir. por J. GIL RODRIGUEZ), Atelier, Barcelona, 2016, p. 281.

62 GIL RODRIGUEZ, J., “La posición del viudo”, cit., p. 281. En este sentido, el derecho de habitación de la LDCV es más amplio que el derecho de atribución preferente reconocido al cónyuge viudo en sede de régimen económico matrimonial en el art. 1407 CC, que se limita a la liquidación de la sociedad de gananciales. Igualmente, como señala FERNÁNDEZ DE BILBAO, J.: “El derecho de habitación del viudo en la ley de Derecho civil vasco”, *Boletín Jado de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Jado aldizkaria*, núm. 27, enero-diciembre 2015-2016, p. 478, el derecho de habitación del art. 54 LDCV, al ser de naturaleza sucesoria, supera al previsto en el art. 1407 CC, “que, en Derecho común, permite optar al viudo atribuyéndose a éste la vivienda ganancial a título de derecho de habitación, lo que sin duda aumenta su participación en otros bienes ajenos objeto de adjudicación”.

63 La LDCV guarda silencio acerca de si el derecho de habitación puede o no gravitar sobre una vivienda familiar que ostente naturaleza troncal, pero tal y como señala GALICIA AIZPURUA, G.: “La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio de 2015) de Derecho civil vasco”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2016, p. 106, la respuesta debe ser afirmativa, habida cuenta lo dispuesto en el art. 70.5 LDCV (“la legítima del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho se pagará con bienes no troncales, y solamente cuando éstos no existan, podrá acudir a los troncales en la cuantía que sea necesaria”). Respecto a la conmutabilidad del derecho de habitación que recaiga sobre la vivienda familiar de carácter troncal, a diferencia del criterio general de no conmutabilidad de este derecho, parece que será de aplicación la facultad otorgada a los parientes tronqueros en el art. 70.6 LDCV para conmutar el derecho del viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho. Recordemos, sin embargo, que esta facultad quedará excluida cuando el causante haya dejado al supérstite el usufructo universal del caudal, ya que este derecho no es conmutable.

necesita son activos líquidos que le permitan hacer frente a los gastos derivados de los cuidados que, casi con toda probabilidad, necesitará en su vejez. En este sentido, tal vez hubiera sido recomendable que el derecho de habitación del art. 54 LDCV hubiera sido conmutable, no a instancias de los sujetos a los que grava, pero sí a petición del supérstite, en el supuesto de que sus necesidades vitales se vean mejor satisfechas por otros medios.

IV. REFLEXIONES FINALES.

Los principales rasgos que caracterizan la sucesión legal en los diferentes ordenamientos analizados muestran notables similitudes. Los tres ordenamientos plantean esta sucesión como respuesta a un deber social del causante hacia la familia después de la muerte y la configuran como un intento de reproducir la voluntad presunta del causante medio. A excepción, como apuntábamos, de la troncalidad vizcaína, todos responden a un sistema personal de llamamientos basado en la existencia de un vínculo de parentesco o matrimonial (cuasi-matrimonial en el caso de las parejas registradas) entre el causante y el llamado a la herencia. En este sentido, los tres ordenamientos formulan la sucesión legal en base al mismo concepto tradicional de la familia y lo que cambia -crucialmente- es el orden en el que sus miembros son llamados a participar en la herencia del causante. Este orden de llamamientos refleja el intento del legislador de reproducir la voluntad del causante medio que, como hemos visto, es también bastante similar en las tres sociedades de referencia, a saber, favorecer principalmente al cónyuge o pareja estable y a los hijos o descendientes del causante. La dificultad surge a la hora de determinar cómo distribuir el patrimonio del causante entre estas categorías de herederos.

Como hemos visto, la respuesta de los distintos legisladores ante un panorama similar, es fundamentalmente diferente. En la sucesión legal inglesa el cónyuge o pareja es el primer llamado a la herencia del causante, mientras que los hijos y descendientes sólo son llamados si aún queda remanente en el caudal tras satisfacer los derechos del supérstite. Por el contrario, el Código civil llama al cónyuge -que no al conviviente de hecho- tras todos los descendientes y ascendientes, mientras el Derecho vasco llama al cónyuge o a la pareja registrada en segundo lugar, después de los descendientes, pero antes que los ascendientes. Estas diferencias no se deben sólo a un intento de reflejar lo que el causante hubiera querido en cada caso, sino que responden también a otros factores de política legislativa que informan las decisiones de los legisladores. A lo largo de este artículo se ha hecho especial hincapié en uno de estos factores, la edad media del supérstite, por considerarlo determinante para identificar el interés más necesitado de protección, si no siempre, si en la mayoría de las sucesiones.

En efecto, el hecho indiscutible de que el supérstite “tipo” es una mujer de más de ochenta años, con un nivel de dependencia que va a ir en aumento y cuyo coste deberá financiar con su patrimonio o, si este no es suficiente, con las ayudas públicas que reciba, es un dato que los legisladores no pueden -o, al menos, no deberían- ignorar. En este sentido, considero que el ordenamiento inglés acierta en su empeño por garantizar al cónyuge o pareja sobreviviente la propiedad sobre la mayoría, si no todo, el patrimonio hereditario de su pareja. Esta atribución le garantiza la permanencia en la vivienda familiar si esa es la mejor forma de atender a sus necesidades, pero también le ofrece la posibilidad de vender la vivienda u otros bienes hereditarios, si su situación resulta mejor atendida en una vivienda distinta -tal vez más pequeña o en otra localidad- o incluso fuera del hogar familiar. Por lo tanto, a pesar de las muchas y muy justificadas críticas al trato que reciben los descendientes en el sistema sucesorio inglés, es improbable que el legislador introduzca cambios que reduzcan la atribución hereditaria del supérstite, no sólo porque, en la mayoría de los casos, es la persona más vulnerable que concurre a la sucesión, sino también porque si no puede financiar su vejez con su patrimonio (propio o heredado), este gasto deberá cubrirse con fondos públicos.

Al hilo de lo anterior, tanto el Código civil como -aunque en menor medida- el Derecho vasco, deberían ajustar sus esquemas sucesorios para reflejar el lugar destacado que el supérstite ocupa en los nuevos modelos de familia, garantizándole un estatuto sucesorio que atienda a las circunstancias vitales a las que venimos haciendo referencia. Dicho esto, cualquier reforma que se proponga debe ajustarse a la tradición jurídica del sistema sucesorio que se quiere modificar. En consecuencia, aunque la solución del modelo inglés ofrece un alto nivel de protección al supérstite, una normativa que excluye a los descendientes de manera indiscriminada en la práctica totalidad de los casos, no sería aceptada por las sociedades reguladas por el Código civil y el Derecho vasco. Los hijos del causante, particularmente si son menores o discapacitados, también deben recibir una protección adecuada en la sucesión de su progenitor. En este sentido, la propuesta del legislador vasco de llamar al cónyuge o pareja en segundo lugar, al tiempo que le reserva la legítima usufructuaria y un derecho de habitación en la vivienda familiar en caso de concurrir con descendientes, aunque menos ambiciosa que la solución inglesa, tiene mejor encaje en la sociedad vasca actual que, aunque reclama un sistema sucesorio que proteja al cónyuge o pareja superviviente, no entendería un sistema que excluye a los hijos -particularmente a los hijos vulnerables- de la herencia de sus progenitores.

Una solución que sí podría encajar, particularmente en el Derecho vasco en el que el supérstite ya es llamado por delante de los ascendientes, sería reubicar al cónyuge o pareja en el primer orden de llamamientos, pero no por delante de los hijos y descendientes como en el modelo inglés, sino junto con ellos.

Partiendo de la idea planteada por el legislador inglés de utilizar al supérstite como conducto de los bienes del causante, esta propuesta requeriría formular la sucesión de manera que no se excluya a los descendientes, sino que se posponga su llamamiento hasta después de la muerte del supérstite. En este sentido resulta interesante la sugerencia de VAQUER ALOY de estructurar el llamamiento por medio de un fideicomiso de residuo legal, de modo que el patrimonio pase primero al cónyuge o pareja supérstite (fiduciario legal) y, tras su muerte, a los descendientes (fideicomisarios legales)⁶⁴. La figura tendría que plantearse como un fideicomiso de residuo *eo quod supererit*, con facultad de disponer *inter vivos*, a título oneroso en caso de necesidad, libremente apreciable por el supérstite y sin necesidad de justificar. Esta solución cumple el objetivo de atender a las necesidades del cónyuge o pareja, sin excluir totalmente a los hijos y descendientes. Sin embargo, presenta la dificultad de diseñar el fideicomiso de modo que la expectativa sucesoria de los hijos y descendientes -siquiera la de los vulnerables- sea real y no devenga puramente simbólica como ocurre en el sistema inglés.

En cualquier caso, tal vez no sea tan disparatado plantear la posibilidad de una reforma más radical, que anteponga al cónyuge o pareja a los hijos y descendientes en la sucesión legal del causante. Al fin y al cabo, no olvidemos que cada vez es más común que los progenitores transmitan su patrimonio a los hijos durante su vida, ya sea financiado su educación, contribuyendo a la compra de su primera vivienda, cuidando a los nietos, etc.⁶⁵.

A la vista de este cambio de paradigma, tal vez ha llegado el momento de plantearnos si los hijos -al menos los hijos adultos- aún deben de ocupar un lugar preferente en la sucesión legal del causante. A mi parecer, existen argumentos de peso que aconsejan invertir la posición del supérstite y de los hijos adultos en la sucesión intestada que, recordemos, es supletoria y sólo entra en juego a falta de la voluntad del causante. Atendiendo a las circunstancias familiares a las que venimos haciendo referencia -una supérstite anciana y unos hijos que en el momento de la muerte del causante tienen entre cuarenta y cincuenta años- no parece inconcebible asumir que la voluntad del causante medio sea favorecer a su pareja por encima de sus hijos y descendientes.

64 VAQUER ALOY, A.: *Reflexions escoceses*, cit., *in totum*.

65 En relación al cambio en el sistema de transmisión de la riqueza en las familias, ver VAQUER ALOY, A.: "Reflexiones sobre", cit., pp. 10-11.

BIBLIOGRAFÍA

BARRIO GALLARDO, A:

- *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Dykinson, Madrid, 2012.
- *La evolución de la libertad de testar en el 'Common Law' inglés*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

BREMMER, R H.: "Widows in anglo-saxon England", en *Between poverty and the pyre: moments in the history of widowhood*, (coord. por J. BREMMER y L. VAN DEN BOSCH), Routledge, Londres, 1995.

BURNS, F.:

- "Surviving spouses, surviving children and the reform of total intestacy law in England and Scotland: past, present and future", *Legal Studies*, vol. 33, núm. 1, 2013.
- "The changing patterns of total intestacy distribution between spouses and children in Australia and England", *UNSW Law Journal*, vol. 36, núm. 2, 2013.

COOKE, E.: "The law of succession: doing the best we can", en *Fifty years in family law. Essays for Stephen Cretney*, (coord. por R. PROBERT y C. BARTON), Intersentia Publishing Ltd., Cambridge, 2012.

CRETNEY, S.:

- *Family law in the twentieth century: a history*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- "Intestacy reforms: the way things were, 1952", *The Denning Law Journal*, núm. 9, 1994.

DARBYSHIRE, P.: *English legal system*, Sweet & Maxwell, Londres, 2016.

DRAGHICI, C.: "Equal marriage, unequal civil partnership: a bizarre case of discrimination in Europe", *Child and Family Law Quarterly*, núm. 29, 2017.

DOUGLAS, G., WOODWARD, H., HUMPHREY, A., MILLS, L. y MORRELL, G.:

- "Enduring love? Attitudes to family and inheritance in England and Wales", *Journal of Law and Society*, vol. 38, núm. 2, 2011.

- *Inheritance and the Family: Attitudes to Will-Making and Intestacy*, National Centre for Social Research, 2010.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: "La inacabada reforma de la legítima del cónyuge viudo" en *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, (coord. por A. L. REBOLLEDO VARELA), Dykinson, Madrid, 2010.

FERNÁNDEZ DE BILBAO, J.: "El derecho de habitación del viudo en la ley de Derecho civil vasco", *Boletín Jado de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren Jado aldizkaria*, núm. 27, enero-diciembre 2015-2016.

FINCH, J.: *Family obligations and social change*, Polity Press, Cambridge, 1989.

FINCH, J. y MASON, J., *Passing on: kinship and inheritance in England*, Routledge, London, 2000.

GALICIA AIZPURUA, G.:

- "Delación hereditaria y sucesión legal en el País Vasco", en *Manual de Derecho civil vasco*, (dir. por J. GIL RODRÍGUEZ), Atelier, Barcelona, 2016.
- "En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal", *InDret*, núm. 4, 2017.
- "La nueva legítima vasca (Ley 5/2015, de 25 de junio de 2015) de Derecho civil vasco", *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.5, 2016.
- "Una propuesta doctrinal de reforma del régimen sucesorio del Código civil español", *Iura Vasconiae*, núm. 17, 2020.

GAFFNEY-RHYS, R.: "Same sex marriage but not mixed sex partnership: should the Civil Partnership Act 2004 be extended to opposite sex couples?", *Child and Family Law Quarterly*, núm. 26, 2014.

GIL RODRÍGUEZ, J.: "La posición del viudo y del conviviente supérstite, en *Manual de Derecho civil vasco*, (dir. por J. GIL RODRÍGUEZ), Atelier, Barcelona, 2016.

GREEN, K.: "The Englishwoman's castle: inheritance and private property today", *The Modern Law Review*, núm. 51, 1988.

JIMÉNEZ LIÉBANA, D.: "La mejora de la posición del cónyuge viudo en la sucesión intestada del Código Civil", en *Estudios de derecho de sucesiones. Liber Amicorum*. (dir. por T. F. TORRES GARCÍA, A. DOMÍNGUEZ LUELMO y M.P. GARCÍA RUBIO), La Ley, Las Rozas, 2014.

KERRIDGE, R.:

- "Intestacy reform in 2014: unfinished business", en *Current issues in Succession Law*, coord. por B. HÄCKER y C. MITCHELL, Hart Publishing, Oxford, 2016.
- "Intestate succession in England and Wales", en *Comparative Succession Law, Intestate Succession*, (coord. por K. REID, M.J. DE WAAL y R. ZIMMERMANN), Oxford University Press, Oxford, Inglaterra, 2015.
- "Libertad de testar en Inglaterra y Gales", en *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, AAVV, (coord. por J. P. MURGA FERNÁNDEZ y C. HORNERO MÉNDEZ), Thomson Reuters Aranzadi, 2019.
- *The Law of Succession*, Sweet and Maxwell, Londres, 2016.

LAW COMMISSION (ENGLAND AND WALES), Comisión Legislativa del Parlamento británico para Inglaterra y Gales (<https://www.lawcom.gov.uk>):

- *Family Law: Distribution on Intestacy*, Documento de consulta Law Com CP 108, 1988.
- *Family Law: Distribution on Intestacy*, Informe Law Com No 187, 1989.
- *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Documento de consulta Law Com CP 191, 2009.
- *Intestacy and Family Provision Claims on Death*, Informe Law Com No 331, 2011.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, BOE, Madrid, 2016.

MINISTERIO DE JUSTICIA BRITÁNICO, *Administration of Estates: Review of the Statutory Legacy*, Departamento de asuntos constitucionales, Documento de Consulta, CP 11/05, 2005.

O'SULLIVAN, K.: "Distribution of intestate estates in non-traditional families. A way forward?", *Common Law World Review*, vol. 46, núm. 1.

PARLAMENTO BRITÁNICO, *Report of the Committee on the Law of Intestate Succession*, Comité Parlamentario, 1951, Cmnd. 8310.

PEREÑA VICENTE, M.: "La obsolescencia no programada de los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el Código civil español", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 22, 2019.

PÉREZ ESCOLAR, M.: *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Dykinson, Madrid, 2003.

PROBERT, R.: "Disquieting thoughts: who will benefit when we are gone?", en *Current issues in Succession Law*, (coord. por B. HÄCKER y C. MITCHELL), Hart Publishing, Oxford, 2016.

REBOLLEDO VARELA, A. L.: "La actualización del Derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación", en *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, (coord. por A. L. REBOLLEDO VARELA), Dykinson, Madrid, 2010.

RUBIO GARRIDO, T.: "Problemas actuales en materia de protección cualitativa y cuantitativa de la legítima", en *Las legítimas y la libertad de testar, Perfiles críticos y comparados*, (dir. por F. CAPILLA RONCERO, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA y F.J. ARANGUREN URRIZA), Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

SALES, P.: "Judges and Legislature: values into Law", *The Cambridge Law Journal*, vol. 71, núm. 2, 2012.

SAWYER, C. Y SPERO, M.: *Succession, wills and probate*, Routledge, Oxford, 2015.

SLOAN, B.: *Borkowski's Law of Succession*, Oxford University Press (3ª ed.), Glasgow, 2017.

TORRES GARCÍA, T.: "Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)", en *Derecho de Sucesiones, Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Universidad de Murcia, 2006.

VAQUER ALOY, A.:

- "Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima", *InDret*, 3/2007.
- "Reflexions escoceses sobre la successió intestada del cònjuge o parella estable en el Dret civil de Catalunya", *Revista catalana de Dret Privat*, vol. 22, 2020.

