

# LEY 5/2005, DE 8 DE JULIO, POR LA QUE SE MODIFICAN EL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO: MODIFICACIONES EN DERECHO SUCESORIO

Marta Madriñán Vázquez

Universidade de Santiago de Compostela

## Resumen

El presente artículo aborda el impacto que en Derecho sucesorio ha conllevado la aprobación de la Ley 5/2005, de 8 de Julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio (BOE de 9 de julio de 2005). De un modo sistemático se recogen los cambios introducidos en relación con la legítima del cónyuge viudo, así como la conmutación de la legítima viudal para el caso de que éste concorra exclusivamente con hijos del causante.

## Abstract

Notwithstanding its major purpose, Act 15/2005, enacted in July 8th., has come into force to shed light on some detailed aspects related to that portion of the decedent's estate from which he cannot disinherit his spouse and children 'legitimate'. According to the amendment, this forced share coherently disappears between spouses once a divorce process comes to an end. Furthermore, it fades away the former difference between 'legitimate' and 'illegitimate' children, terms that are used in a provocative manner- when they are the prospective beneficiaries.

**Keywords:** 'legitimate', decedents' state, inheritance, spouses legitimate', equality between 'legitimate' and 'illegitimate' children as beneficiaries

**Sumario:** I. La legítima del cónyuge viudo. II. Conmutación de la legítima viudal

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 (BOE, núm. 163, de 9/07/2005) ni siquiera alude al Derecho de Sucesio-

---

Recibido: 13/03/06. Aceptado: 10/05/06

\* Área de Derecho Civil

nes al no ser esta materia el fin perseguido por ella. Sin embargo, ante los cambios propuestos era preciso también modificar el Derecho sucesorio en lo relativo al menos a los derechos del cónyuge viudo.

La reforma pretende ampliar la libertad de los cónyuges a la hora de solicitar la disolución del matrimonio. El respeto al libre desarrollo de la personalidad previsto por el art. 10.1 de la Constitución justifica reconocer una mayor trascendencia a la voluntad del cónyuge que no quiere continuar unido al otro. Por ello, en el ejercicio de sus derechos, ya no se precisa de una causa determinante del divorcio o la separación sino que éstos dependerán de la voluntad del cónyuge. Consecuentemente la nueva Ley pretende eliminar reminiscencias de la idea de culpa que ya había desaparecido tras la reforma del 81.

Es por ello que esta Ley, que persigue una mayor adecuación a la realidad social de nuestros tiempos, reforzando la libertad de los cónyuges en aras a la disolución del matrimonio, acentúa la incompatibilidad entre determinados preceptos sucesorios y los nuevos cambios. Ello, y la discutida constitucionalidad de determinados artículos, por no respetar la igualdad por razón de nacimiento reconocida en los artículos 14 y 39 CE, ha llevado a que los mismos sean modificados por la presente Ley.

En conclusión, la Ley 15/2005, de 8 de julio, aclara algunos supuestos relacionados con la legítima del cónyuge viudo, suprimiéndola cuando exista separación, tanto legal como de hecho, y aprovecha para dar un tratamiento no discriminatorio a los hijos extramatrimoniales concebidos constante el matrimonio ("adulterinos") en relación con la legítima del cónyuge viudo y la posibilidad de conmutación de la misma cuando concurre con éstos.

## **I. La legítima del cónyuge viudo**

Respecto a la legítima del cónyuge viudo, en primer lugar, la Ley establece ciertos cambios que se adecuan a la eliminación de la culpabilidad como elemento necesario para proceder a la disolución del matrimonio. Realmente, la idea de culpa desapareció ya en la reforma del 81, pues ésta no resultaba necesaria para proceder a la separación y divorcio. Por ello, se hacía necesaria la eliminación de este término, aún vigente en algún precepto del Código Civil, pues su presencia cuestiona la coherencia del sistema.

En relación con este punto, el artículo 834 C.c., queda redactado del siguiente modo: *“El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de este judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a la mejora”*<sup>1</sup>.

La no supresión hasta el momento del vocablo “culpa” se explica por el hecho de que este artículo mantuvo la redacción dada por la Ley de 24 de abril de 1958, de modo que no se ajustó a los cambios producidos en 1981 manteniendo la idea de matrimonio indisoluble en el que era necesaria la culpa para proceder a la separación.

En efecto, el distinto tratamiento que el precepto anterior otorgaba a la legítima viudal, según si la separación matrimonial se consideraba o no culpable, se mantuvo presente en el artículo produciendo una fuente de controversias de difícil solución. Ciertamente, si tras la reforma del 81 la culpabilidad deviene irrelevante por carecer de efectos en la separación, resulta incongruente que este término pueda mantenerse en el artículo 834 C.c.<sup>2</sup>

La aludida falta de coherencia del sistema se ve aumentada por el hecho de que la sucesión intestada del cónyuge viudo, prevista en el art. 945 C.c.<sup>3</sup>, tras la reforma del 81 sí reacciona a la nueva necesidad social excluyendo del llamamiento a la herencia al cónyuge separado judicialmente, independientemente de que resulte o no culpable.

Por todo lo expuesto, se hizo sentir la necesidad de modificación de la norma por parte de la doctrina, pues, si la culpa no tenía efectos en la separación, resultaba incongruente mantener su idea en determinados preceptos, más aún cuando ella había ya desaparecido de la sucesión intestada del viudo.

Fruto también de la conservación de la redacción dada por la Ley del 58, es que no se hubiera incluido en el artículo 834 la separación de

<sup>1</sup> Se suprime así la mención al que el supérstite *“estuviera separado por culpa del difunto”*.

<sup>2</sup> Vid, sobre la posible interpretación superadora de la literalidad del artículo 834 Código Civil, M.P. GARCÍA RUBIO, Prólogo a la obra de A.C. FERREIRA DE SOUSA LEAL, *A Legítima do cónjuge sobrevivivo*, Coimbra, Almedina, 2004.

<sup>3</sup> Artículo 945 C.c.: *“No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviera separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente”*.

hecho. Efectivamente, con anterioridad a la reforma del 81, este tipo de separación era considerada una anomalía siendo necesario, para interrumpir la convivencia matrimonial, el pronunciamiento judicial instado por el cónyuge legitimado para ello siempre y cuando se diera alguna de las causas previstas al efecto por la Ley. Es a partir de esta reforma cuando se reconocen efectos jurídicos a la separación de hecho. Sin embargo, el artículo 834 C.c. no le reconoció efectos excluyentes de la legítima viudal.

Nos encontramos nuevamente con un choque entre el precepto y el artículo 945 C.c., relativo a la sucesión intestada del cónyuge viudo, que ya reformado, prevé la exclusión de llamamiento para el cónyuge separado de hecho. No obstante, el artículo 945 C.c. exigía que la separación de hecho fuera de común acuerdo y constara fehacientemente. De ello se desprende que, faltando ambos requisitos, el cónyuge supérstite sería llamado a la sucesión intestada del causante.

La realidad matrimonial exigía una reforma de la ley dentro de las pautas introducidas por la regulación de 1981 y es esta nueva Ley la que se hace eco de dicha necesidad procediendo a la inclusión de esta situación en el precepto. Asimismo, el artículo 945 C.c., sobre el que en principio no se preveía modificación alguna, resulta cambiado por la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, que entiende con razón, que la separación, tanto judicial como de hecho, priva a los cónyuges de la sucesión testamentaria y de la abintestato<sup>4</sup>. Esta modificación salva el choque existente entre el nuevo artículo 834 y el 945 reconociendo, en ambos tipos de sucesión, plenos efectos jurídicos a la separación de hecho.

En contra de otorgar plenos efectos jurídicos a la separación de hecho, el Grupo Parlamentario Popular presenta la enmienda núm. 84 por la que propone la siguiente redacción del artículo 834 C.c.: *"El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado de éste judicialmente, si concurrir a la herencia con hijos o descendientes tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora"*. Esta propuesta, que no prosperó, la justifica el Grupo Popular en que la dificultad para demostrar la separación de hecho permitiría desheredaciones de hecho, y por tanto, no era conveniente eliminar el derecho del cónyuge viudo cuando exista separación de hecho.

---

<sup>4</sup> Nueva redacción del artículo 945 C.c.: *"No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado judicialmente o de hecho"*.

Sin embargo, el hecho de haber otorgado plenos efectos jurídicos a la separación de hecho no resultaría coherente con la admisión del precepto si se admitiera esta propuesta.

La tercera modificación que se produce en materia de legítima del cónyuge viudo se refiere al artículo 835 C.c. La Ley 15/2005 suprime de la redacción anterior el párrafo primero<sup>5</sup>. Así, tras la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió), el precepto queda redactado del siguiente modo: *“Si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al juzgado que conoció de la separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos”*.

No hay duda alguna que, existiendo separación, ya sea judicial o de hecho, el cónyuge viudo carece de derechos legitimarios respecto al cónyuge causante. La misma solución procedería, por aplicación del artículo 834 C.c., si estuviera presentada demanda de separación pero los cónyuges estuvieran ya separados de hecho. Sin embargo, desaparecido el primer párrafo del artículo 835, debemos plantearnos la siguiente cuestión: existiendo demanda de separación sin previa separación de hecho entre los cónyuges, entonces ¿perderá el cónyuge viudo su derecho a la legítima? Esta duda queda sin respuesta por la nueva redacción dada al precepto.

La acción de separación tiene un carácter personalísimo, de tal suerte que sólo los cónyuges pueden instarla. Por tanto, muerto uno de ellos, ésta habría llegado a su fin. Sin embargo, el párrafo primero del artículo 835 C.c salvaba este carácter personalísimo permitiendo a los descendientes que se vieran afectados en sus derechos legitimarios, seguir adelante con la separación.

Si nos inclinamos por una aplicación de la norma basada en su estricta literalidad, el cónyuge viudo, aún no separado judicialmente, tendría derecho a la legítima del causante y finalizaría el pleito, pues eliminado este párrafo, el carácter personalísimo de aquél, impediría la continuación

---

<sup>5</sup> *“Cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito”*. Esta supresión resulta lógica, ya que si el nuevo artículo 834 incluye además de la separación judicial, la de hecho, resulta irrelevante el haber presentado o no demanda. En efecto, razón *sine qua non* para que el cónyuge viudo tenga derechos sucesorios es que no se encuentre separado, independientemente de la forma de separación por la que haya optado.

del mismo. En la práctica no será muy común este problema, ya que, aunque no siempre sea así, lo habitual es que presentada la demanda de separación, los cónyuges se encuentren con anterioridad a la demanda de separación separados de hecho.

Frente a la supresión del párrafo primero, la reforma mantiene el segundo párrafo aunque lo modifica adecuándolo así a los requisitos establecidos por el Código Civil para que la reconciliación tenga plenos efectos. No obstante, desaparece la palabra “*perdón*”, la cual ya había suscitado dudas respecto a qué sentido pudiera tener. Esta eliminación es consecuencia lógica de la desaparición del término de culpa.

Asimismo, el precepto es más preciso tras la enmienda presentada por el Grupo Catalán, pues recoge la necesidad de cumplir los requisitos establecidos por el artículo 84 para que la reconciliación surta efecto, y que en una primera redacción habían sido obviados.

De la lectura del artículo 835 se desprende que éste se refiere a la separación judicial, pues si se exige de modo explícito que la reconciliación requiere para que surta efectos su notificación al juez que haya entendido del litigio, resulta claro que no cabe reconciliación así entendida cuando la separación es meramente de hecho.

La última modificación en materia de legítima del cónyuge viudo atañe al artículo 837 C.c., que se refiere a la concurrencia de éste con los denominados “hijos adulterinos”. Su cuestionable constitucionalidad, manifestada ya en su momento por la doctrina, hacía necesaria una modificación del mismo, así como del artículo 840 C.c., siendo este último complementario del primero.

En cuanto al art. 837 C.c., la nueva Ley elimina su párrafo 2º<sup>6</sup>. Tras la reforma de 13 de mayo de 1981, el legislador opta por la equiparación en derechos entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, de tal suerte que la distinción entre ambos se mantiene simplemente como categorías para determinar la filiación. No obstante, de la lectura de este párrafo, sin antecedentes en nuestro Código y creado por la citada reforma, se com-

---

<sup>6</sup> Que decía así: “Igual extensión tendrá el usufructo cuando los únicos herederos forzosos que concurren con el viudo o viuda sean hijos sólo de su consorte concebidos constante el matrimonio de ambos. La cuota usufructuaria recaerá en este caso sobre el tercio de mejora, gravando el resto el tercio de libre disposición”.

prueba que la equiparación en derechos no fue total, ya que se establece una cuantía diferente en función de la filiación de los hijos concurrentes a la herencia con el cónyuge viudo<sup>7</sup>.

Esta desigualdad dio lugar a la discusión sobre la constitucionalidad del precepto. En base a este argumento, el Grupo Parlamentario Socialista solicitó su supresión por entender que éste, junto con el artículo 840 otorgan un trato discriminatorio a los denominados “hijos adulterinos”, entendiéndose por tales los hijos de uno de los cónyuges tenidos, constante el matrimonio, con otra persona. Si bien dicha denominación es eludida por la norma por haber sido ya abolida, la diferenciación respecto a los hijos extramatrimoniales o habidos fuera del matrimonio permanece presente.<sup>8</sup>

Sin embargo, una parte de los autores entendían que la redacción propuesta no discrimina a los hijos adulterinos, ya que éstos conservan la nuda propiedad de su legítima. Además, la finalidad perseguida era evitar que el cónyuge ofendido se viera menoscabado en sus derechos sucesorios a consecuencia del “adulterio” de su consorte. Así pues, la compensación en caso de infidelidad podía ser considerada justa.

Al respecto, resulta patente que pese a la equiparación llevada a cabo por la Ley 11/81, subsisten diferencias entre los derechos de los hijos. Sin embargo, ello no siempre conlleva a la inconstitucionalidad, pues el propio Tribunal Constitucional admite que si la diferencia que se plantea tiene una justificación razonable, ello no constituye una violación de los artículos 14 y 39.2º de la Constitución.

En contra de la inconstitucionalidad del precepto se ha manifestado que éste tiene una justificación que permite la existencia de diferencias sin que se declaren inconstitucionales. En este sentido se manifiesta que el art. 837.2º busca que el cónyuge no sufra, además del adulterio, una disminución en la cuantía de su legítima a causa de la infidelidad.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Así cuando los únicos herederos forzosos que concurren con el viudo o viuda a la herencia del causante sean hijos de éste concebidos constante el matrimonio, no era de aplicación el artículo 834 C.c., sino el 837.2º. En virtud del mismo, la cuota del cónyuge viudo no era del usufructo del tercio de mejora sino que será más amplia, al comprender el usufructo la mitad de la herencia que recaerá sobre el tercio de mejora gravando el resto el tercio de libre disposición.

<sup>8</sup> Consecuentemente, entendía el Grupo Socialista, ambos preceptos deberían ser tachados de inconstitucionales.

<sup>9</sup> No obstante, esta cuestión carece de peso suficiente para justificar dicha distinción, pues la deslealtad e injuria al cónyuge viudo se produce igualmente si éste concurre a la

Además, la norma no resulta discriminatoria sólo para los hijos sino también para el cónyuge viudo que, habiendo sufrido un adulterio se pretende defender de un menoscabo de sus derechos, ya que la compensación al que ha sido ofendido por la infidelidad depende de la inexistencia de otros hijos o descendientes.<sup>10</sup>

Se ha argumentado por algún autor<sup>11</sup> que la diferencia por filiación resulta evidente en la sucesión intestada pero no existe en la testada. Sin embargo, como bien entiende MIQUEL<sup>12</sup>, la discriminación sigue existiendo en la sucesión testada. Es preciso determinar si ante un mismo supuesto de hecho los descendientes de un tipo recibirían la misma cantidad que los otros. Es decir, la cuestión no radica en que si los hijos tienen derecho o no a ser llamados en el tercio de libre disposición (que no lo tienen), sino si, una vez llamados a una sucesión, su llamamiento experimenta las mismas limitaciones independientemente del tipo de filiación. Entonces se comprobará que la discriminación es la misma que en la sucesión intestada. Si fueran llamados más allá de la legítima, unos hijos soportarán el usufructo de un medio, y los otros de un tercio. En efecto, la legítima está salvada y será la misma, pero ello no implica que no haya un trato

---

herencia con hijos tenidos por el causante con otra persona constante el matrimonio, o si concurre con otros hijos comunes u otros no comunes concebidos en otras circunstancias. Sin embargo, en estos supuestos no sería de aplicación el artículo 837.2º C.c., ya que la literalidad de la ley la reduce a la existencia exclusiva de "hijos adúlteros".

<sup>10</sup> En efecto, pensemos el supuesto en que el cónyuge viudo concurre con hijos comunes e "hijos adúlteros", en este caso no se aplicaría el artículo 837.2º y el viudo o viuda no tendrá derecho a la compensación prevista en el mismo como en el supuesto de que el cónyuge concorra a la herencia sólo con estos últimos.

<sup>11</sup> REY PORTOLÉS, "Comentarios a vuela pluma de los artículos de Derecho Sucesorio reformados por la Ley 11/81", *RCDI*, 1982, págs. 1564 y ss. Al respecto entiende que en la sucesión intestada, si los únicos parientes que concurren a la herencia con el cónyuge viudo son los denominados "hijos adúlteros", entonces se producirá una discriminación con respecto a los demás descendientes, pues será de aplicación el artículo 837.2º y por tanto, éstos verán mermada su cuota intestada en la mitad de la herencia y no en el tercio como ocurriría si se aplicara el artículo 834 C.c. Por lo que respecta a la sucesión testada, no existe discriminación alguna, pues ningún hijo tiene derecho a una sucesión universal, y si bien el gravamen que sufren no es el mismo, la legítima será respetada independientemente de cual sea el precepto que se aplique. Evidentemente, si es de aplicación el artículo 834 C.c., se grava el tercio de mejora, y en caso de aplicar el 837.2º, a pesar de que el usufructo ascienda a la mitad de la herencia, la legítima será la misma, y que éste recaerá tan sólo en el tercio de mejora, gravando el resto, el tercio de libre disposición.

<sup>12</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1325

diferente, pues llamados a la herencia por el testador, el gravamen que soportarán los hijos no es el mismo si se aplica el artículo 834 que si por el contrario se aplica el 837.2

Constatada la existencia de desigualdad, y vista su justificación, es preciso manifestar que la ofensa al cónyuge viudo no justifica que los hijos del artículo 837.2º sufran un trato discriminatorio por el hecho de la infidelidad de su ascendiente. La entrada de éstos en la sucesión por la equiparación de todos por razón de filiación debe ser una equiparación total en derechos, y cualquier precepto que atente contra esta igualdad suponiendo un trato discriminatorio por razón de filiación es de constitucionalidad dudosa.

En conclusión, entiendo que la norma es discriminatoria y atenta contra el derecho constitucional de igualdad por razón de nacimiento sancionado en los artículos 14 y 39.2º de la Constitución por lo que estoy de acuerdo con la nueva Ley que viene a responder a la necesidad de excluirlo equiparando al fin los hijos y descendientes en derechos.

## II. Conmutación de la legítima viudal

En lo relativo a este tema, la nueva Ley modifica el artículo 840 otorgando la siguiente redacción:

*“Cuando el cónyuge viudo concurra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios”.*

La anterior redacción del precepto era complementaria del artículo 837.2º C.c., ya que hacía referencia al supuesto previsto en el mismo.<sup>13</sup> Dicha complementariedad condujo a plantearse si en la misma forma que éste, se trata de una norma de constitucionalidad dudosa por vulneración del principio de igualdad, sin embargo la cuestión parece más controvertida con respecto a este artículo. Así, autorizada doctrina manifestaba que éste no merece la calificación de inconstitucional.

---

<sup>13</sup> La redacción original del precepto, introducido por la reforma del 81 otorgaba la siguiente redacción: *“Cuando se esté en el caso previsto por el párrafo segundo del artículo 837, el cónyuge podrá exigir que el usufructo que grave la parte que reciban los hijos le sea satisfecho, a elección de éstos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios”.*

En efecto, si bien en principio resulta quizá más congruente entender que, por la complementariedad existente, determinado que el primero de los preceptos ofrece un trato desigual en razón de la filiación, el segundo sigue la misma línea, ello no es tan sencillo ni tan claro, pues si bien ambos implican tratos diferentes, es preciso examinar si, en este caso, la desigualdad estará justificada.

En este sentido, se ha manifestado que el art. 837.2 discrimina sin justificación respecto a la cuota, pero éste introduce un tratamiento desigual respecto a la conmutación (otorgando la iniciativa al propio cónyuge supérstite) que parece razonable atendidas las diferentes circunstancias.

Partiendo de la ratio del precepto, que no es otra que evitar que el cónyuge viudo se vea obligado a mantener incómodas relaciones constantes con los hijos extramatrimoniales que el consorte fallecido engendró durante el matrimonio de ambos; se otorgaba al viudo la posibilidad de exigir que su usufructo le fuera satisfecho, a elección de los hijos, mediante la asignación de un capital en dinero o bien a través de un lote de bienes hereditarios. La exclusión en este precepto de otros modos de conmutación previstos en el artículo 839, a saber: una renta vitalicia o los productos de determinados bienes, se debe a que, en caso contrario, no se conseguiría el fin del precepto, ya que ello supone relaciones permanentes que se pretenden evitar.

De lo dicho, entiende con razón la doctrina que el objetivo justificaría plenamente lo establecido en el artículo 840 C.c. Sin embargo, pese esta justificación, sigue existiendo una desigualdad, ya que si bien parece lógico el intentar evitar un trato continuado del cónyuge viudo con los hijos tenidos por el causante constante el matrimonio, esta necesidad debería darse también para el resto de los hijos extramatrimoniales. Ya la doctrina preconizaba, ante el silencio de la norma en este sentido, una interpretación extensiva de la misma. De este modo, quedaría salvada la cuestionada inconstitucionalidad, habida cuenta que no se produciría discriminación por razón de filiación sino que otorgaría al cónyuge viudo una opción en razón de una concurrencia un tanto problemática.

Es la reforma dada por la nueva Ley la que realmente salva la posible inconstitucionalidad del precepto al equiparar a toda clase de hijos extramatrimoniales concediendo al cónyuge viudo la citada opción y evitándole así el mal trago de mantener relaciones constantes con hijos habidos fuera

del matrimonio. Esta última razón es la que justifica que no se incluyan en este precepto los hijos matrimoniales que, sin embargo, no carecen de la posibilidad de conmutación, sino que tendrían que proceder a la misma por aplicación del art. 839 C.c.