

SEPARACIÓ DE FET I DRETS VIDUALS ABINTESTAT: UNA RELECTURA. COMENTARI A LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA D'1 D'ABRIL DE 2004

Jordi Ribot Igualada
Professor titular de dret civil
Universitat de Girona

1. INTRODUCCIÓ

1.1. ANTECEDENTS DE FET

1. L'any 2000, un home va aparèixer mort, penjat a la cuina de casa del seu pare. El finat estava casat des del 1995 i la seva vídua va ser la part actora en el recurs de cassació que va resoldre la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya d'1 d'abril de 2004.¹

L'any 2001, l'esposa va presentar una demanda per tal que fos declarada amb millor dret a succeir abintestat el seu difunt marit, d'acord amb l'article 333 del Codi de successions (CS). El demandat era el pare del causant, que es va oposar a la demanda adduint, fonamentalment, que la vídua no tenia dret a succeir per aplicació de l'excepció que preveu l'article 334.2 CS, és a dir, que es trobava, en morir el marit, separada de fet d'aquest, amb trencament de la unitat familiar per alguna de les causes que permeten la separació judicial o el divorci. A més a més, mitjançant una demanda reconvençional el demandat va exercir l'acció de petició d'herència per a obtenir la possessió dels béns propietat del difunt.

Malgrat que les versions d'ambdues parts són força diferents, marit i muller haurien deixat de viure junts al pis de llur propietat després que el marit ha-

1. Recurs de cassació 123/2003. Sentència 15/2004. Ponent: Núria Bassols i Muntada. Agraïixo a la secretària de la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya que m'hagi fet a mans el rotlle sencer de l'assumpte resolt per aquesta sentència.

gués abandonat la muller arran d'un incident succeït l'any 2000 i en el qual l'esposa hauria estat agredida pel marit en presència del sogre. Després que la dona denunciés els fets als Mossos d'Esquadra, jutjat d'instrucció va acordar obrir diligències contra el marit i va ordenar protecció policial per a la denunciante. El mateix dia, el marit hauria anat a viure amb el seu pare a la casa on, menys d'un mes després, es va suïcidar.

La part demandant argumentava que, tot i que existien «tensiones [...] dentro del matrimonio», «no existía ni ruptura familiar, ni se había iniciado ningún procedimiento de separación matrimonial».² Totes dues parts estaven conformes que el desencadenant de la situació va ser l'oposició de l'esposa que el seu sogre anés a viure amb el matrimoni després d'haver patit una trombosi cerebral. Resulta així mateix admès per totes dues parts que el marit patia un greu problema d'alcoholisme i que alguna vegada havia maltractat i amenaçat la seva esposa. És controvertida, en canvi, l'existència d'una verdadera intenció de promoure la separació legal, tant per part de l'esposa com per part del marit. La negava la part demandant. La part demandada, per contra, inferia la voluntat de l'esposa de separar-se, del fet d'haver presentat una denúncia pels maltractaments soferts i també de les seves declaracions posteriors davant la policia i el jutjat. A més a més, afirmava que el marit també tenia la intenció de separar-se i per això hauria donat instruccions al seu advocat perquè preparés una demanda de separació, per a la qual cosa havia lliurat fins i tot una provisió de fons.³

2. El Jutjat de Primera Instància va dictar una sentència on desestimava la demanda i estimava la reconvecció. A partir de la prova practicada, el jutge va concloure que entre la demandant i el finat existia una situació de separació de fet, per bé que recent, per una causa que permet la separació judicial. Concretament, per la conducta injuriosa o vexatòria o la violació greu o reiterada dels deures conjugals, «pues no de otro modo pueden calificarse los sucesos ocurridos el día [...] y denunciados».⁴ A aquest efecte, van resultar determinants les declaracions fetes per la demandant davant dels Mossos d'Esquadra tant en el curs de la tramitació de la denúncia per maltractaments, com en ocasió de les diligències practicades poc després de la mort del seu marit. També va resultar determinant que aquest anés a viure amb el seu pare a la casa que aquest tenia als afores del poble.

2. Antecedent de fet tercer de la demanda.

3. «Dicha demanda de separación, no se pudo presentar por falta de todos los documentos necesarios para redactar la misma» (antecedent de fet tercer de la demanda reconveccional).

4. Sentència del Jutjat de Primera Instància.

3. L'Audiència Provincial de Girona, en la Sentència d'1 de setembre de 2003,⁵ va fer seva aquesta valoració dels fets per a desestimar el recurs d'apel·lació. Va afegir que de la prova testifical es desprenia també la situació de separació de fet de la parella, encara que fos molt recent i que algunes declaracions fetes per l'esposa durant aquell període poguessin donar a entendre que estava disposada a donar una segona oportunitat al seu marit, si acceptava sotmetre's a un tractament de desintoxicació i s'avenia a ingressar el seu pare en un centre geriàtric. Prèviament, la Sentència va confirmar que, com que existia la causa legal de separació tipificada en l'article 82.1 CC, es complia el segon dels pressupòsits de l'article 334.2 CS, ja que l'apreciació de la causa que permet la separació judicial o el divorci no depèn de la innocència o la culpabilitat del consort supervivent.

4. Un cop interposat el recurs de cassació, es va denunciar, fonamentalment, la infracció de l'article 334.2 CS, per tal com l'Audiència havia declarat aplicable la proposició segona d'aquesta norma, malgrat que la causa legal tipificada en l'article 82.1 CC era imputable al causant, per la qual cosa el consort supervivent innocent seria l'únic legitimat per a sol·licitar la separació legal (cfr. art. 81.2 CC). Així mateix, el recurs va retreure a la Sentència haver denegat a la vídua el dret a succeir a pesar que la situació de separació que vivien els esposos no tenia els trets de definitiva i permanent que caracteritzen la separació de fet amb trencament de la unitat familiar que s'esmenta en l'article 334.2 CS.

1.2. DOCTRINA SUBSTANTIVA DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA D'1 D'ABRIL DE 2004

1. Aquest cas ha donat al Tribunal Superior de Justícia de Catalunya l'oportunitat de pronunciar-se sobre dos elements pel que fa a la interpretació de l'article 334.2 CS: *a)* la necessitat, o no, que la causa de separació referida per la darrera proposició d'aquest precepte sigui imputable al cònjuge supervivent o que, com a mínim, no sigui imputable al consort difunt; i *b)* les condicions que ha de tenir la situació de separació de fet per a excloure el cònjuge vidu de la successió intestada del seu marit o la seva muller.

2. Quant a la primera qüestió, la Sentència arriba a la conclusió que «la separació conjugal priva al cònjuge supervivent del seu dret a succeir abintestat amb indiferència de si és culpable o no d'aquella separació, a l'igual que succeeix amb l'usdefruit abintestat (art. 331 CS)».

5. *Aranzadi Civil*, 2003, p. 2247. Ponent: Juan Manuel Abril Campoy.

La Sentència argumenta en favor d'aquesta interpretació, d'una banda, que el criteri objectiu és el que preval en el dret de família per a la regulació de les conseqüències de les crisis conjugals, i «troba el seu sentit en intentar no incidir massa en un món en el qual el que prima és el màxim respecte a la privacitat i als drets humans». Tot i això, considera que en determinats casos el resultat d'aplicar aquesta norma «pot resultar difícilment explicable» o «semblar poc just». Aquest és el cas quan la crisi conjugal és conseqüència dels maltractaments del cònjuge, com s'esdevé en el supòsit de fet d'aquest cas.

D'altra banda, la Sentència subratlla que la successió intestada a favor del cònjuge respondria a una voluntat típica o presumpta del causant mort intestat, que si hagués volgut privar d'aquesta expectativa el consort supervivent hauria fet testament. Aquesta situació contrasta amb el règim dels drets atribuïts *ex lege* al consort supervivent, en el qual, per privar-l'en, cal que la causa que permet la separació sigui exclusivament imputable al qui reclama el dret (cfr. art. 381 CS, referent a la quarta vidual).

3. La Sentència, no obstant això, discrepa de manera frontal del parer de les dues instàncies judicials anteriors quant a l'existència d'una situació de separació de fet que justifiqui l'exclusió de la vídua del dret a succeir abintestat el marit.

Tot i aclarir que respecta els fets declarats provats, estima, tanmateix, que no se'n pot derivar —com han fet els òrgans jurisdiccionals inferiors— que es doni en el cas la separació de fet amb trencament de la unitat familiar que requereix l'article 334.2 CS. La Sentència argumenta que, a aquest efecte, és indiferent que l'esposa presentés una denúncia pels maltractaments patits a les mans del marit o que resultés acreditat que el marit vivia en un domicili diferent al conjugal. El que és determinant, en canvi, és que el període efectiu de cessament de la convivència conjugal va ser molt breu: menys d'un mes. Un temps massa curt per a pressuposar una intenció definitiva de separar-se, especialment atenent les declaracions fetes per l'esposa, en què acceptava reprendre la vida conjugal si el marit aconseguia superar la seva addicció a l'alcohol i s'avenia que el seu pare fos ingressat en un centre geriàtric. Aquestes circumstàncies, en conjunt, fan concloure que mancava la voluntat de permanència en la situació de separació, implícita en la referència al trencament de la unitat familiar que fa l'article 334.2 CS.

2. FONAMENT DE LA VOCACIÓ INTESTADA DEL CÒNJUGE SUPERVIVENT

1. La posició actual del cònjuge supervivent respecte a la successió a títol d'hereu en l'herència intestada del seu marit o la seva muller prové de les inno-

vacions introduïdes en el dret català per la Llei 9/1987, de 25 de maig, de successió intestada;⁶ en particular, dels seus articles 13, 14 i 15, que avui es contenen en el Codi de successions substancialment inalterats (cfr. art. 333-335 CS). En cas que el causant mori sense fills ni descendents, el succeeix el cònjuge supervivent (art. 333 CS). En cas que mori amb fills o descendents, l'herència es defereix primerament a aquests, sens perjudici, si s'escau, de l'usdefruit de tota l'herència que el vidu o la vídua adquireix per ministeri de la llei (art. 331.I CS).

2. La sentència objecte de comentari afirma que la successió intestada a favor del cònjuge respon a una voluntat típica del causant mort intestat, que presumiblement hauria volgut afavorir el seu consort i que, en cas de trencament de la relació conjugal, també típicament hauria volgut excloure'l de la seva successió.⁷

Actualment,⁸ tanmateix, el fonament de la vocació legal en la successió intestada no es basa en una pretesa voluntat presumpta del causant.⁹ És clar que els hereus abintestat succeïxen per dret propi i en virtut del títol que els atribueix la llei com a conseqüència de ser, o bé parents del causant dins d'un determinat grau, o bé el cònjuge, o bé, en darrer terme, per tractar-se de la comunitat a la qual pertanyia el causant.¹⁰ No cal dir que això es correspon amb la funció de les normes de la successió intestada, que no és altra que suplir amb la màxima simplicitat i objectivitat possibles l'absència de voluntat testamentària o la ineficàcia de les determinacions *mortis causa* fetes per un causant concret.¹¹ Per això, aquestes normes

6. DOGC núm. 850, de 10 de juny de 1987. L'antecedent principal d'aquesta llei es troba, en aquesta matèria, en la Llei de la Generalitat republicana de 10 de juliol de 1936, de successió intestada (*Butlletí oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 192, de 10 de juliol de 1936). Aquesta llei va significar una millora considerable en la posició del consort supervivent en relació amb l'herència intestada del marit o la muller. La trobareu reproduïda íntegrament en l'apèndix documental inclòs en l'obra d'Antoni VAQUER ALOY *L'usdefruit vidual abintestat en el dret civil de Catalunya*, Barcelona, Tibidabo, 1990, p. 97-105.

7. Presumpció que, per contra, no podria estar darrere de les causes de privació dels drets atribuïts per la llei al cònjuge supervivent, atès que en aquest cas, per definició, es tracta de limitacions legals a la plena efectivitat de les declaracions de voluntat del causant respecte a la destinació *mortis causa* dels seus béns. D'aquí conclou la Sentència la raonabilitat del judici d'imputabilitat de la separació en el cas dels drets *ex lege* i la seva falta de necessitat en el cas contrari.

8. Sobre el fonament historicodogmàtic de la successió intestada, vegeu Luigi MENGONI, *Successioni per causa di morte: Parte speciale (Successione legittima)*, 3a ed., Milà, Giuffrè, 1983, p. 8-18.

9. Com diu Encarna Roca, si aquesta teoria «es portés a les últimes conseqüències, segurament no hi hauria cap raó per incloure-hi l'Estat». Cfr. Lluís PUIG FERRIOL i Encarna ROCA TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, vol. III, 6a ed., València, Tirant lo Blanch, 2004, p. 501.

10. Heinrich LANGE i Kurt KUCHINKE, *Erbrecht: Ein Lehrbuch*, 5a ed., Munic, Beck, 2001, § 9.III.2.

11. Heinrich LANGE i Kurt KUCHINKE, *Erbrecht*, § 9.III.1.

s'estructuren a partir de criteris de conveniència ètica i econòmica, i no a partir de la voluntat subjectiva d'un pretès causant mitjà.¹² Resta al marge, per tant, tota explicació basada en una presumpció d'afecte i és indiferent si els beneficiaris s'avenien més o menys amb el causant, tret dels casos extrems d'indignitat successòria.

3. El fonament de la crida successòria del cònjuge supervivent rau, per tant, no en la voluntat presumpta del difunt, sinó en la significació social del vincle matrimonial, objectivament considerat un dels criteris més plausibles de legitimació per a subentrar en l'herència del difunt.¹³ Des d'aquest punt de vista, la millora de la posició relativa del cònjuge vidu, en detriment dels parents col·laterals i àdhuc dels ascendents, és una realitat tant en el nostre dret com en molts altres drets del nostre entorn.

S'ha dit que això respon millor a l'estructura de la família contemporània,¹⁴ en la qual els fills casats acostumen a viure separats del tronc familiar i desenvolupen la seva vida i les seves activitats de manera independent.¹⁵ En termes generals, la crida intestada permet llavors que el consort participi d'incrementos patrimonials probablement assolits pel cònjuge difunt durant la vida en comú.¹⁶ Tradicionalment, a més, els drets viduals abintestat s'han justificat amb la necessitat de protegir el vidu enfront de la possible situació de necessitat derivada de la mort del consort.

4. Com en els altres casos de crida abintestat, la del cònjuge supervivent es fa, quan s'escau, al marge de quina fos la relació personal entre el causant i el consort supervivent. Ara bé: és obvi que en aquest cas cal matisar de seguida que aquest caràcter objectiu i abstracte de les determinacions legals és aquí més difícil d'acceptar des del moment en què la situació de crisi conjugal constitueix un límit essencial als drets successoris abintestat del consort supervivent. En relació amb el dret a succeir abintestat del cònjuge vidu, la llei exigeix que la condició de vidu o vídua no sols ha de ser *legal*, sinó també *fàcti-*

12. José Luis LACRUZ i Francisco de A. SANCHO, *Elementos de derecho civil*, vol. v, 5a ed., Barcelona, J. M. Bosch, 1995, p. 451.

13. Luigi MENGONI, *Successioni per causa di morte*, p. 18.

14. A banda del fet, freqüent, que, a falta de fills o descendents, els testadors casats acostumen a nomenar-se recíprocament hereus.

15. Per tots, vegeu Dieter LEIPOLD, «Wandlungen in den Grundlagen der Erbrechts?», *Archiv für civilistische Praxis* (AcP), núm. 180 (1980), p. 173-174. Entre nosaltres, Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL, comentari a l'article 334, a Lluís JOU i MIRABENT (coord.), *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña: Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, vol. II, Barcelona, Bosch, 1994, p. 1155.

16. Quant a la relació entre el règim econòmic i els drets successoris del cònjuge, vegeu Luis PUIG FERRIOL, anotacions a Theodor KIPP, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, Bosch, 1981, p. 60-61. Sobre el règim de separació de béns i la successió intestada, vegeu Josep M. PUIG SALELLAS, «La reforma de la Compilació en matèria de relacions econòmiques entre cònjuges», *RJC* (1983), p. 569-570.

ca.¹⁷ De manera que, a més del cònjuge que ha perdut aquesta condició abans de la mort del causant per nul·litat o divorci, tampoc no tindrà dret a gaudir de l'usdefruit vidual ni a succeir-lo en cas d'absència de fills o descendents del causant, el vidu o la vídua que en morir el causant es trobi en «estat de separació per sentència ferma» (art. 334.1 CS) o «separat de fet amb trencament de la unitat familiar per consentiment mutu expressat formalment o per alguna de les causes que permeten la separació judicial o el divorci» (art. 334.2 CS).

No obstant això, continua sent cert que si aquest no està separat judicialment o de fet, serà cridat a l'herència del causant a pesar que els indicis indiquin una voluntat del causant diferent, però que no ha estat expressada de manera vàlida per a ordenar la seva successió. I a la inversa: fins i tot en els casos de crisi conjugal, la presumpta intenció del causant d'afavorir el cònjuge supervivent resultarà irrellevant si aquest n'estava separat judicialment (art. 334.1 CS) o si es prova que es donava una separació de fet amb els requisits previstos per la llei (art. 334.2 CS).¹⁸ Per la mateixa raó, quan això sigui possible, es pot donar el cas que el cònjuge separat judicialment, o fins i tot l'excònjuge, arribi a heretar com a parent col·lateral més pròxim dins del quart grau (cfr. art. 339 i 340 CS).

5. De la mateixa manera que l'atribució dels drets successoris abintestat no resulta d'una voluntat presumpta del causant, tampoc l'exclusió legal del cònjuge separat es fonamenta en la voluntat presumpta o típica del causant mitjà o del causant de la successió de què es tracti. Les excepcions previstes per la llei es justifiquen, per contra, amb el significat socialment atribuït a certes vicissituds que han afectat el vincle conjugal, tenint en compte la necessitat d'assolir amb la màxima simplicitat possible el mínim de certesa indispensable per a ordenar la destinació de l'herència del difunt mort intestat.

3. LA CRISI MATRIMONIAL COM A LÍMIT DELS DRETS HEREDITARIS ABINTESTAT DEL CÒNJUGE SUPERVIVENT

3.1. LA QÜESTIÓ DE LA IMPUTABILITAT DE LA CAUSA DE LA SEPARACIÓ

1. Fins que la Llei 9/1987 va entrar en vigor, la successió intestada dels causants catalans es regia per l'article 248 CDCC, que remetia, quant al dret del

17. Vegeu Pablo SALVADOR CODERCH, comentari a l'article 250, a Manuel ALBADALEJO (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXIX, vol. 3, Madrid, Edersa, 1986, p. 107.

18. A diferència de la successió testada, on, malgrat que per la via de l'excepció, aquesta possibilitat es preveu de manera expressa (cfr. art. 132 CS). Tot plegat, és clar, sens perjudici de la possibilitat de reconciliació prèvia a la mort del causant (vegeu STSJ de 8 de juny de 1993 [RJ 1993\6325]).

cònjuge supervivent a succeir, als articles 943 i 944 CC. Aquests preceptes cri-daven el cònjuge com a hereu únicament si no hi havia descendents i ascendents i abans de germans i fills de germans. L'article 250 CDCC atribuïa al cònjuge, a més, l'usdefruit vidual intestat, si bé «el viudo o viuda que estuviere *culposamente separado del cónyuge difunto*, aunque no sea por sentencia [...]» perdia tot dret (art. 250.IV CDCC). Amb anterioritat, la Llei de successió intestada de 10 de juliol de 1936 havia declarat que no tenia dret a succeir «el cònjuge que, en morir el causant, estigui en estat de separació de persones i béns amb el difunt, si la separació ha estat demanada per mutu consentiment o *decretada per causa que impliqui culpabilitat del supervivent*» (art. 25.I.1), ni tampoc «el cònjuge que es trobi separat de fet amb trencament de la unitat familiar, per mutu consentiment exprés o per alguna de les causes que permeti la separació judicial i a la vegada *impliqui culpabilitat imputable al supervivent*» (art. 25.I.2).¹⁹

Amb la reforma del 1984 ja no es parla de culpa del vidu o la vídua, sinó del fet que la separació no es produeixi per una «causa que li fos imputable» (art. 250.IV CDCC). Amb tot, la millor doctrina llegia el supòsit estrictament i, com a regla privativa dels drets conferits per la llei, entenia que la norma no incloïa aquells casos en què el cònjuge hagués causat la separació però en els quals no es podia conformar un judici de culpabilitat.²⁰ En tot cas, quedava clar que els textos es referien en tot moment a la culpabilitat o la imputabilitat de la causa de separació en relació amb el *cònjuge supervivent*, i no amb el cònjuge difunt.

2. Un cop suprimida per la Llei 9/1987 la referència a la imputabilitat de la causa de separació, d'aquí s'extreu la conclusió que no té dret a succeir el cònjuge que es trobi separat de fet «tant si la separació s'ha produït per consentiment mutu, com per alguna de les causes que, segons els articles 82 i 86 CC, donen lloc a la separació i al divorci». I es conclou, respecte a aquesta qüestió, que, un cop suprimida l'exigència de la culpabilitat, «es passa a un sistema objectiu, como ho és la separació» i que «aquesta situació exclou la vocació».²¹

19. L'article 484.III del Projecte de Compilació de 1955 establia que «[q]uedará privado de este derecho de usufructo y de suceder abintestato a su cónyuge difunto, el consorte divorciado por su propia culpa, con aplicación a uno y otro cónyuge de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 317 [...]». Aquest darrer establia les condicions en què la vídua perdia el dret a la quarta marital. En relació amb el que ara ens interessa deia: «No tendrá derecho a la cuarta marital: 1.º La viuda que se hallare separada por su culpa del marido, aunque no fuese por sentencia firme de divorcio. Si al fallecer éste pendiere demanda de divorcio o de nulidad del matrimonio, las personas a quienes favorecería la no adquisición de la cuarta marital podrán proseguir el pleito a ese efecto [...]».

20. Cfr. Pablo SALVADOR CODERCH, comentari a l'article 250, p. 111.

21. Encarna ROCA TRIAS, a Lluís PUIG FERRIOL i Encarna ROCA TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, vol. III, 5a ed., València, Tirant lo Blanch, 1998, p. 449.

La nova redacció, tanmateix, comporta haver d'incloure com a supòsit d'exclusió dels drets del cònjuge supervivent aquell en què la causa de la separació és imputable a l'altre cònjuge exclusivament.²² Això es corrobora quan es posen en relació les dues excepcions previstes per l'article 334 CS, ja que l'excepció que preveu l'article 334.1 CS —especialment si es llegeix tenint en compte l'antecedent de l'article 25.I.1 de la Llei de successió intestada de 10 de juliol de 1936— determina que la separació judicial provoca la pèrdua dels drets abintestat, amb independència de la causa que ha menat a decretar-la.²³ A més, la redacció vigent de l'article 334.2 CS no permet indagar l'existència de possibles culpes del cònjuge difunt que poguessin limitar l'abast de l'exclusió legal. Més aviat al contrari: introduir-la significaria fer una interpretació correctora del sentit literal de la norma, que és el que la sentència que ara es comenta no ha considerat oportú de fer.

3. El cas de la sentència objecte d'aquest comentari suggereix, de totes maneres, plantejar-se com s'ha d'interpretar l'article 335 CS i quina és la seva relació amb els supòsits de l'article 334 CS.²⁴

En el supòsit de separació de fet, l'existència d'una causa que hauria permès la separació judicial o el divorci és quelcom que esbrina i declara la sentència que priva o no el cònjuge del dret a succeir abintestat. En canvi, si en morir el causant hi ha entaulat un procediment matrimonial, l'article 335 CS es pot interpretar en el sentit que el que han de fer els hereus si manca el cònjuge és continuar el procediment per a concloure si hi havia o no causa legal per a declarar la nul·litat, la separació o el divorci. Si no es pot arribar a tal

22. Val a dir, tanmateix, que abans de la reforma del Codi civil de l'any 1981, la innocència d'un dels cònjuges pressuposava la culpa de l'altre, atès que en aquest període l'única sortida a la crisi conjugal —al marge dels procediments de nul·litat canònica— era la separació per alguna de les causes de l'article 105 CC (redacció per la Llei de 24 d'abril de 1958), totes relacionades amb la idea de separació-sanció de la conducta reprovable de l'altre cònjuge, que només podia demanar el cònjuge innocent (cfr. art. 106 CC).

23. Compareu-lo amb l'article 250.IV CDCC.

24. La doctrina s'ha centrat en la virtualitat del precepte per tal de determinar l'existència de bona o mala fe en el cònjuge supervivent, determinació que implicarà la conservació o no dels efectes favorables del matrimoni en relació amb el matrimoni declarat nul després de la mort del causant. Per tots, vegeu Antoni VAQUER ALOY, *L'usdefruit vidual abintestat*, p. 54. A l'efecte interpretatiu, cal esmentar l'article 26 de la Llei de successió intestada de 1936, que assenyalava que «si en morir el causant hi ha pendent demanda de nul·litat, de divorci o de separació *per causa que impliqui culpabilitat del supervivent*, els hereus presumptes cridats en defecte del cònjuge, segons l'ordre establert en l'art. 14, podran seguir l'exercici de les accions plantejades, i si ho fan s'esperarà el resultat de la sentència definitiva per a mantenir o negar al cònjuge supervivent el dret a succeir i els establerts en l'art. 23». Noteu que la redacció vigent també obvia el requisit de la imputabilitat de la causa de separació al·legada en el plet pendent.

conclusió —perquè no n'hi havia o perquè el procediment es tanca per alguna altra circumstància—, el dret del cònjuge supervivent s'ha de mantenir. Seguint aquest plantejament, si en el cas resolt per aquesta sentència el marit hagués presentat la demanda de separació en els termes en què el lletrat que el representava diu que pretenia fer-ho, amb tota probabilitat hauria estat desestimada, perquè, atesa la causa al·legada, el marit no tenia legitimació per a demanar la separació (arg. *ex art.* 82.1 CC). Per tant, si d'acord amb l'article 335 CS haguessin hagut de continuar l'acció els hereus cridats si mancava el cònjuge, aquesta hauria resultat infructuosa i hauria comportat, per tant, el manteniment del dret del consort.

Aquesta interpretació, tanmateix, s'ha de refusar. Entre altres raons, perquè l'atribució de la legitimació especial *ex* article 335 CS als hereus si manca el cònjuge no és l'única via per a privar aquest dels seus drets quan hi havia iniciat un procediment matrimonial. Els termes del precepte formulen aquesta opció amb caràcter facultatiu, per la qual cosa l'article 335 CS no exclou l'aplicació de la regla més general de l'article 334.2 CS, que es refereix a qualsevol situació de separació de fet i al marge de si s'han endegat o no els tràmits processals per a aconseguir la nul·litat, la separació judicial o el divorci. Altrament, la llei faria de pitjor condició l'hereu abintestat eventual en un tipus de situacions en què els actes propis del causant deixen veure ben clarament que aquell volia posar fi definitivament al vincle matrimonial. És ben lògic, per tant, que la doctrina hagi subratllat que, quan la causa de separació o divorci es basa en el cessament efectiu de la convivència conjugal, no és indispensable continuar el plet matrimonial per a negar el dret a succeir al cònjuge. N'hi haurà prou amb al·legar la corresponent separació de fet qualificada, si escau.²⁵

4. Recapitem: la redacció literal de l'article 334.2 CS feia innecessària l'explicació de la Sentència sobre l'evolució de la reglamentació legal de les conseqüències de la separació o el divorci. A més, en el cas no es discutien els drets viduals del cònjuge acusat dels maltractaments i que haurien menat al trencament de la convivència, sinó els del cònjuge «innocent» o víctima d'aquests maltractaments. No és, per això, pertinent l'analogia amb la tendència objectivadora dels efectes de la separació o el divorci, que els separa de la causa que hagués

25. Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL, comentari a l'article 334, p. 1157. En conseqüència, la principal virtualitat del precepte consistiria a oferir als hereus cridats si manca el cònjuge, una via —força limitada— per a aconseguir la declaració de nul·litat, divorci o separació legal basada en altres motius, quan manca la situació de separació de fet, i amb l'únic objectiu de privar el cònjuge vidu dels seus drets. Tanmateix, això és el que va passar, precisament, en el cas que va donar lloc a la STSJ de 15 de març de 2004 (RJ 2004\3723).

donat lloc a decretar-los i que dóna lloc a la possibilitat de concedir la pensió compensatòria i d'altres drets derivats de la crisi conjugal al cònjuge a qui és imputable la causa de separació o divorci.

3.2. LA DEFINICIÓ DE LA «SEPARACIÓ DE FET» QUE PRIVA DEL DRET A SUCCEIR

1. El dret vigent ha superat el requisit de la imputabilitat per a justificar la falta d'atribució al cònjuge de drets hereditaris abintestat. No obstant això, com demostren casos com l'analitzat per aquesta sentència, la vinculació de la separació de fet que priva dels drets viduals abintestat amb les causes que permeten la separació legal o el divorci, s'ha d'estimar pertorbadora.²⁶

Potser per això alguns autors han tendit a generalitzar el supòsit de fet de l'article 334.2 CS i a declarar, malgrat els seus termes literals, que la separació judicial i la separació de fet comporten l'extinció de la vocació abintestat del cònjuge supervivent.²⁷ Des d'aquest punt de vista, l'article 334.2 CS engloba tots els casos possibles de separació de fet, ja que o bé el trencament de la convivència es basa en una causa legal —sense el consentiment de l'altre, un cònjuge ha abandonat la llar conjugal—, o bé hi ha mutu acord, exprés o tàcit; en aquest darrer cas, el silenci enfront de l'abandonament de la llar conjugal s'interpreta com a consentiment del cònjuge abandonat. Amb tot, cal tenir present que la llei exigeix el consentiment mutu «expressat formalment» o bé la separació per una causa legal, i que en la hipòtesi de cessament unilateral de la convivència lliurement consentit per l'altre cònjuge, això només constitueix causa de separació si dura almenys sis mesos (cfr. art. 82.5 CC).²⁸

26. En aquest sentit, vegeu Joan Manel ABRIL CAMPOY, «Algunes consideracions respecte als beneficis viduals. Comentari a la sentència del TSJC, Sala Civil, de 8 de juny de 1993», *La Llei*, 1995-1, p. 823.

27. Vegeu Anna CASANOVAS I MUSSONS, a Ferran BADOSA COLL (dir.), *Manual de dret civil català*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 740: «En defecte de fills i descendents, la llei crida en segon lloc com a hereu el cònjuge supervivent no separat judicialment o de fet (art. 333 i 334 CS)», i Antoni VAQUER ALOY, *L'usdefruit vidual abintestat*, p. 57: «No s'adquireix l'usdefruit quan els cònjuges estan separats. Si estan separats, és indiferent que la separació sigui judicial o de fet [...] a la Llei només li interessa el trencament del deure de convivència». Vegeu, en canvi, cenyint-se als supòsits previstos per l'article 334.2 CS, Encarna ROCA TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, vol. III, 6a ed., València, Tirant lo Blanch, 2004, p. 505.

28. Cfr. Joan Manel ABRIL CAMPOY, «Algunes consideracions», p. 823. En general, respecte a la diferència entre separació de fet i separació que comporta una causa de separació legal, vegeu Carmen HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La separación de hecho matrimonial*, Madrid, Edersa, 1982, p. 20-21.

2. En tot cas, tant la referència a l'acord expressat formalment com la remissió a les causes de separació o divorci, responen a la necessitat de distingir la verdadera separació de fet de les separacions que puguin tenir un caràcter «merament [...] circumstancial».²⁹ Per això, si la causa de separació o divorci no implica per si mateixa el cessament de la convivència conjugal durant un cert període de temps, aleshores encara cal examinar si el trencament de la convivència conjugal ha arribat a consolidar-se com una situació de separació de fet rellevant a aquest efecte.

En aquest sentit, la Llei de la Generalitat republicana, tot i fer referència a una situació de separació de fet *culpable*, excepciona la pèrdua de drets successoris «en els casos de separació circumstancial motivada per exigències de la vida» (art. 25.II). I la Sentència del Tribunal de Cassació de Catalunya de 8 de març de 1937 —molt citada en aquest context, tot i que fa referència al dret a la quarta vidual— és remarcable precisament perquè, bo i que admet l'eficàcia excloent d'una separació de fet, ho fa en la mesura en què es tractava «no d'una simple separació qualsevol, sinó d'una separació acordada pels dos cònjuges, per motius de desavinença i formalitzada documentalment [...] amb pretensions de semilegalització».

3. És per això que la sentència objecte de comentari centra la seva atenció en el factor material que justifica l'exclusió dels drets abintestat del cònjuge i emfasitza la necessitat que la separació de fet comporti un trencament de la unitat familiar amb unes determinades característiques. Imposa que la separació de fet sigui *definitiva* i que denoti una *voluntat de permanència*. La funció d'aquests requisits, òbviamment, és evitar que es privi indegudament el cònjuge d'uns drets que li corresponen com a tal perquè, tot i el cessament temporal de la convivència conjugal, la relació socialment significativa s'entén que roman.

La Sentència deixa clar —segons el meu parer, correctament— que la simple existència d'una causa de separació o divorci, encara que vagi acompanyada del trencament del deure de convivència conjugal, no pressuposa necessàriament que es doni una situació de separació de fet rellevant a aquest efecte. Cal recordar que, en termes generals, separació de fet i cessament de la convivència no són termes equivalents. El trencament de la convivència és el principal signe extern de la separació de fet, però no tot cessament de la vida en comú suposa, per si sol, l'existència d'una separació de fet.³⁰

29. Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL, comentari a l'article 334, p. 1158.

30. Vegeu, respecte a aquesta qüestió i amb més detalls, Javier PLAZA PENADÉS, *Derechos sucesorios del cónyuge viudo separado de hecho*, València, Tirant lo Blanch, 1999, p. 25. Allà, vegeu més referències.

En efecte, doctrinalment, la separació de fet es qualifica a partir d'una sèrie de trets, que són: la interrupció definitiva o almenys per un temps indefinit de la vida en comú, l'acord dels cònjuges o la voluntat d'un d'ells dirigida a aquesta finalitat, i que no hagi intervingut l'autoritat judicial.³¹ Amb altres mots: qualsevol hipòtesi d'interrupció de la convivència no dona lloc a una separació de fet, perquè el propòsit d'extingir la vida en comú és un pressupòsit sobreentès encara que cap dels cònjuges no vagi de manera immediata a un procediment judicial.³²

En el cas de la sentència que ara es comenta, justifiquen la falta de compliment dels requisits suara exposats —a més de la curta durada de la ruptura—, sobretot el fet que es considera provada la disposició de la vídua a reprendre la vida conjugal si es complien certes condicions i també la falta de prova que acreditï que algun dels cònjuges tenia la intenció d'interrompre definitivament la vida en comú.

4. SEPARACIÓ DE FET I DRETS VIDUALS ABINTESTAT: UNA RELECTURA

1. Atès el fonament de la successió intestada del cònjuge supervivent, en cas de separació de fet no és irraonable que el cònjuge supervivent deixi de rebre quelcom que està relacionat amb la condició *material* i no només *formal* de cònjuge. D'altra banda, és probable que, fent referència al mutu acord expressat formalment i a l'existència de la possibilitat legal de decretar la separació, el legislador pensés que circumscrivia de manera adequada els supòsits en què havia de ser aplicable.

Ara bé: com mostra el cas de la sentència objecte de comentari, l'aparent simplicitat de les solucions vigents amaga la complexitat inherent a la valoració de situacions on pot ser difícil d'establir si la relació conjugal s'ha trencat definitivament o no i, per tant, si està justificat privar el consort supervivent dels drets que la llei li atribueix. La separació de fet és —gairebé per definició— una situació equívoca, de contorns incerts,³³ i no sembla aconsellable excloure auto-

31. Carmen HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La separación*, p. 20; Javier PLAZA PENADÉS, *Derechos sucesorios*, p. 26. Vegeu també M. Ángeles EGUSQUIZA BALMASEDA, *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2003, p. 63.

32. Carmen HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La separación*, p. 18.

33. Ho subratlla en aquest mateix context Javier PLAZA PENADÉS, *Derechos sucesorios*, p. 25, quan es refereix a «la dificultad real de conocer la situación de separación de hecho, y especialmente determinar su momento inicial, sobre todo si la situación existe desde hace poco tiempo».

màticament de l'herència el consort que no conviu amb el difunt marit o la difunta muller en el moment de la seva mort. Arran de la varietat de situacions que es poden donar, aquesta solució, segurament, és massa dràstica.

2. Certament, això darrer podria encaixar amb la necessitat que les normes sobre successió intestada siguin tan objectives com sigui possible. Un cop verificat que els cònjuges no conviuen, el supervivent perd tot dret. Tanmateix, una ullada a alguns ordenaments del nostre entorn ens deixa veure la complexitat del problema i que aquesta objectivitat sovint s'ha cercat en la direcció contrària, ja que s'ha garantit i no s'ha privat el cònjuge separat de fet dels seus drets hereditaris abintestat en l'herència del seu difunt marit o la seva difunta muller. Cal examinar aleshores quins drets té el cònjuge judicialment separat, el que ha engegat un plet de divorci o de separació, i si les persones que per causa de la ruptura de la relació conjugal estan separades de fet es troben en una posició igual o menys favorable a la que tindrien si el matrimoni hagués romàs intacte.³⁴

Els ordenaments del nostre entorn palesen una gran disparitat de criteris,³⁵ si bé sembla que predomina el que limita l'exclusió dels drets viduals abintestat a la separació judicial per mitjà d'una sentència ferma o, com a màxim, al supòsit de litispèndència d'un procediment de separació o divorci.³⁶

a) En el Codi civil espanyol la situació és molt semblant a la catalana pel que fa a la crida intestada del consort supervivent separat, per bé que només es toca, juntament amb la separació legal per mitjà d'una sentència ferma, la situació de separació de fet per mutu acord que consta de manera fefaent (cfr. art. 945 CC).³⁷ Igual que l'article 334 CS, l'article 945 CC deixa al marge la imputabilitat de la separació.³⁸ En tot cas, el que ara importa remarcar és que, a desgrat

34. Vegeu § 11 del qüestionari del Grup de Treball del Consell d'Europa sobre Dret de Successions (document CJ-FA-GT2 [2003] 6, de 19 de novembre de 2003).

35. Un apunt sobre aquest tema es pot veure a l'informe general de Marie Puelinckx-Coeune, a COUNCIL OF EUROPE, *The legal protection of the family in matters of succession (Proceedings of the 6th European Conference on Family Law, Strasbourg 14-15 Octubre 2002)*, p. 57-58.

36. En aquest sentit, vegeu també Sergio CÁMARA LAPUENTE, «¿Derecho europeo de sucesiones? Un apunte», a Sergio CÁMARA LAFUENTE, *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003, p. 1205.

37. Cal recordar que va justificar la introducció d'aquests requisits la necessitat que la separació estigués plenament acreditada i que constés el seu caràcter definitiu, al marge de la durada de la separació i com a opció contraposada a la d'una esmena on es proposava introduir l'exclusió dels drets abintestat quan «durante un año anterior al fallecimiento de causante hubieran vivido los cónyuges separados de hecho». Sobre això, vegeu M. Ángeles FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «Llamamiento abintestado del cónyuge separado de hecho», *La Ley*, 1996-6, p. 1957-1958.

38. Vegeu, en canvi, l'article 59 de la Llei basca 3/1992, d'1 de juliol, de dret civil foral basc, segons el qual «carecerá de derechos sucesorios en la herencia de su consorte el divorciado o el cónyuge separado por causa a él imputable».

dels termes literals de l'article 945 CC, els tribunals han relativitzat de manera notòria els requisits que aquest preveu en cas de separació de fet: «mutu acord» en la separació i «constància fefaent» de l'acord. Però ho han fet per a excloure els drets viduals abintestat en situacions de separació de fet en què, malgrat la falta de constància documental de l'acord de separació, la llarga durada de la separació palesava el trencament irreversible de la relació, assumida per tots dos cònjuges, encara que la situació de separació potser hagués estat inicialment imposada per un cònjuge a l'altre.³⁹ Amb la mateixa finalitat, els tribunals han negat que la situació de separació de fet només pugui acreditar-se mitjançant un document públic i han admès, en canvi, la possibilitat de fer-la constar per altres mitjans, sempre que existeixi realment una situació definitiva i permanent de separació de fet.⁴⁰

Un criteri idèntic s'ha imposat en relació amb la interpretació judicial de l'article 216.1 de la recent Llei d'Aragó 1/1999, de 24 de febrer, de successions per causa de mort, que també exclou de l'herència intestada el cònjuge «separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente». La SAP de Saragossa de 15 de novembre de 2002⁴¹ va aplicar aquest criteri en un supòsit de separació de fet tàcitament acordada. Segons el parer de la majoria del tribunal, cal fer això perquè, altrament, «en situaciones de separación de hecho mutuamente consentida por los cónyuges, prolongadas durante largo tiempo y con falta absoluta de relación, podría mantenerse el derecho a heredar, lo que no es acorde con el fundamento de la sucesión hereditaria entre esposos: la plena vigencia de la comunidad de vida y persistencia del afecto marital entre ellos».⁴²

En canvi, la llei 254.1 del Fuero Nuevo de Navarra⁴³ —en relació amb la Llei 304.5, referida a la delació intestada del cònjuge supervivent pel que fa als béns no troncal— disposa la pèrdua dels drets viduals abintestat en la separa-

39. M. Ángeles EGUSQUIZA BALMASEDA, *Sucesión legal*, p. 89-92, i allà vegeu més referències.

40. M. Ángeles EGUSQUIZA BALMASEDA, *Sucesión legal*, p. 89. Vegeu Carmen HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La separación*, p. 181.

41. JUR 2003\13485.

42. La Sentència conté un vot particular del magistrat Juan Ignacio Medrano Sánchez, que s'oposa al criteri exposat adduint que l'exigència de fefaença tracta de restringir la incertesa que té la prova de la situació de separació de fet i que, en tot cas, el mutu acord en la separació no es correspon amb la simple separació de fet més o menys consolidada. Vegeu, en aquest sentit, l'AAP de Saragossa de 12 de febrer de 1999 (AC 1999\3317) i la SAP de Saragossa de 25 de setembre de 2000 (JUR 2000\301466).

43. Llei 1/1973, d'1 de març, per la qual s'aprova la Compilació del dret civil foral de Navarra (redacció segons la Llei foral 5/1987, d'1 d'abril).

ció de fet només respecte al cònjuge que havia motivat la separació, en casos d'«infidelidad conyugal, incumplimiento grave de los deberes familiares o por haber atentado contra la vida del otro», i respecte a tots dos *si l'haguessin convinguda o consentida*. El precepte afegeix que «no se entenderá consentida por el cónyuge abandonado, aunque éste no denuncie el abandono ni inste la separación judicial, salvo que, requerido fehacientemente por el otro, dentro del término de seis meses, no manifieste su voluntad contraria a la separación».⁴⁴ Semblantment, el segon apartat del mateix precepte vincula la pèrdua de drets *per separació judicial*, bé al fet d'haver consentit la separació de fet que la fonamenta, bé al fet de ser imputable la separació al cònjuge supervivent.

b) Els ordenaments estrangers es decanten per incloure com a causa d'exclusió el divorci o, si s'escau, també la separació judicial. És habitual que la mera separació factual, convinguda o consentida —o no—, estigui mancada de conseqüències respecte als drets hereditaris recíprocs dels consorts separats.

A Itàlia, per exemple, la separació de fet és irrellevant a aquest efecte, ja que, d'acord amb l'article 585.I del Codi civil italià, «il coniuge cui non è stata addebitata la separazione con sentenza passata in giudicato ha gli stessi diritti successori del coniuge non separato». Per tant, atès que cal l'atribució judicial de la culpa en la separació, només la separació judicial comporta l'exclusió del cònjuge separat.⁴⁵ Semblantment, la nova normativa francesa, que va entrar en vigor l'1 de juliol de 2002,⁴⁶ tot i millorar radicalment la protecció del cònjuge supervivent, manté els mateixos límits aplicats fins ara a la crida intestada d'aquest.⁴⁷ Així, el nou article 732 del Codi civil francès defineix el consort *successible* com «le conjoint survivant non divorcé, contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps ayant force de chose jugée».⁴⁸

Als Països Baixos —on també s'ha modificat recentment el dret successo-

44. Sobre aquesta norma, vegeu José ARREGUI GIL, comentari a la Llei 254, a Manuel ALBADALEJO (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXXVII, vol. 2, Madrid, Ederesa, 2001, p. 62-65.

45. Luigi MENGONI, *Successioni per causa di morte*, p. 136. En aquest cas, al cònjuge supervivent només li restarà la possibilitat de percebre una pensió alimentària vitalícia si en el moment de l'obertura de la successió ja gaudia d'un dret d'aliments a càrrec del causant (art. 585.II del Codi civil italià en relació amb el 548.II del mateix codi).

46. Llei 2001-1135, de 3 de desembre, relativa als drets del cònjuge supervivent i dels fills adúlterins i de modernització de diverses disposicions del dret successori.

47. Vegeu els antics articles 765-767 del Codi civil francès.

48. Cal remarcar, a més, que, en virtut de l'article 301 del Codi civil francès, la separació judicial només comporta la privació dels drets successoris quan sigui exclusivament imputable al consort supervivent o hagi estat demanada per ell. De manera que, per a perdre els drets cal que la separació estigui decretada judicialment, que la sentència tingui força de cosa jutjada i que no hagi estat conseqüència d'una demanda presentada de mutu acord pels consorts.

ri—,⁴⁹ el nou ordre de succeir en l'herència intestada comporta que en primer lloc hi hagi el consort supervivent i els fills (art. 4:10 §1a del Codi civil dels Països Baixos [BW] i que aquests darrers només tinguin un dret de crèdit pel valor de la seva quota en l'herència, que es cobra generalment quan mor el cònjuge vidu (cfr. art. 4:13 §1 BW).⁵⁰ L'única causa d'exclusió, tanmateix, és que el consort supervivent *estigui judicialment separat*.⁵¹

Finalment, un dels drets que va més lluny, tot i que no arriba ni de bon tros a les solucions d'alguns ordenaments civils espanyols, és el dret alemany. D'acord amb el § 1933 del Codi civil alemany (BGB) [Bürgerliches Gesetzbuch], el dret del cònjuge supervivent a succeir s'exclou tant quan s'ha produït el divorci, com quan en el moment de la mort del causant hi havia pendent un procediment de divorci interposat per aquest o al qual aquest havia mostrat la seva conformitat.⁵² La norma connecta l'exclusió dels drets successoris del cònjuge supervivent amb requisits materials i formals:⁵³ materials, perquè la demanda presentada pel difunt hauria d'haver pogut menar, en efecte, al divorci; formals, perquè no n'hi ha prou amb la intenció de divorciar-se si abans de morir no s'ha interposat una demanda de divorci. Es descarta, per tant, invocar una pretesa voluntat presumpta del causant d'excloure els drets successoris del seu cònjuge basant-se en una voluntat de divorciar-se palesada per altres mitjans.⁵⁴ Això, ho justifica el principi de seguretat jurídica. Les regles de la successió intestada han d'estar formu-

49. L'1 de gener de 2003 va entrar en vigor el nou llibre 4 del Codi civil holandès. Sobre aquest, vegeu Eltjo H. J. SCHRAGE, «Natura pater et filius eadem persona paene intelliguntur. La llegítima en el nou Codi civil holandès», *Revista catalana de dret privat*. (RCDP), núm. 1 (2002), p. 45-46. Més àmpliament, vegeu per exemple Gerard-René de GROOT, «Entwicklungen im niederländischen Zivilrecht seit 1992», *ZeUP*, 1998, p. 543 i seg.

50. Ian SUMNER i Caroline FORDER, «The Netherlands», a A. BAINHAM, *The International Survey of Family Law 2003 Edition*, Jordan, Bristol, 2003, p. 362.

51. La norma es refereix al cònjuge separat de taula i llit («van tafel en bed geschieden echtgenoot»), si bé el concepte equival al de *separació legal*, perquè s'ha de decretar judicialment (cfr. art. 1:168 i seg. BW). També el dret belga exclou de l'herència intestada només el cònjuge separat judicialment (cfr. art. 731 Codi civil belga). La separació de fet, tanmateix, es té present respecte dels drets de llegítima del cònjuge, dels quals el causant pot privar-lo sempre que els esposos haguessin viscut separats de fet almenys sis mesos i que el difunt hagués sol·licitat la residència separada en la seva demanda o en la contestació a la demanda de l'altre cònjuge (art. 915 bis CC).

52. En canvi, si ha estat el consort supervivent qui ha interposat la demanda de divorci sense que s'hi avingüés el causant, llavors no s'aplica el § 1933 BGB (STAUDINGER/WERNER, 2000, § 1933. II, núm. 9).

53. Heinrich LANGE i Kurt KUCHINKE, *Erbrecht*, § 12.II.2.

54. En tot cas, malgrat la dicció literal del § 1933 BGB, la igualtat de tracte dels esposos exigiria constitucionalment que el cònjuge demandant restés exclòs de l'herència del demandat si aquest darrer morís durant la substanciació del procés de divorci. Cfr. Heinrich LANGE i Kurt KUCHINKE, *Erbrecht*, § 12.II.2. Vegeu també Münch-Kommentar/LEIPOLD, 3a ed., 1997, § 1933, núm. 2.

lades de manera que la privació dels drets del consort supervivent només tingui lloc quan la situació de crisi matrimonial sigui fàcilment determinable.⁵⁵

3. En conclusió, malgrat que alguns ordenaments encara prenen en consideració la imputabilitat de la separació, un tret força general és que la separació de fet no té l'eficàcia que se li atribueix en el Codi de successions o fins i tot en el Codi civil espanyol. Abonen aquesta solució motivacions de seguretat jurídica.⁵⁶ La crida successòria abintestat ha de poder ser eficaç obviant al màxim la possibilitat d'encetar un litigi per a determinar qui són els hereus, però al mateix temps sense córrer el risc de treure conclusions excessives de situacions equívokes o temporals vinculades al deure de convivència dels cònjuges. Aquesta és la raó per la qual bona part de la doctrina espanyola interpreta estrictament els pressupòsits d'exclusió dels drets abintestat del cònjuge separat de fet *ex article 945 CC*: la separació de fet pot obeir a circumstàncies molt diverses i no permet fonamentar amb completa seguretat un efecte tan greu com privar el cònjuge del dret a succeir abintestat.⁵⁷ Cal no oblidar, a més, que el causant és ben lliure d'excloure el cònjuge de la seva successió instituint hereva alguna altra persona.⁵⁸

4. Si la situació de separació de fet ha d'excloure automàticament el cònjuge vidu del dret a succeir abintestat, potser és preferible —en lloc de fer una remissió dubtosa a les causes de separació o divorci, o d'acceptar com a inevitable l'arbitri judicial en la valoració de les circumstàncies factives del cas concret— que la llei incorpori elements o indicis que permetin concloure que la relació entre causant i cònjuge supervivent ja no tenia, en obrir-se la successió, les característiques pròpies de la comunitat de vida matrimonial que justifica els drets successoris del cònjuge supervivent.⁵⁹

En aquesta línia anava l'Avantprojecte de llei de reforma del Codi de successions, elaborat per les extingides seccions de Successions i d'Harmonització de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya⁶⁰ i en el qual es proposava modificar l'article 334 CS en els termes següents:

55. En aquest sentit, STAUDINGER/WERNER, 2000, § 1933.II, núm. 7.

56. En aquest mateix sentit, quant als requisits explicitats per l'article 945 CC, vegeu Javier PLAZA PENADÉS, *Derechos sucesorios*, p. 56.

57. Vegeu la síntesi d'opinions a Javier PLAZA PENADÉS, *Derechos sucesorios*, p. 59-60, i M. Ángeles EGUSQUIZA BALMASEDA, *Sucesión legal*, p. 90 i seg.

58. Sobre la possibilitat de l'exclusió testamentària dels hereus abintestat i els seus requisits, vegeu Sergio CÁMARA LAPUENTE, *La exclusión testamentaria de los herederos legales*, Madrid, Civitas, 2000, pàssim.

59. Criteri que resultarà encara més oportú si prospera la reforma del règim de la separació i el divorci del Codi civil anunciada pel Govern de l'Estat el 20 de setembre de 2004 i que deixarà sense contingut els articles 82 i 86 CC.

60. L'última versió del qual és del 18 d'octubre de 2002.

El cònjuge supervivent no té dret a succeir si, en morir el causant, concorre algun dels supòsits següents:

- a) Estar els cònjuges separats judicialment.
- b) Trobar-se iniciat un procediment de separació, divorci o nul·litat matrimonial.
- c) Estar els cònjuges separats de fet, sempre que la separació hagi durat més d'un any, situació que es pot acreditar per acta de notorietat, o consti per consentiment mutu expressat formalment.

Com en la legalitat vigent, en aquesta proposta es partia de la base que, per a tenir dret a succeir, hi ha d'haver un matrimoni efectiu que encaixi en els mínims que justifiquen l'atribució legal de drets successoris abintestat. També en línia amb el dret vigent, s'excloïa sense matisos el cònjuge judicialment separat i es mantenia com a causa d'exclusió la separació de fet per consentiment mutu expressat formalment. Les principals correccions a les regles vigents eren la requalificació del supòsit en què hi ha endegat un procediment matrimonial en morir el causant⁶¹ i la supressió de la referència a les causes que permeten la separació judicial o el divorci en el cas de la separació de fet. La primera situació gaudia d'una autonomia més gran respecte al text vigent, ja que aquest encara pressuposa que la sentència definitiva és determinant bé per a mantenir bé per a negar el dret a succeir al cònjuge supervivent (cfr. art. 335 CS *in fine*). Pel que fa a l'apartat c, que donava per descomptat que la separació de fet rellevant a aquest efecte pressuposa el trencament de la unitat familiar, suprimia aquesta última expressió perquè era redundant. Mantenia, tanmateix, dos criteris alternatius per a l'exclusió definitiva dels drets viduals abintestat: el transcurs d'un cert període mínim de temps i l'expressió formal del consentiment mutu a la situació de vida separada. Ambdós s'adreçaven a prevenir el mateix resultat: la qualificació de qualsevol situació de ruptura de la convivència com a separació de fet rellevant a aquest efecte. Ara bé, mentre que la constància formal del consentiment mutu permetria partir de la separació de fet i preconstituir la prova d'aquesta situació al marge de la seva durada, el requisit que durés més d'un any era, en canvi, l'índex indispensable per a poder entendre que la relació socialment significativa havia desaparegut a falta d'un acord mutu expressat formalment.⁶²

61. L'article 37 de l'avantprojecte esmentat disposava així mateix la supressió de l'article 335 CS. L'article 19 també modificava l'article 132 CS i remetia als supòsits del nou article 334.

62. Podria plantejar-se si, com resulta de la redacció proposada, la durada superior a un any ha de ser *condició* de l'exclusió per separació de fet o bé aquesta possibilitat no hauria d'impedir que la part interessada acredités, per qualsevol mitjà, una situació de separació de fet rellevant d'una durada inferior a l'any. Raons de seguretat jurídica abonen posar un límit determinat a la presa en consideració per la llei de situacions merament fàctiques. Vegeu *supra* nota 37.

5. En comparació amb la situació *de lege lata*, alguns supòsits ara inclosos en la norma ja no ho estarien; bàsicament, aquells casos de separació de fet en què, malgrat que existeix una causa que permet la separació judicial o el divorci, no s'ha produït una situació de vida separada que duri el temps mínim requerit per la norma. D'aquesta manera, en el cas examinat per la sentència que ara es comenta no podria aplicar-se aquesta excepció i ja no caldria examinar si el trencament acreditat de la convivència matrimonial havia arribat a esdevenir, en el cas concret, una situació de separació de fet rellevant. Noteu que això afavoreix el cònjuge supervivent que ha estat víctima dels maltractaments, però segueix fent possible que, en cas de morir primer ell, el cònjuge responsable dels maltractaments pugui arribar a succeir-lo abintestat.⁶³

El correctiu per a aquesta mena de casos podria venir, almenys en part, de la introducció com a criteri d'exclusió del fet que estigui iniciat un procediment de separació, divorci o nul·litat matrimonial. Això serviria també per a situacions en què la separació de fet no hagi comportat un període de trencament de la convivència mínimament llarg. La presentació de la demanda pressuposa el trencament de la relació matrimonial i és un índex cert i fàcilment constatable d'aquest fet.

Val a dir que la proposta de l'avantprojecte feia abstracció de qui hagués presentat la demanda i de la seva raonabilitat quant al fons. A més, admetia una interpretació àmplia en la qual es podia incloure fins i tot el cas en què el cònjuge hagués demanat les avui anomenades *mesures provisionals prèvies*. Noteu que en aquest supòsit adreça la sol·licitud justament «el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio» (art. 104 CC i 771.1 LEC).

En situacions de violència domèstica, això darrer podria tenir un contrapunt interessant en els casos en què la víctima dels maltractaments sol·licita l'*ordre de protecció* prevista per l'article 544 LECr.⁶⁴ En aquest cas, mitjançant un procediment ràpid substanciat davant del jutjat d'instrucció es poden obtenir mesures penals restrictives de la llibertat de moviments de l'agressor i mesures civils referents a l'ús de l'habitatge familiar, la guarda dels fills i la prestació d'ali-

63. Cal recordar que en el Codi de successions ha desaparegut com a causa d'indignitat «el fet d'haver el cònjuge maltractat d'obra o injuriat greument el seu consort difunt» (art. 254 CDCC). En els supòsits més greus de violència conjugal, la situació podria donar lloc, en canvi, a l'aplicació de la causa d'indignitat avui prevista en l'article 11.1 CS (intent d'homicidi).

64. Introduït per la Llei 27/2003, de 31 juliol, reguladora de l'ordre de protecció de les víctimes de la violència domèstica (BOE núm. 183, d'1 d'agost de 2003). Sobre aquest instrument i des de la perspectiva civil, vegeu M. Paz GARCÍA RUBIO, «Medidas civiles ante la violencia contra las mujeres. Análisis de los aspectos civiles de la orden de protección», *La Ley*, núm. 6041 (2004), p. 4.

ments. L'objectiu declarat de la norma és que, per a estabilitzar la situació de la víctima, no calgui esperar fins a la formalització del procés matrimonial civil, de manera que el jutge penal pugui acordar aquelles mesures civils «siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil» (art. 544 *ter* § 7.I LECr). Si es posa això en relació amb les circumstàncies que s'han de valorar per a privar el cònjuge supervivent del dret a succeir abintestat, es constata que —malgrat que la separació sigui molt recent o de curta durada— la situació de violència haurà donat lloc, generalment, a mesures civils acordades pel jutge penal que són equivalents a les prèvies sol·licitades abans de la interposició d'una demanda de nul·litat, separació o divorci.⁶⁵ Això fa difícil afirmar que, en el cas concret estudiat, no es donava una situació de fet equiparable quant als seus efectes amb la derivada de la interposició d'una demanda de separació judicial.⁶⁶

65. I que, com s'esdevé amb les mesures provisionals prèvies (cfr. art. 104.II CC i 771.5 LEC), només tenen una vigència temporal de trenta dies. En aquest cas, no obstant això, prorrogables trenta dies més si la víctima presenta una demanda de nul·litat, separació o divorci, i mentre el jutge civil determina si les ratifica, modifica o deixa sense efecte (art. 544 *ter* § 7.II LECr). Sobre les modificacions d'aquests criteris, per a unificar la competència sobre mesures penals i civils als jutjats de violència contra la dona, vegeu Vicente MAGRO SERVET, «La modificación de la regulación de la orden de protección en el proyecto de Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género», *La Ley*, núm. 6096 (2004), p. 4.

66. Tot i que no es pot descartar, ni de bon tros, que el cònjuge víctima dels maltractaments sol·liciti l'ordre només per a obtenir protecció i per a tenir temps i tranquil·litat per a decidir si se separa o reprèn la convivència conjugal. Sobre la pluralitat de situacions que conflueixen en aquest tipus d'instruments, vegeu Jordi RIBOT IGUALADA, «Prevención de malos tratos familiares: ¿un papel para el derecho civil?», *La Ley*, 2001-6, p. 1487-1500, i allà vegeu més referències.