

ACERCA DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO: UNA PERSPECTIVA COMPARADA CON EL DERECHO ITALIANO

ABOUT THE SUCCESSION RIGHTS OF THE SURVIVING SPOUSE: A COMPARATIVE PERSPECTIVE WITH ITALIAN LAW

MARÍA PATRICIA VIVES VELO DE ANTELO

Investigador predoctoral en Universidad Carlos III de Madrid
Predocctoral researcher at University Carlos III of Madrid

Recibido: 28.10.2021/Aceptado: 08.11.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6696>

Resumen: Este trabajo pretende realizar un análisis crítico de los derechos sucesorios que el ordenamiento jurídico español concede al cónyuge viudo desde una perspectiva comparada con el Derecho italiano y en el contexto de la realidad social actual. Específicamente se plantea que el deseo de proteger al cónyuge superviviente no debería ir en detrimento de la libertad de testar del causante.

Palabras clave: cónyuge superviviente, legítima, derecho de habitación y de uso, Derecho italiano.

Abstract: This paper aims to carry out a critical analysis of the inheritance rights that the Spanish legal system grants to the surviving spouse from a comparative perspective of Italian law, in the context of current social reality. Specifically, it is proposed that the desire to protect the surviving spouse should not be detrimental to the deceased's freedom of disposition.

Keywords: surviving spouse, forced heirship, right of habitation and use, Italian law.

Sumario: I. Introducción. II. Un nuevo Derecho para una nueva sociedad. III. Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en España. IV. Una perspectiva comparada desde el Derecho italiano. 1. El fortalecimiento de la posición del cónyuge superviviente a partir de la reforma del Derecho italiano de 1975. 2. Una legítima en plena propiedad. 3. El legado del derecho de habitación a favor del cónyuge superviviente. A) Problemas de interpretación del artículo 540.II. a) Legado no imputable a la legítima del cónyuge viudo. b) *Il diritto di abitazione* en la sucesión *ab intestato* ¿estamos ante un prelegado? c) Presupuestos para la concesión de los derechos de uso y habitación: el problema de la titularidad. d) ¿Es posible dejar la propiedad de la vivienda familiar a un tercero? La lesión cuantitativa o cualitativa del cónyuge viudo. B) Conclusiones acerca del legado de los derechos de uso y habitación: ¿un instrumento al servicio de la voluntad del causante? V. Claves para una reforma en España a la luz de la experiencia italiana.

I. Introducción

1. Este trabajo es el resultado de una estancia de investigación en la *Università «La Sapienza»*, de Roma, de la que he podido disfrutar durante los meses de junio, julio y septiembre del año 2021 gracias a la amabilidad y disposición del profesor Dr. Vincenzo Barba. Con su ayuda y consejo he tratado

de estudiar los derechos sucesorios que el ordenamiento jurídico italiano concede al cónyuge viudo con ocasión de la muerte del causante, deteniéndome especialmente en los derechos de uso y habitación sobre la vivienda familiar, una institución que, si bien en principio podría ser vista con buenos ojos en España, presenta una serie de problemas que conviene tener en cuenta de cara a una futura reforma.

2. En España¹, el cónyuge viudo es el gran olvidado por el legislador en el ámbito del Derecho sucesorio. En los últimos años, si bien se han llevado a cabo en nuestro país diferentes reformas legislativas que han afectado a principios fundamentales de nuestro -todavía excesivamente rígido- sistema legitimario, resulta habitual que a la muerte del causante el cónyuge supérstite se encuentre en una situación de desamparo y, en muchas ocasiones, a merced de sus hijos -en una clara situación de superioridad y sobreprotegidos por la legislación sin importar la voluntad del difunto-. Tanto es así que se plantea la posibilidad de conceder mayores derechos sucesorios al cónyuge a través de propuestas que comentaremos más adelante y van en la dirección de garantizarle, al menos y de alguna forma, la posibilidad de continuar residiendo en su vivienda habitual a la muerte del difunto.

En Italia, en cambio, la situación del cónyuge viudo es, en principio, más favorable que en España, ya que recibe una legítima en propiedad, no en usufructo, y se le confiere por ley la posibilidad de continuar residiendo en la vivienda familiar, con independencia de cualquier otro derecho sucesorio que desee otorgarle el difunto. Esto, no obstante, precisa ser matizado y analizado cuidadosamente ya que, como veremos, puede llegar a reducirse significativamente la autonomía de la voluntad del causante.

3. Con este objetivo, comenzaré este trabajo repasando sucintamente la situación del Derecho sucesorio español en la realidad social actual, con especial referencia a la posición del cónyuge supérstite ante la muerte del causante y el posible fundamento de su legítima, para pasar a exponer de una forma más detallada la legislación italiana, tratando de presentar las ventajas e inconvenientes que tendría un régimen similar en España y comparándolo, en última instancia, con alguna propuesta de reforma que ha sido presentada por la doctrina española.

II. Un nuevo Derecho para una nueva sociedad

4. Cada vez son más las voces que se alzan a favor de una reforma del Derecho de sucesiones y, en particular, de la institución de la legítima, en el ánimo de otorgar una mayor libertad de disposición al causante. Centrándonos en España, parece que existe cierto consenso en la doctrina al considerar que el rígido sistema legitimario de nuestro Código Civil no se adapta a la realidad social actual².

¹ Cuando hablamos del Derecho español, nos referimos concretamente al ámbito del Derecho común.

² T. F. TORRES GARCÍA, “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* (Santander 2006), Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 1ª ed., Murcia, 2006; J. DELGADO ECHEVARRÍA, “Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte”, *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil* (Santander 2006), Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 1ª ed., Murcia, 2006; M. E. COBAS COBIELLA, “Hacia un nuevo enfoque de las legítimas”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, ISSN 1139-7179, nº17, 2006; A. VAQUER ALOY, “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, nº3, 2007; M. A. PARRA LUCÁN, “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (AFDUDC)*, ISSN-e 2530-6324, nº13, 2009; A. BARRIO GALLARDO, *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Colección Monografías de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones; Dykinson, Madrid, 2012; J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, en “Reflexiones sobre la legítima”, *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, DOMÍNGUEZ LUELMO- M^a. P. GARCÍA RUBIO (dir), M. HERRERO OVIEDO (coord.), ed. La Ley, Madrid, 2014; E. ROCA TRÍAS, “Una reflexión sobre la libertad de testar”, *Estudios de Derecho de Sucesiones, ob. cit., Liber Amicorum T. F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014; P. DE BARRÓN ARNICHES, “Libertad de testar y desheredación en los Derechos civiles españoles”, *InDret*, Barcelona, octubre 2016; A. VAQUER ALOY, “Acerca del fundamento de la legítima”, *InDret*, Barcelona, octubre 2017; M. E. COBAS COBIELLA, “La modernización del derecho de sucesiones. Algunas propuestas”, *Cuestiones de Interés Jurídico*, ISSN 2549-8402, IDIBE, julio 2017; P. DE BARRÓN ARNICHES, “Ponderación de la desheredación como instrumento al servicio de la libertad de testar. El sistema de legítimas desde la perspectiva de las personas mayores”, *La libertad de testar y sus límites*, A. VAQUER ALOY (coord.), M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, (coord.), E. BOSCH CAPDEVILA, (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2018;

Lo cierto es que vivimos en una sociedad en constante cambio, que nada tiene que ver con la economía agraria característica de la época de publicación del Código Civil. No nos fijemos únicamente en factores económicos y demográficos o en los grandes avances de las nuevas tecnologías: sólo situando el punto de mira en la familia podremos darnos cuenta de las profundas transformaciones que ha sufrido nuestra sociedad.

5. Si el Derecho de Familia clásico se sustentaba en un modelo de familia tradicional, basado en el matrimonio entre hombre y mujer, hoy nos encontramos con una realidad que BARRIO GALLARDO³ denomina polimórfica, integrada por múltiples modelos de familia. Asimismo, mientras la economía agraria tradicional se caracterizaba por un patrimonio colectivo-familiar constituido a partir del esfuerzo común de los miembros de la familia⁴, en la que el eje de dicha unidad familiar era la tierra y la heredad, el contexto actual está marcado por una sociedad urbana⁵ en la que predomina el individualismo y donde el eje central de la familia son los lazos de afecto entre sus miembros. Esto tiene como consecuencia que el vínculo familiar sea más profundo -ya que no va a nacer de una «unidad de trabajo» sino de una auténtica afectividad- pero, al mismo tiempo, más vulnerable⁶, algo que se refleja en los cada vez más frecuentes casos de desestructuración de familias.

6. Otro factor que ha tenido un gran impacto en el ámbito del Derecho de familia y, por tanto, también en el Derecho de sucesiones español, es el aumento de la esperanza de vida y consiguiente envejecimiento de la población. Así, según un estudio publicado en la Revista Española de Investigaciones Sociológicas, en el año 1900 la esperanza de vida al nacer en España era de cuarenta años⁷. En la actualidad, este dato se ha duplicado, situándose en los 82,34 años el pasado 2020⁸. Asimismo, en lo que se refiere al envejecimiento de la población, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas ha publicado un informe en el que se indica que en el año 2050 «las personas mayores casi habrán duplicado sus efectivos actuales»⁹, personas mayores que, generalmente, van a vivir de una pensión, en la mayoría de los casos insuficiente. Específicamente, este estudio destaca el crecimiento de la proporción de octogenarios, que ya representan el 6,1% de toda la población, muchos de ellos con «unos ingresos mayoritariamente próximos al umbral de pobreza»¹⁰.

A. VAQUER ALOY, *Libertad de testar y libertad para testar*, Biblioteca de Derecho Privado, ediciones Olejnik, Argentina, 2018; A. BARRIO GALLARDO, “El ocaso de las legítimas largas”, *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, F. CAPILLA RONCERO, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, F. J. ARANGUEN URRIZA, (dir.), J. P. MURGA FERNÁNDEZ, C. HORNERO MÉNDEZ, (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019; A. VAQUER ALOY, “El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, 2020, fasc. III.

³ A. BARRIO GALLARDO: *Autonomía privada y matrimonio*, editorial REUS, Madrid, 2016, p. 200.

⁴ J. COSTA MARTÍNEZ: *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, vol.1, Guara Editorial, Zaragoza, 1981, pp.53 y ss.

⁵ A. BARRIO GALLARDO, “El ocaso de las legítimas largas”, en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar* (dirigido por CAPILLA RONCERO, ESPEJO LERDO DE TEJADA, ARANGUREN URRIZA), Aranzadi, Madrid, 2019, pp.306 y ss.

⁶ F. GOMÁ LANZÓN.; “Una mirada crítica al sistema de legítimas del Código Civil”, en AA.VV.: *Estudios de derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, (coord. por Valero Fernández-Reyes, Pérez-Coca Crespo, Pérez Gallardo), Juan Antonio Pérez Bustamante de Monasterio (dir.), Vol. 1, 2013, p. 567.

⁷ J. M. GARCÍA GONZÁLEZ, «¿Por qué vivimos más? Descomposición por causa de la esperanza de vida española de 1980 a 2009», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nº 148, 2014, págs. 39-60.

⁸ Datos del Instituto Nacional de Estadística consultados en junio de 2021. El aumento de la mortalidad que trajo consigo la pandemia mundial de COVID-19 provocó que la esperanza de vida al nacimiento disminuyera en 1,24 años en 2020, pero se prevé que mejore en 2021: https://www.ine.es/prensa/mnp_2020_p.pdf “Por sexo, el descenso fue mayor en los hombres (la esperanza de vida al nacimiento bajó 1,26 años hasta 79,60), que en las mujeres (con una reducción de 1,15 años, hasta 85,07)”.

⁹ “Un perfil de las personas mayores en España, 2020 Indicadores estadísticos básicos”, *Envejecimiento en red*, Número 25, marzo 2020, <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-indicadoresbasicos2020.pdf>

¹⁰ En 2018, el importe medio de la pensión de jubilación (la clase más numerosa) en España se situaba en 1.091 euros/mes. Según este informe “los mayores tienen unos ingresos mayoritariamente próximos al umbral de pobreza, situándose por encima o debajo según aumente o disminuya este umbral”: “Un perfil de las personas mayores en España, 2020 Indicadores estadísticos básicos”, *Envejecimiento en red*, Número 25, marzo 2020, <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-indicadoresbasicos2020.pdf>

En la otra cara de la moneda, destacan los datos de la riqueza neta en España por edad del cabeza de familia¹¹, resultando que el punto máximo de riqueza en los hogares se alcanza entre los cincuenta y cinco y sesenta y cuatro años, precisamente el momento en el que el descendiente legitimario suele recibir su herencia.

7. En este contexto, en el que el vínculo matrimonial se basa en la *affectio maritalis*, es muy frecuente en la *praxis* jurídica que el testador trate de proteger al cónyuge supérstite intentando, al menos, garantizarle la posibilidad de vivir hasta su muerte en la que ha sido su vivienda habitual, ya sea privativa del difunto o ganancial¹². El problema fundamental, sin embargo, es que en muchas ocasiones esto no es posible, pues en España la legítima reservada a los descendientes tiene una cuantía excesiva -dos tercios de la herencia-, mientras la vivienda familiar representa un 43,3% del valor de los activos totales -incluyendo los financieros, como el dinero en la cuenta bancaria- del patrimonio de los hogares, según los datos publicados por el Banco de España en el año 2017¹³.

8. Es por esta razón que, considerando las sustanciales transformaciones sociales y económicas que han tenido lugar en los últimos años y teniendo en cuenta el fundamento del *affectio maritalis* como pilar de la concesión de derechos sucesorios al cónyuge viudo, la doctrina española más reciente viene siendo partidaria de establecer nuevos derechos a favor del supérstite¹⁴, destacando propuestas que se centran, primordialmente, en concederle *-ex lege-* derechos de usufructo o uso y habitación, sobre la vivienda familiar.

III. Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en España

9. En palabras de DÍAZ ALABART¹⁵, «en el derecho de sucesiones (español) el cónyuge (...) siempre ha sido el peor tratado sin que haya una razón objetiva que lo justifique y sin que se corresponda con la realidad social»¹⁶. Como señala CALATAYUD SIERRA¹⁷, la cuestión acerca de qué derechos conceder al cónyuge viudo es «especialmente difícil» y compleja, ya que pueden darse situaciones muy dispares y habría que tener en cuenta, en cada caso, la situación del supérstite y/o el régimen económico matrimonial que ha estado vigente hasta la muerte del causante.

10. Es sabido que la legítima del cónyuge viudo en España consiste en una cuota usufructuaria que variará según concurra a la herencia con descendientes -en este caso será el usufructo del tercio destinado a mejora-, con ascendientes -recibirá el usufructo de la mitad del caudal-, o solo, en cuyo caso tendrá derecho al usufructo de dos tercios de la herencia¹⁸.

¹¹ Datos recogidos por el Banco de España. Presentación de los principales resultados de la Encuesta Financiera de las Familias (EFF) 2017: <https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/IntervencionesPublicas/DirectoresGenerales/economia/Arc/Fic/arce191219.pdf>

¹² En el supuesto de que el régimen económico matrimonial sea la sociedad de gananciales, si la vivienda es el principal bien del patrimonio, algo que ocurre con relativa frecuencia como apunta con los datos estadísticos, el problema es el mismo que si la vivienda fuera privativa de difunto ya que, de entrada, sólo corresponde al supérstite la mitad de dicho inmueble, siendo complicado que pueda adjudicarse la otra mitad por la elevada cuantía de la legítima de los descendientes.

¹³ Presentación de los principales resultados de la Encuesta Financiera de las Familias (EFF) 2017: <https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/IntervencionesPublicas/DirectoresGenerales/economia/Arc/Fic/arce191219.pdf>

¹⁴ En este sentido, entre otros, J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, “Legítima material y legítima formal”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, ISSN 0210-3249, Tomo 49, 2009, p. 499.

¹⁵ S. DÍAZ ALABART, “Últimas tendencias en el derecho sucesorio español”, en *Hacia un nuevo Derecho de Sucesiones*, L. B. PÉREZ GALLARDO, ed. Ibáñez (Grupo editorial Ibáñez), Colombia, 2019, p. 198.

¹⁶ “(...) y no solamente en el ámbito de las legítimas. En la sucesión intestada también ha sucedido igual”: S. DÍAZ ALABART, “Últimas tendencias”, ob. cit., p. 198.

¹⁷ A. CALATAYUD SIERRA, *Consideraciones acerca de la libertad de testar*, Academia de Sevilla del Notariado. Tomo IX, ed. Edersa, Madrid, 1996.

¹⁸ Artículos 834, 837 y 838 del Código Civil español.

11. Acerca del fundamento de esta clase de legítima, sin poder abordarlo en profundidad por la naturaleza del trabajo, baste decir que si en su origen se encontraba en la voluntad de garantizar al cónyuge una posición cómoda y digna en el hogar doméstico¹⁹, en la realidad social actual la justificación para la concesión de esta clase de derechos al cónyuge superviviente parte del principio de la *affectio maritalis* como interés subyacente y se concreta en asegurarle la posibilidad de continuar viviendo en su residencia habitual²⁰, teniendo en cuenta asimismo su papel como «elemento aglutinador del grupo familiar»²¹. Además, mientras algunos autores opinan que el fundamento de la legítima del cónyuge viudo es «predominantemente asistencial»²², otros ponen en valor el hecho de que la posición económica del matrimonio suele ser fruto del esfuerzo común²³.

12. Atendiendo a la práctica notarial española, con la expresión popular «del uno para el otro y después para los hijos» –técnicamente incorrecta²⁴, no obstante- se conoce el testamento más común hoy en día en España. Como explica el Consejo General del Notariado en su página web, la voluntad más frecuentemente manifestada por los matrimonios para después de su muerte es aquella en la que cada uno se deja al otro el usufructo y nombran herederos a los hijos. De esta forma, el notario es testigo del deseo del testador de proteger al superviviente y dejarle todo lo posible para que su calidad de vida no pueda verse mermada en el futuro. Esto se concreta mediante la atribución al cónyuge viudo del usufructo universal en combinación con la *cautela socini*, que puede reforzarse con el recurso a la facultad de distribución y mejora regulada en el artículo 831 del Código Civil español²⁵. No obstante, en caso de legitimarios «díscolos» –que no mantienen relación con el causante y su cónyuge- estos instrumentos pueden devenir ineficaces, dada la sobreprotección excesiva que otorga nuestro ordenamiento jurídico a los descendientes²⁶. Es por esta razón que en la doctrina española se van sucediendo diferentes propues-

¹⁹ MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. VI, Imprenta de la Revista de la legislación, 1911, Madrid, pp. 439 y ss.; GARCÍA GOYENA, en *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*, Zaragoza, 1974, Apéndice núm. 11.

²⁰ M. PEREÑA VICENTE, en “La obsolescencia no programada de los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el Código civil español”, *La Ley Derecho de Familia*, nº22, abril-junio, Cuestiones actuales del Derecho Sucesorio, 2019, pp. 59 y ss: “los derechos que se le pueden atribuir (al cónyuge viudo) sin entrar en conflicto con otros herederos, ya sea por vía intestada o testada, son insuficientes para conseguir la que, creemos nosotros, debe ser una de las finalidades de la mejora de la protección sucesoria del cónyuge viudo que no es otra que asegurarle que podrá continuar viviendo en su propia casa tras la muerte de su cónyuge”.

²¹ S. DÍAZ ALABART, “Últimas tendencias...”, ob.cit., pp. 195 y ss.

²² J. DELGADO ECHEVARRÍA, “Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte”, *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil* (Santander 2006), Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 1ª ed., Murcia, 2006, p. 120. En el mismo sentido, un informe del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Informe al anteproyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio*, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-modificacion-del-Codigo-Civil-en-materia-de-separacion-y-divorcio> (última consulta: febrero de 2020)

²³ S. DÍAZ ALABART, “Últimas tendencias...”, ob.cit., pp. 195 y ss; A. VAQUER ALOY, “Derecho a la legítima e intereses subyacentes”, *La libertad de testar y sus límites*, A. VAQUER ALOY, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, ESTEVE BOSCH CAPDEVILA, 2018, p. 79.

²⁴ Es técnicamente incorrecta ya que, en España, por la institución de legítima, que reserva una cuota de la herencia a los descendientes o, a falta de éstos, a los ascendientes, no es posible disponer de todo el patrimonio a favor del cónyuge superviviente. Lo más parecido y a lo que hace referencia la expresión “del uno para el otro y después para los hijos” es la posibilidad de dejar el usufructo universal al viudo recurriendo a la institución de la cautela socini, cláusula de opción compensatoria que otorga a los legitimarios que ven su legítima gravada por el usufructo la posibilidad de elegir entre aceptar el usufructo universal y recibir a cambio más de lo que por legítima les corresponde o, por el contrario, no admitir el gravamen y conformarse con la legítima estricta que la ley les reserva.

²⁵ Hago referencia a esta cuestión en mi trabajo sobre el “Fortalecimiento de la posición del cónyuge viudo: artículo 831 del Código Civil español”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 796-817, http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/03/27_M%C2%AA_Patricia_Vives_pp_796-817.pdf

²⁶ Téngase en cuenta que, aunque se establezca una cautela socini, el usufructo universal devendrá ineficaz si todos los legitimarios lo rechazan, en cuyo caso dos tercios de la herencia irán a pasar a éstos necesariamente. Piénsese también que cada vez son más los padres que quieren privar a los hijos de su legítima, la mayoría de ellos por falta de relación familiar. No obstante, a pesar de haberse generalizado el recurso a la desheredación, no es tan sencillo desheredar por mera falta de trato y en la mayor parte de supuestos lo normal es que el testador deje al legitimario díscolo únicamente su legítima estricta. Si en esta clase de testamento el testador impone una cautela socini será complicado que pueda llegar a aplicarse esta cláusula, pues al recibir el díscolo únicamente lo que por legítima estricta le corresponde, se pierde el incentivo propio de la cautela socini, esto es, que a cambio de respetar el usufructo universal el testador deje al legitimario más de lo que le corresponde por ley.

tas, con el objeto de atender al deseo del testador de conceder una mayor protección y tutela jurídica al cónyuge supérstite, en ocasiones incluso en detrimento de los hijos²⁷.

Por ejemplo, reflejo del deseo del testador de proteger al cónyuge supérstite es la encuesta que REBOLLEDO VARELA dirigió en los años 2008 y 2009 a los notarios españoles en activo, pertenecientes a los Colegios Notariales que aplicaban la legislación del Código Civil. Entre otras preguntas, planteó si cabía apreciar la pretensión de favorecer económicamente al viudo más allá de lo permitido por las normas protectoras de las legítimas, así como si se podía considerar que existía un interés en reforzar la posición económica del supérstite para que continuara manteniendo la dirección familiar, retrasando hasta su fallecimiento la efectiva transmisión sucesoria a los hijos. Los resultados fueron significativos, pues un 93% de los participantes en la encuesta manifestó una postura favorable a ambas cuestiones²⁸.

13. En cualquier caso, resulta evidente que en el contexto socioeconómico que hemos descrito la legítima que el ordenamiento jurídico español otorga al cónyuge viudo, que puede llegar a encontrarse a la muerte del causante desprotegido, en una situación delicada y vulnerable, es insuficiente²⁹. No sólo esto sino que, debido a la elevada cuantía de la legítima de los descendientes -dos tercios de la herencia-, es complicado que el testador pueda garantizar a su cónyuge siquiera su vivienda habitual, dependiendo esto último, en muchas ocasiones, de la «buena voluntad de los herederos»³⁰. Además, si defendemos que el fundamento del actual sistema legitimario puede residir en el principio de solidaridad familiar³¹, la esperada reforma legislativa en este ámbito quizás debiera ir encaminada a mejorar los derechos sucesorios del viudo, habida cuenta de la elevada esperanza de vida y la potencial situación de necesidad del cónyuge ante la muerte del causante³².

14. Así, tomando en consideración todo lo expuesto, nos centraremos a continuación en la experiencia italiana -que creemos es importante analizar- de cara a plantear una futura reforma de nuestro derecho sucesorio que pueda dotar de una mayor flexibilidad a la libertad de disponer del causante, a la par que proteger y fortalecer la posición del cónyuge supérstite.

IV. Una perspectiva comparada desde el Derecho italiano

1. El fortalecimiento de la posición del cónyuge supérstite a partir de la reforma del Derecho italiano de 1975

15. En Italia, antes de la reforma del Derecho de familia del año 1975 se le reservaba al cónyuge, como legitimario, una porción del patrimonio del causante en usufructo, de cuantía variable según con-

²⁷ P. DE BARRÓN ARNICHES, “La libertad de testar en la tercera edad y el instituto de la desheredación”, *Nuovo Diritto Civile*, núm. 1, 2017, p. 255.

²⁸ A. L. REBOLLEDO VARELA, “La actualización del derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación”, *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, A. L. REBOLLEDO VARELA, (coord.), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 31-33.

²⁹ V. MAGARIÑOS BLANCO, “La libertad de testar”, *Revista de Derecho Privado*, nº9-10, septiembre-octubre, 2005, p. 23: La legítima “se ha convertido en un grave escollo para el desarrollo libre e independiente de la persona en el momento más delicado de su vida, que es el de la vejez (...) sirviendo de substrato económico para que la persona pueda desarrollarse plena y dignamente hasta el momento mismo de su muerte”; “La legítima hoy (...) constituye una causa de desprotección familiar: de una parte de la familia, que son los padres (...)”

³⁰ M. A. EGUSQUIZA BALMASEDA, *Sucesión «mortis causa» de la familia recompuesta (De la reserva viudal a la fiducia sucesoria)*, Cuadernos de Aranzadi civil-mercantil, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 50-56.

³¹ Así lo defienden autores como M. ROYO MARTÍNEZ, *Derecho Sucesorio mortis causa*, Edelce, Sevilla, 1951, pp.181-182; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *Tendencias reformistas en el Derecho español de sucesiones: especial consideración al caso de las legítimas*, ed. Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2020, p. 112; A. CAÑIZARES LASO, “Legítimas y libertad de testar”, en DOMÍNGUEZ LUELMO/ GARCÍA RUBIO (dir.), *Estudios de derecho de sucesiones. Liber amicorum Teodora F. Torres García*, Las Rozas (Madrid), 2014, p. 267; E. ARROYO I AMAYUELAS, “La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania”, *InDret*, Barcelona, enero 2010, p. 6.

³² A. VAQUER ALOY, “Derecho a la legítima...”, ob. cit., p. 79.

curriera a la herencia como único legitimario, con descendientes o ascendientes: «*A favore del coniuge è riservato l'usufrutto di due terzi del patrimonio dell'altro coniuge, salvi quanto è disposto dagli articoli 542, 543, 544 e 546 per i casi di concorso*»³³.

16. El legislador reguló de esta forma un sistema bastante similar al de otros ordenamientos vecinos, como el francés o el español, con la especialidad de que la legítima del viudo no consistía en una cuota fija según la clase de legitimarios con quienes concurría a la herencia -descendientes o ascendientes-, sino variable en función del número de hijos del causante. Además, en lo referente a su naturaleza jurídica, la legítima italiana fue regulada -y así se ha mantenido en la actualidad- como una *pars valoris bonorum*³⁴, no una *pars hereditatis*, lo que tiene como principal consecuencia que el cónyuge superviviente, aunque legitimario, no es heredero, y como tal, no debe hacer frente a las deudas de la herencia.

17. No obstante, ha de indicarse que antes de la ley de 1975 la regulación de la legítima del cónyuge viudo como una cuota usufructuaria no fue una cuestión pacífica para el legislador, que se planteó la posibilidad de reconocer al superviviente, a falta de descendientes y ascendientes, una porción de la herencia en plena propiedad. Finalmente, en contra de esta propuesta se argumentó que el usufructo permitía garantizar al cónyuge viudo un sustento suficiente, al mismo tiempo que favorecía el traspaso de los bienes hereditarios de una generación a otra³⁵.

Ha de recordarse que en la primitiva regulación del Código civil italiano de 1942 imperaba una concepción de la familia según la cual ésta era la formada exclusivamente por quienes compartían un vínculo de sangre, de tal forma que el cónyuge era considerado un «extraño» y como tal no tenía derecho a recibir, en ningún caso, la plena propiedad de una parte del patrimonio del difunto, ante el riesgo de fragmentación de dicho patrimonio o, incluso ante el peligro de enriquecer a otra unidad familiar³⁶: «*la quota di riserva, dunque, era costituita semplicemente da un diritto di usufrutto: tale soluzione si spiegava con l'esigenza di garantire al superstite il mantenimento di un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza matrimonio, evitando però il passaggio del patrimonio da un gruppo familiare all'altro o la sua dispersione in caso di passaggio a nuove nozze del superstite*»³⁷. Quizás es ésta la idea que subyace en el fondo de otras legislaciones como, por ejemplo, la española, que todavía hoy no reserva al superviviente una cuota de legítima en plena propiedad.

18. Lo cierto es que la ley italiana del 19 de mayo de 1975 de reforma del Derecho de Familia ha supuesto una modificación legislativa de hondo calado en el ordenamiento sucesorio italiano, en la que

³³ Artículo 540 Codice Civile italiano, antes de la reforma legislativa de 1975.

³⁴ En general, para la mayor parte de la doctrina italiana la legítima es una *pars valoris bonorum*. En este sentido, V. BARBA hace una distinción entre la legítima como *pars hereditatis* regulada en otros ordenamientos jurídicos, cuya función prevalente es la de asegurar al legitimario la adquisición de la cualidad de heredero, y la legítima como *pars valoris bonorum*, que garantiza al legitimario la percepción de una atribución patrimonial mínima -que podrá ser satisfecha con bienes de la herencia o incluso a través de donaciones hechas en vida- con independencia de que ostente o no la condición de heredero, tal y como se regula por el Derecho italiano. V. BARBA, en “La sucesión de los legitimarios en Italia: Principios, problemas y propuestas”, en *Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria*, V. BARBA, (dir.), L. B. PÉREZ GALLARDO, (dir.), ediciones Olejnik, Argentina, 2021, pp. 76-89. En definitiva, la legítima como *pars valoris bonorum* significa que el legitimario tendrá a su favor un derecho de crédito contra la herencia, que estará garantizado con una afección real de los bienes hereditarios.

En contra de esta postura algún autor sostiene que la legítima italiana es una *pars bonorum*: L. FERRI, *Commentario del Codice Civile* a cura di ANTONIO SCIALOJA e GIUSEPPE BRANCA, Libro secondo- Delle successioni, Bologna, 1971, pp.30-34: “l'usufrutto del coniuge legittimario non è usufrutto di quota di eredità, ma di una *pars bonorum*”.

³⁵ L. FERRI, *Commentario...*, ob. cit., pp.30-34: “*si osservò, contro tale proposta, che in tal modo si finiva per favorire un passaggio di beni da un gruppo familiare ad un altro, mentre la giusta esigenza di assicurare al coniuge un sufficiente sostentamento doveva ritenersi normalmente raggiunta con la sola assegnazione dell'usufrutto, che permette al coniuge di beneficiare delle rendite, senza incidere sulla proprietà dei beni*”.

³⁶ L. AGOSTARA, “Sucesión mortis causa e reserva a favore del coniuge del diritto di abitazione sulla casa familiare”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 507 y ss; C. COPPOLA, “I diritti d'abitazione e d'uso spettanti ex lege”, *Tratato di diritto delle successioni e donazioni*, t. III, *La successione legittima*, BONILINI (dir.), Giuffrè editore, pp. 101 y ss.

³⁷ N. CIPRIANI, “Sucesión necesaria e conflitti di interessi nella evoluzione del modelli familiari”, *Diritto delle successioni e della famiglia*, t. III, 2-2017, p. 407.

uno de sus principios informadores ha sido otorgar una mayor protección y tutela a los derechos del cónyuge viudo. Para algunos autores, sin embargo, esta mejora en la posición del superviviente resulta excesiva, en cuanto ha afectado a principios esenciales del derecho sucesorio, como mencionaremos más adelante³⁸.

19. La reforma en cuestión incorpora una nueva concepción de la familia, en la que el cónyuge ocupa un lugar preminente y contribuye a la formación del patrimonio familiar³⁹. Partiendo de esta base se logra el esperado fortalecimiento de los derechos del cónyuge viudo a través de dos instrumentos: una cuota legitimaria en plena propiedad, y un derecho de habitación y uso sobre la vivienda familiar y los bienes muebles de uso ordinario en la familia.

20. MENGONI⁴⁰ sitúa el fundamento de esta reforma legislativa en el deseo de proteger el bienestar -tanto físico como psíquico- del cónyuge viudo, ante una potencial situación de desamparo. La razón de ser de esta nueva regulación se encuentra, por tanto, no sólo en garantizar al superviviente un sustento suficiente -aspecto patrimonial⁴¹- sino en procurarle el goce del mismo nivel de vida anterior, «*del godimento del medesimo ambiente in cui si era svolta la vita familiare*»⁴², así como en tratar de paliar, en la medida de lo posible, las consecuencias «psicológicas»⁴³ que podrían derivarse de la muerte del causante⁴⁴. Siguiendo esta idea se ha pronunciado la Corte di Cassazione⁴⁵: «*essendo i detti diritti finalizzati a dare tutela, sul piano patrimoniale e su quello etico-sentimentale, al coniuge, evitandogli i danni che la ricerca di un nuovo alloggio cagionerebbe alla stabilità delle abitudini di vita della persona*»⁴⁶.

21. Con todo, conviene advertir que esta reforma está siendo bastante criticada por la doctrina, incluso la que había sido partidaria de ella en un primer momento⁴⁷. Además, como ilustraremos con posterioridad, el nuevo artículo 540 del Código Civil italiano prevé que los derechos de habitación y de uso sobre la vivienda familiar puedan conferirse al viudo incluso detrimento de otros familiares⁴⁸, medida que, a juicio de algunos autores, se antoja excesivamente favorable al cónyuge⁴⁹.

³⁸ A. GARGANO, “Il coniuge superstite, ¿un erede scomodo?”, *Rivista Notariato*, 1980, III, pp. 1622 y ss: hace énfasis en la violación del principio de la intangibilidad de la legítima de los descendientes que puede traer consigo el legado del derecho de habitación del nuevo art. 540 CC italiano.

³⁹ C. COPPOLA, “I diritti d’abitazione...”, ob. cit., pp. 101 y ss.: “*Con la Novella del 1975, si realizzarono, finalmente, le aspettative di quella ormai compatta dottrina que già da tempo auspicava un adeguamento, anche della materia successoria, all’attuale concezione della famiglia: non più la grande, ma la piccola famiglia, intesa come núcleo sociale primitivo, in cui il coniuge viene ad assumere un ruolo preminente ed in cui deve essere valorizzato il suo contributo lavorativo all’incremento del patrimonio*”.

⁴⁰ L. MENGONI, “Successioni per causa di morte. Parte Speciale. Successione legittima”, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, CICU E MESSINEO, p. 166.

⁴¹ “*La finalità della norma è, comunque, anche di natura económica*”: FERRARI, “Appunto sugli aspetti sucesorio della reforma del diritto di famiglia”, in *Diritto di Famiglia e delle personae*, 1978, p. 1357.

⁴² GAMBARDELLA, “I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite: una nuova figura di riserva”, *Rassegna di diritto civile*, 1989, p. 692: “*si individua, esattamente, la ratio della citata disposizione nella tutela di esigenze etiche, morali e sentimentali che esigono la conservazione, al coniuge superstite, del godimento del medesimo ambiente in cui si era svolta la vita familiare*”.

⁴³ “*Gli interpreti hanno raggiunto una sostanziale unità di vedute, ristringendo generalmente la ratio dell’istituto nell’intento di tutelare il coniuge, non tanto, o quanto meno non solo, sotto l’aspetto patrimoniale, quanto, soprattutto, sotto quello ético e sentimentale, nella convinzione che la ricerca di un nuovo alloggio potrebbe, altrimenti, essere fonte di un grave danno, psicologico e materiale, per la stabilità di vita e di abitudini della persona*”: C. COPPOLA, “I diritti...”, ob. cit., pp. 104 y ss

⁴⁴ “*le ragioni che hanno indotto il legislatore in questa scelta riposano sulla presunta esigenza di tutelare lo stato di benessere físico e psíquico del coniuge (...) il quale potrebbe essere alterato dall’abandono della casa in cui ebbe a vivere con il proprio compagno di una vita o dall’idea di doversi distaccare dal luogo e dalle cose*”: V. BARBA, *La successione dei legittimari*, Edizioni Schientifiche Italiane, 2020, p. 72.

⁴⁵ La Corte di Cassazione italiana equivale al Tribunal Supremo español.

⁴⁶ Cassazione civile, Sez. II, sentenza n. 2754 del 5 febbraio 2018.

⁴⁷ L. MENGONI, “Successioni per...”, ob. cit., pp. 148 y ss.

⁴⁸ E. BELLISARIO, “Successione necesaria e famiglie plurinucleari: ancora sul conflitto trta figli e nuevo coniuge del de cuius”, *Rassegna di Diritto Civile*, ed. Scientifiche Italiane, 1-2017, pp. 318 y ss., “*queste scelte pro-coniuge, già di per sé ritenute eccessive, rilevano un squilibrio ancor più marcato, tutto a scapito dei figli della prima unione, nel caso di successive nozze- per vedovanza o per divorcio- del de cuius*”

⁴⁹ V. BARBA, “El legado ex lege de vivienda familiar a favor del cónyuge viudo en el derecho italiano”, en *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, GARCÍA MAYO, M. (dir.), ed. Bosch, 2020, pp. 356 y ss.

2. Una legítima en plena propiedad

22. Como se ha explicado en el epígrafe anterior, a partir de la reforma de 1975 la ley italiana reserva al cónyuge viudo una cuota de la herencia en plena propiedad, variable, en función del número y clase de legitimarios con quienes concurra a la herencia.

Así, de acuerdo con los artículos 540 y siguientes del Código Civil italiano, si el cónyuge viudo es llamado como único legitimario a la herencia del causante, su legítima consistirá en la mitad del haber hereditario, siendo la otra mitad de libre disposición. Por el contrario, si concurre con un solo hijo, su cuota legitimaria será de un tercio, otro tercio corresponderá al hijo y el restante será de libre disposición; en el supuesto de que concurra con dos o más hijos, la legítima del cónyuge se verá reducida a una cuarta parte del haber hereditario, siendo la legítima de los hijos de dos cuartos y el cuarto restante de libre disposición. Por último, si el cónyuge sin hijos fuera llamado a la herencia únicamente con ascendientes, su cuota de legítima consistiría en la mitad del caudal, correspondiendo a los ascendientes un cuarto y quedando el último cuarto de libre disposición⁵⁰.

23. Es indudable que el reconocimiento al cónyuge viudo de una legítima en plena propiedad contribuye a mejorar su situación jurídica a la muerte del causante, frente al usufructo *more uxorio* a que tenía derecho en la legislación anterior: *«in precedenza, infatti, la posizione successoria del coniuge risultava palesemente subordinata rispetto a quella dei discendenti (...) la posizione del coniuge fosse tutelata in maniera del tutto marginale»*⁵¹.

24. En este sentido algunos autores destacan que, a través de la reforma, el legislador ha pretendido equiparar los derechos sucesorios del supérstite a los de otros familiares, especialmente hijos y descendientes⁵². Concretamente, CIPRIANI propone que la razón de ser de la reforma podría encontrarse en la necesidad de protección de la mujer, tradicionalmente en una situación más débil y a quien podía afectar en mayor medida la muerte del causante⁵³. Ciertamente, la legítima en plena propiedad fortalece la posición del cónyuge supérstite, pues puede disponer libremente de su cuota de legítima sin depender de otros parientes del causante, situándose de esta forma en una posición de igualdad respecto de otros legitimarios -particularmente los descendientes- tradicionalmente más favorecidos por la ley. En contra, esta facultad de disponer libremente podría dar lugar, potencialmente, a situaciones injustas si los bienes adjudicados en propiedad al cónyuge viudo son de procedencia familiar, con el consiguiente peligro de que acabaran en manos de extraños. En España este argumento no ha perdido fuerza y la mayor parte de propuestas están encaminadas a tratar de garantizar al supérstite su vivienda habitual a través de un derecho de usufructo vitalicio, siendo minoritarios, en cambio, los partidarios de concederle una legítima en plena propiedad⁵⁴.

25. Por otro lado y a salvo de los bienes de procedencia familiar, en el contexto socioeconómico actual -que antes comentábamos- en el que la situación económica del matrimonio suele ser el resultado de un esfuerzo común⁵⁵, parece lógico que el supérstite pueda recibir del causante tales bienes en plena propiedad y no en usufructo.

⁵⁰ Artículos 540.1 (sólo el cónyuge); 542. 1 y 2 (el cónyuge con uno o varios hijos); 544.1 (el cónyuge con ascendientes) del Código Civil italiano.

⁵¹ N. CIPRIANI, "Successione necessaria...", ob. cit., p. 406.

⁵² *«Il trattamento assai più favorevole riconosciuto al coniuge supérstite (...) con l'attribuzione di una rilevante quota in proprietà e con la coerente abolizione dell'usufrutto uxorio; in definitiva, con una sostanziale equiparazione della posizione ereditaria del coniuge a quella dei figli»*; *«una sostanziale uguaglianza patrimoniale dunque tra tutti i componenti della famiglia che non poteva non protrarsi anche oltre la morte di uno dei coniugi»*: P. FORCHIELLI, "Aspetti sucesori della riforma del diritto di famiglia" *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1975, pp. 1013 y ss.

⁵³ N. CIPRIANI, "Successione necessaria...", ob. cit., p. 407: *«le ragioni di questa svolta sono ben note: l'esigenza di riconoscere una posizione più favorevole al coniuge si inserisce soprattutto in una prospettiva di valorizzazione e tutela della posizione della donna che, essendo tradizionalmente il coniuge economicamente debole, era anche quello per il quale la vicenda successoria poteva avere le conseguenze più negative»*.

⁵⁴ J. DELGADO ECHEVARRÍA, "Una propuesta...", ob. cit., pp. 120 y ss.

⁵⁵ S. DÍAZ ALABART, "Últimas tendencias...", ob.cit., pp. 195 y ss.

26. Finalmente, es conveniente no perder de vista que conferir una legítima en plena propiedad al cónyuge superviviente podría implicar la necesidad de incrementar la cuantía de la legítima, por lo que en última instancia acabaríamos limitando la autonomía de la voluntad del causante. En Italia, por ejemplo, vemos que en caso de que concurren a la herencia un hijo y el cónyuge, la ley reserva a cada uno un tercio del haber, por lo que el causante sólo podrá disponer libremente del tercio restante. Si concurren dos o más hijos a la herencia junto al cónyuge, la restricción es aún mayor, ya que en este caso sólo una cuarta parte de la masa hereditaria será de libre disposición.

27. Tomando en consideración todo lo expuesto podemos concluir lo siguiente:

Primero, la reserva necesaria por la ley de una parte de la herencia en plena propiedad a favor del cónyuge viudo, al añadirse a la correspondiente a los descendientes, no sólo no aumenta, sino que restringe fuertemente la autonomía de la voluntad del testador, ya que la parte de la herencia de que puede disponer libremente el causante se reduce.

Segundo, si bien este precepto presenta ciertos beneficios como la mejora de la posición jurídica del cónyuge viudo a la muerte del causante o su equiparación a los descendientes -tradicionalmente más protegidos por el legislador-, este aparente progreso se produce a costa de una disminución de la libertad de testar, algo que no está en consonancia con la realidad social que nos rodea.

Finalmente, aunque es una clara ventaja a favor del viudo la facultad de disponer de su legítima libremente al haberla recibido en plena propiedad y no en usufructo, esto puede dar lugar a situaciones injustas cuando los bienes de que se dispone son de procedencia familiar.

3. El legado del derecho de habitación a favor del cónyuge superviviente

28. Como complemento a la reserva de una legítima en plena propiedad a favor del viudo, el legislador da un paso más y le confiere a través del art. 540, apartado segundo, un derecho de habitación sobre la vivienda familiar y un derecho de uso sobre los bienes muebles que se encuentren dentro de ella, como forma de garantizarle la posibilidad de continuar residiendo en su vivienda habitual mientras viva⁵⁶. Esta última figura conviene estudiarla con detenimiento, ya que ha dado lugar a importantes problemas interpretativos que, en opinión de algunos autores, no han terminado de resolverse de forma adecuada, siendo el resultado global «insatisfactorio»⁵⁷ y, en ocasiones, limitativo de la autonomía de la voluntad del testador.

29. El nuevo artículo 540 del Código Civil italiano establece en su apartado segundo:

«Al coniuge, anche quando concorra con altri chiamati, sono riservati i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni. Tali diritti gravano sulla porzione disponibile e, qualora questa non sia sufficiente, per il rimanente sulla quota di riserva del coniuge ed eventualmente sulla quota riservata ai figli».

El precepto reformado por la ley de 1975 regula una atribución patrimonial que, como veremos a continuación, se confiere al cónyuge viudo con independencia de su legítima y otros derechos sucesorios que puedan corresponderle en la herencia del causante. Aunque algunos autores han considerado estos derechos concedidos al cónyuge superviviente como derechos de naturaleza personal, de acuerdo con la mayor parte de la doctrina es preferible tratarlos como auténticos derechos reales⁵⁸.

⁵⁶ BELLANTONI PONTORIERI, *La riforma del diritto di famiglia*, Napoli, 1976, p. 337: lo scopo è di evitare che il coniuge superstite “sia buttato fuori dall’abitazione in cui ha convissuto con il defunto”.

⁵⁷ V. BARBA, “El legado...”, ob. cit., pp. 355 y ss.

⁵⁸ V. BARBA, en *La successione...*, ob. cit., p. 73. Ha de tenerse en cuenta que en Italia los derechos reales son numerus clausus, razón por la cual el hecho de que la ley no haga mención a los derechos de uso y habitación del art. 540 como derechos reales -aunque así los considere la doctrina- ocasiona ciertos problemas. Especialmente se plantea el problema de cómo realizar la inscripción en el Registro de esta clase de derechos, que es obligatoria. V. BARBA, en *La successione...*, ob. cit., pp. 73 y ss. (nota 122); MASCHERONI, “Art. 540”, in *Comm. C.c.. Delle successioni. Artt. 456-564*, GABRIELLI, E. (dir.), Torino, 2009, p. 572.

30. MENGONI ha definido el derecho de habitación del artículo 540.II del *codice civile italiano* como una sucesión basada en una «vocación anómala»⁵⁹. En general, parece existir cierto consenso en la doctrina italiana acerca de su naturaleza jurídica de disposición a título particular o legado⁶⁰. En efecto, consiste en una atribución patrimonial de derechos, de habitación y de uso, que recaen sobre unos bienes concretos y determinados -la vivienda familiar y los bienes muebles que se encuentren dentro de ella- con la especialidad de que, a falta de una previsión testamentaria en este sentido, se adquirirán *ex lege*, por ministerio de la ley⁶¹. En este sentido se ha pronunciado la Corte di Cassazione: «*Il diritto di abitazione, riservato dall'art. 540, secondo comma, c.c. al coniuge superstite sulla casa adibita a residenza familiare, si configura come un legato "ex lege", che viene acquisito immediatamente da detto coniuge, (...) al momento dell'apertura della successione*»⁶².

31. Como es sabido, la naturaleza de legado implica, entre otras consecuencias, que el cónyuge viudo tendrá la facultad de recibir estos derechos sin necesidad de aceptación⁶³ -en el momento de la apertura de la sucesión- aunque renuncie a la herencia⁶⁴, y le corresponderán tanto si se trata de una sucesión testada como *ab intestato*⁶⁵.

32. No obstante, algún autor⁶⁶ ha apuntado que los derechos de habitación y de uso sobre la vivienda familiar podrían consistir, en realidad, en un prelegado, con las consecuencias y problemas que pueden derivarse de ello, especialmente en el ámbito de la sucesión intestada, como estudiaremos más adelante. A favor de la naturaleza jurídica de prelegado se ha pronunciado la Sentencia de Casación en Secciones Unidas del 27 de febrero de 2013⁶⁷ -que comentaremos en próximos epígrafes- fuertemente criticada por la doctrina⁶⁸.

A) Problemas de interpretación del artículo 540. II

33. Si bien el legado del derecho de habitación sobre la vivienda habitual introducido por la ley de 1975, con carácter general, ha supuesto una mejora de la posición del cónyuge viudo, es una institución que no está exenta de problemas. A continuación señalaremos, a modo ilustrativo, los más relevantes.

⁵⁹ L. MENGONI, "Successioni per...", ob. cit., p. 165.

⁶⁰ G. VICARI, "I diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1978, p. 1314: "lo strumento giuridico che ci appare più idoneo alla funzione assegnatagli dal legislatore è il legato"; A. RAVAZZONI, "I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite", *Il diritto di famiglia e delle persone*, Giuffrè editore, Milano, 1978, p. 230: «si tratta, quindi, di un legato che, quando non derivi espressamente da una specifica disposizione testamentaria, deriva direttamente dalla legge; ed, al proposito, si suole parlare di legato *ex lege*».

⁶¹ A. MASCHERONI, "Il nuovo trattamento successorio del coniuge superstite" in *Il nuovo diritto di famiglia. Contributi notarili*, Milano, 1975, p. 635.

⁶² *Cassazione civile*, Sez. II, sentenza n. 6625 del 30 aprile 2012.

⁶³ "La successione a titolo particolare implica l'acquisto del legato immediatamente all'apertura della successione, mentre la quota di eredità viene acquistata dal coniuge superstite solo con l'accettazione": E. PEREGO, "I presupposti della nascita dei diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite", *Rassegna di Diritto civile*, Edizione Scientifiche Italiane, 1980, p. 714.

⁶⁴ G. VICARI, "I diritti...", ob. cit., pp. 1321-1323: "ci sembra di poter concludere che il coniuge superstite può rinunciare all'eredità ma ritenere il legato *ex lege* «internamente»"

⁶⁵ E. PEREGO, "I presupposti...", ob. Cit., p. 714: "il coniuge può anche rinunciare alla eredità e conseguire i diritti d'uso e abitazione (...)"

⁶⁶ A. RAVAZZONI, "I diritti...", ob. cit., pp. 233 y ss: "Ritengo, inoltre, trattarsi di prelegato (...) Risulta con molta evidenza dalla disposizione in esame, l'intenzione legislativa di attribuire carattere preferenziale a questa atribuzione a titolo particolare; ed invero, essa è perfettamente in linea con l'art. 558 c.c.. Carattere preferenziale che, secondo una certa doctrina e parte della giurisprudenza, sarebbe proprio, in linea di principio, di ogni prelegato".

⁶⁷ Cass., SS.UU., 27 de febrero de 2013, n. 4847, en *Leggi d'Italia*.

⁶⁸ V. BARBA, "Sui diritti successori di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Un altro passo indietro", *Giurisprudenza italiana*, 2013, p. 1.779 y ss.

a) Legado no imputable a la legítima del cónyuge viudo

34. Si atendemos a la literalidad del artículo 540.II, nos daremos cuenta de que los derechos de habitación y de uso sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario en la familia se imputan, en primer lugar, a la cuota de libre disposición: «*Tali diritti gravano sulla porzione disponibile*». Esto significa que el cónyuge viudo recibirá el legado además de su legítima y, solamente cuando la cuota disponible no fuera suficiente, la norma continúa diciendo que se imputará «*per il rimanente sulla quota di riserva del coniuge ed eventualmente sulla quota riservata ai figli*».

En otras palabras, el legislador ha pretendido conferir estos derechos de habitación y de uso al cónyuge viudo con independencia de la cuota de legítima que le reserva la ley, que se verá incrementada cuantitativamente por el valor de aquellos. Para que esto sea posible, ha sido necesario establecer un mecanismo de reducción de las restantes cuotas de la herencia a través de una serie de alternativas, subsidiarias unas de otras, de tal manera que el valor de los derechos de uso y habitación se imputará, en primer lugar, a la porción disponible y, sólo si ésta no fuera suficiente, a la legítima viudal y, por último, a la cuota reservada a los descendientes⁶⁹.

35. En virtud de lo expuesto se hace patente el carácter excepcional de este nuevo precepto en relación con el principio de intangibilidad –cuantitativa y cualitativa– de la legítima, base del derecho sucesorio italiano. No obstante, paradójicamente, la afectación de este principio fundamental no sólo no incrementa la autonomía de la voluntad del causante, sino que puede llegar a reducirla o suprimirla.

36. Así, con la expresión «*qualora questa non sia sufficiente*» la norma prevé la posibilidad de que pueda llegar a desaparecer la cuota de la herencia de libre disposición. Ciertamente, el legislador admite, en favor del cónyuge viudo y en detrimento de otros posibles herederos, que el testador pueda ver completamente anulada su autonomía de la voluntad, quedando obligado a dejar por testamento únicamente las legítimas que correspondan, ya que los derechos de habitación y de uso podrán llegar a «agotar» la porción disponible por testamento. En el contexto socioeconómico actual –que antes comentábamos– no deberíamos admitir que se prive al causante de su facultad de disponer, aunque sea en beneficio del cónyuge supérstite.

37. Por otro lado, los derechos de uso y habitación podrán gravar la legítima de los descendientes, algo insólito en el Derecho español –en el ámbito del Derecho común– donde, al menos, deberá reservarse la legítima estricta libre de cargas y gravámenes⁷⁰. En Italia, a partir de la reforma, los descendientes podrán recibir una cuantía inferior a lo que les correspondería por legítima, siempre que el valor de los derechos del artículo 540.II supere la porción disponible y la cuota legitimaria del viudo⁷¹, sin que

⁶⁹ Cassazione civile, Sez. II, sentenza n. 26741 del 13 novembre 2017: “*In tema di successione necessaria, i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, riservati al coniuge ex art. 540, comma 2, c.c. si sommano alla quota spettante allo stesso in proprietà, con conseguente incremento quantitativo di tale quota, gravando in primo luogo sulla porzione disponibile e, ove questa non sia sufficiente, sulla quota riservata al coniuge in proprietà nonché, eventualmente, su quella riservata ai figli; ciò implica che la determinazione della porzione disponibile e delle quote di riserva dei legittimari deve avvenire considerando il valore del “relictum” (e del “donatum”, se vi sia stato), comprensivo del valore della casa familiare in piena proprietà*”.

⁷⁰ A salvo de la ya comentada *cautela socini* que, como cláusula de opción compensatoria, permite que el usufructo universal a favor del cónyuge viudo grave la legítima de los descendientes, siempre y cuando estos últimos puedan optar por no aceptar el gravamen a cambio de recibir únicamente lo que por legítima estricta les corresponda.

⁷¹ Resultan muy ilustrativos los ejemplos que propone V. BARBA, en “La sucesión de los legitimarios...”, ob. cit., pp. 99-101, de los cuales sólo reproducimos uno en esta nota: “Para entenderlo analicemos el siguiente ejemplo. Fulano muere, dejando una esposa, dos hijos y una herencia por un total de 100. En este caso, la cuantía de la legítima del cónyuge viudo es un 1/4, mientras que la cuantía de la legítima de los hijos es la 1/2 y la cuantía de libre disposición es el otro 1/4. Si los «derechos de habitación y uso» valen 60, la parte de libre disposición se reduce siempre a 0, el cónyuge tendría derecho a una parte de los bienes del caudal hereditario equivalente a 25, además de una porción ascendente a 60 de «derechos de habitación y uso»: los primeros 25 pesan sobre la parte de libre disposición (que se reduce a cero), los 25 siguientes gravan la legítima del cónyuge viudo, que se reduce esencialmente a cero, y el excedente (igual a 10) pesa sobre la legítima de los hijos, que se verá reducida. En este último caso, el cónyuge tiene derecho a una porción equivalente a 60 y los hijos a una cuota ascendente a 40”.

se les reconozca por ello una acción de suplemento o reducción⁷². En palabras de VICARI: «*si conferma la scelta di una fin troppo accentuata posizione di inferiorità (dei discendenti) rispetto al coniuge*»⁷³.

38. Sorprende especialmente esta decisión legislativa habida cuenta de la excesiva protección de los descendientes legitimarios que se observa en otros preceptos del ordenamiento jurídico italiano. A título de ejemplo, valga mencionar que el ordenamiento jurídico italiano prevé que un legitimario que haya ejercitado con éxito la acción de reducción de una donación que lesione su legítima tiene la posibilidad de solicitar -cumpliendo los requisitos que le exige la ley- la restitución del bien donado por el causante en vida, aunque dicha donación se haya realizado mucho antes de la apertura de la sucesión, o incluso si tal bien donado ha sido enajenado a un tercero⁷⁴, facultad que no sólo implica una protección excesiva para el legitimario, sino que se convierte incluso en un auténtico obstáculo para la circulación jurídica de los bienes donados⁷⁵.

39. Finalmente, conviene hacer una breve referencia a la forma de cálculo del valor de los derechos de uso y habitación. Como es sabido, este cálculo se lleva a cabo a partir de una fórmula que tiene en cuenta la edad del cónyuge viudo, de tal manera que, cuanto más joven sea el cónyuge supérstite, mayor valor tendrán sus derechos de uso y habitación⁷⁶. Dicho de otra forma, a menos edad del cónyuge viudo, más se verá reducida la cuota disponible y más afectados podrán verse los legitimarios. Así, piénsese en el ejemplo típico de desestructuración familiar, en la que después del divorcio se contrae un segundo matrimonio con una persona mucho más joven: en este caso podría darse la circunstancia de que, por la edad del viudo, los hijos se vieran claramente perjudicados respecto de un supérstite que quizás ha convivido apenas unos pocos años con el causante⁷⁷.

b) Il diritto di abitazione en la sucesión ab intestato ¿estamos ante un prelegado?

40. La segunda cuestión controvertida que debemos analizar es si al cónyuge le corresponden los derechos que recoge el segundo apartado del artículo 540 no sólo en el ámbito de la sucesión testamentaria, sino también en la sucesión legítima o *ab intestato*. Lo cierto es que los artículos 581 y 582 del *codice civile italiano* no los mencionan, creando una aparente laguna normativa que ha dado lugar a diversas interpretaciones doctrinales.

41. Verdaderamente, si aceptamos como principio que estos derechos, a falta de disposición testamentaria en este sentido, tienen carácter de legado *ex lege* la respuesta debería ser afirmativa, de tal forma que se le reconocerán al cónyuge viudo, con independencia de que estemos ante una sucesión testamentaria o intestada. En este sentido resolvió la Corte Constitucional italiana⁷⁸ en sentencia de 5 de mayo de 1988: «*nella successione ab intestato sono attribuiti al coniuge nella sua qualità di legittimari*».

⁷² V. BARBA, en “La sucesión...”, ob. cit., p. 100.

⁷³ G. VICARI, “I diritti...”, ob. cit., p. 1320-1321.

⁷⁴ V. BARBA, en “La sucesión...”, ob. cit., pp. 89 y ss.

⁷⁵ GAZZONI, «Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c.c.)», *Giustizia civile*, vol. LVI, no. 1, 2006, pp. 3 y ss.

⁷⁶ Tabla que recoge los coeficientes para la determinación de los derechos de usufructo y habitación en vigor desde el 1 de enero de 2021, según decreto aprobado por Ministero dell’Economia e Finanze, el 18 de diciembre de 2020, publicado en *Gazzetta Ufficiale n.322, 30 dicembre 2020*.

Età beneficiario (anni compiuti)	0 a 20	20 a 30	31 a 40	41 a 45	46 a 50	51 a 53	54 a 56	57 a 60	61 a 63	64 a 66	67 a 69	70 a 72	73 a 75	76 a 78	79 a 82	83 a 86	87 a 92	93 a 99
Coefficiente	95%	90%	85%	80%	75%	70%	65%	60%	55%	50%	45%	40%	35%	30%	25%	20%	15%	10%

⁷⁷ G. VICARI, “I diritti...”, ob. cit., p. 1320: “*Le conseguenze appaiono poco ponderate dal legislatore soprattutto quando si tratta di piccoli patrimoni in cui cade in successione la sola casa coniugale e il coniuge supérstite è abbastanza giovane, per cui l’entità dei diritti di godimento può gravare notevolmente la quota degli altri legittimari*”.

⁷⁸ Corte Costituzionale, Ord., (ud. 21-04-1988) 05-05-1988, n. 527, Leggi d’Italia.

42. Ahora bien, el problema viene al plantearnos si tales derechos los recibe el cónyuge viudo además de la cuota que le corresponde por ley o, por el contrario, se imputan a aquella.

43. La Corte de Cassazione Civile se ha pronunciado en Secciones Unidas⁷⁹⁰ sobre el artículo 540.II, indicando que «*nella successione legittima spettano al coniuge del de cuius i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano previsti dall'art. 540, comma 2; il valore capitale di tali diritti deve essere stralciato dall'asse ereditario per poi procedere alla divisione di quest'ultimo tra tutti i coeredi secondo le norme della successione legittima, non tenendo conto dell'attribuzione dei suddetti diritti secondo un meccanismo assimilabile al prelegato*».

44. Siguiendo la tesis que ya en su momento apuntó RAVAZZONI⁸¹, en el ámbito de la sucesión intestada la jurisprudencia ha dotado a este derecho de una naturaleza jurídica de prelegado creando, a juicio de la doctrina, «un efecto distorsionante a favor del cónyuge y en detrimento de los demás sucesores»⁸². En opinión de BARBA, esta decisión no sólo no realiza una interpretación restrictiva en el ámbito de la sucesión forzosa -en consonancia con la realidad social actual-, sino que «*mortifica, e, quasi umilia l'autonomia privata (...)*»⁸³.

45. En efecto, para la Corte Suprema italiana, los derechos de habitación y de uso deberán de traerse del patrimonio hereditario y entregarse al cónyuge viudo con carácter previo, en el momento de la apertura de la sucesión intestada, como si se tratara de un prelegado, de forma que el valor de estos derechos se «prededucen» del haber hereditario, sin que después se impute a ninguna cuota de la herencia⁸⁴. Ciertamente, es una teoría que facilita, en principio, la operación aritmética del reparto de las cuotas entre los herederos, sin embargo, conlleva, entre otras consecuencias, que la cuantía del patrimonio hereditario a dividir sea inferior a la realmente existente. En otras palabras, tratar esta clase de derechos como un prelegado afecta directamente a la cuota del resto de herederos⁸⁵ -que se verá reducida- sin que exista, en cambio, una previsión legal en este sentido, ya que la ley sólo contempla esta posibilidad para el ámbito de la sucesión testamentaria⁸⁶.

46. En la práctica jurídica llama la atención esta decisión del Alto Tribunal, ya que significa, en definitiva, dejar sin efecto las normas de la sucesión intestada que recoge el Código Civil italiano, al permitir que se modifiquen las cuotas de los herederos y la cuantía del patrimonio hereditario sin un fundamento legal para ello.

⁷⁹ Cass., SS.UU., 27 de febrero de 2013, n. 4847, en *Leggi d'Italia*

⁸⁰ En Italia, la Corte de Casación está formada normalmente por cinco jueces. Los casos más complejos que deciden cuestiones de interpretación de la ley son dictados en «secciones unidas», por un panel ampliado de nueve jueces.

⁸¹ A. RAVAZZONI, "I diritti...", ob. cit., p. 230: "*risulta, con molta evidenza dalla disposizione in esame, l'intenzione legislativa di attribuire carattere preferenziale a questa attribuzione a titolo particolare (...) carattere preferenziale che, secondo una certa dottrina e parte della giurisprudenza, sabbere proprio in linea di principio, di ogni prelegato*".

⁸² V. BARBA en "La sucesión...", ob. cit., p. 101 y ss.

⁸³ V. BARBA, "Sui diritti successori di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite. Un altro passo indietro", *Giurisprudenza italiana*, 2013, pp. 1781 y ss.

⁸⁴ V. BARBA en "La sucesión...", ob. cit., lo explica con un ejemplo en las pp. 102 y 103: "*Imaginemos que Fulano deja una esposa y dos hijos y una herencia de 100. Supongamos que el haber hereditario está compuesto solo por la vivienda familiar y que los «derechos de habitación y uso» valen 25 (hipótesis que garantiza la ausencia de una lesión a los legitimarios). Siguiendo la tesis de las Secciones Unidas de la Corte de Casación, los «derechos de habitación y uso» deben atribuirse inmediatamente al cónyuge (como si se tratara de un prelegado), y el residuo (consistente en la nuda propiedad de la vivienda familiar y de los muebles) se divide entre los herederos según las reglas de la sucesión legítima. En este caso al cónyuge le corresponde un 1/3, mientras que a los hijos les corresponden 2/3 de la herencia. Considerando que hemos asumido que los «derechos de habitación y uso» valen 25, si se resta 25 a 100, la herencia a dividir asciende a 75 cónyuge viudo no adquiere solo 25, ya que tenemos que añadir lo que recibió por efecto del prelegado, o sea, los «derechos de habitación y uso» que valen 25. Él recibirá, por lo tanto, 50*".

⁸⁵ V. BARBA, "Sui diritti...", ob. cit., p. 1782: "*all'esito, e sotto taluni profili, finisce, paradossalmente, per tradire il senso e la misura della stessa disciplina recata dell'articolo, prevedendo, nei fatti, che questo diritto debba gravare, indistintamente, sulla quota di tutti i successibili*".

⁸⁶ G. VICARI, "I diritti...", ob. cit., p. 1319: "*se fosse insomma un prelegato la disposizione graverebbe sempre e comunque sulla quota di tutti gli eredi, mentre il comma 2 dell'art. 540 c.c. presenta questa ipotesi solo come un'eventualità*".

c) Presupuestos para la concesión de los derechos de uso y habitación: el problema de la titularidad

47. El primer presupuesto objetivo a que la ley subordina el otorgamiento del legado del derecho de habitación a favor del supérstite es que la vivienda sea la habitual de la familia, es decir, aquella que los cónyuges han querido fijar como núcleo familiar y que la Corte Constitucional italiana ha definido como «*un complesso di beni funzionalmente attrezzato per assicurare la esistenza domestica della comunità familiare*»⁸⁷. De esta forma, el legislador excluye expresamente segundas residencias o, en general, bienes inmuebles de uso temporal, y exige una cierta estabilidad y continuidad⁸⁸.

48. Por su parte, la jurisprudencia aclara que el derecho de habitación presupone que el supérstite está residiendo en la vivienda familiar en el momento de la muerte de su cónyuge⁸⁹. Esto es, en su argumentación, el Alto Tribunal hace referencia al concepto de residencia del artículo 43 del Código Civil italiano -aquella en la que se reside habitualmente-, más allá de la acordada por los cónyuges, según el artículo 144 del mismo texto legal⁹⁰.

49. En cuanto al objeto del derecho de uso, el concepto de bienes muebles que recoge el artículo 540 del Código Civil italiano podría asimilarse a los «muebles de uso ordinario en la familia» a que también hace mención el artículo 1319 del Código Civil español, ya que la doctrina italiana ha querido interpretar la expresión «*mobili che la corredano*» en un sentido amplio, incluyendo no sólo bienes muebles en sentido estricto, sino todo aquello que se destina al uso habitual de la familia⁹¹. Quedarán excluidos, en cambio, los bienes de extraordinario valor, un valor que será calculado en función de las circunstancias del caso concreto y atendiendo, en todo caso, al haber hereditario del difunto⁹².

50. Finalmente, entre los requisitos objetivos que la ley exige para la concesión de los derechos de uso y habitación, tradicionalmente ha existido controversia en torno a la titularidad de los bienes sobre los que recaen estos derechos. La expresión «*se di proprietà del defunto o comuni*», contenida en el artículo 540.II del Código Civil italiano, si bien deja claro que el supérstite no encontrará ningún límite a su legado de uso y habitación cuando la propiedad de la vivienda familiar y los bienes muebles que se encuentren dentro de ella pertenezcan de forma exclusiva al difunto, se ha discutido a qué se refiere el legislador con el término «común».

51. En una primera teoría, pareciera que la norma alude a una situación de comunidad preexistente entre los dos cónyuges. En este sentido se pronunció en su momento la Corte Suprema italiana, afirmando que los derechos de uso y habitación no podrían conferirse al cónyuge viudo en caso de que la vivienda familiar o los bienes muebles ínsitos en ella pertenecieran en parte a un extraño -una persona distinta del supérstite- por existir una situación de comunidad entre éste y el difunto⁹³. Los argumentos

⁸⁷ Corte Costituzionale sent. n. 445 del 1989 ed ord. n. 20 del 1990

⁸⁸ COCCIA, “La casa familiare: qualificazione giuridica e diritti del coniuge”, *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 1985, Milano, pp. 728 y ss.

⁸⁹ Cass. civ. Sez. II, 27-02-1998, n. 2159: “il diritto di abitazione in discorso presuppone una residenza già in atto nella casa coniugale, alla morte del coniuge”.

⁹⁰ C. COPPOLA, “I diritti...”, ob. cit., p. 125.

⁹¹ “ricomprendere anche tutti i beni mobili che hanno funzione di arredo e così, non solo i mobili nel senso merceologico del termine, ma anche gli elettrodomestici, i quadri, i libri, gli oggetti decorativi nonché i servizi che ne fanno parte integrante in quanto destinati alla fruizione del nucleo familiare in rapporto armonico con le sue esigenze socio-economiche”: COCCIA, “La casa familiare...”, ob. cit., p. 730.

⁹² A. GARGANO, “Il coniuge...”, ob. cit., p. 1626.

⁹³ Cass. civ. Sez. II, 22-07-1991, n. 8171: “i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la arredano, previsti in favore del coniuge supérstite (...) presuppongono per la loro concreta realizzazione l'appartenenza della casa e del relativo arredamento al “de cuius” o in comunione a costui e all'altro coniuge, non potendo estendersi a carico di quote di soggetti estranei all'eredità nel caso di comunione degli stessi beni tra il coniuge defunto e tali altri soggetti”; Cass. civ. Sez. II, 23-05-2000, n. 6691: “eve, quindi, conclusivamente rilevarsi che la locuzione “se di proprietà del defunto o comuni” sia da interpretare “se di proprietà del defunto o comuni tra i coniugi”, secondo le regole della comunione ordinaria o legale di cui all'art. 177 c.c. e segg”.

los recuerda la Corte di Cassazione 6691/2000⁹⁴ señalando, entre otros, que de admitirse la teoría contraria el resto de los copropietarios podría encontrar su cuota gravada inesperadamente con derechos reales a favor del supérstite; así como que si el difunto fuera copropietario de la vivienda con un tercero y la estuviera ocupando en el momento de su muerte nacería a favor del viudo un derecho real que hasta entonces no había existido, algo que no tendría sentido.

52. No obstante, encontramos algunos autores en la doctrina italiana dispuestos a admitir el otorgamiento de estos derechos al cónyuge viudo, incluso cuando los bienes pertenezcan no sólo al difunto, sino a un tercero, extraño al matrimonio⁹⁵. Según esta línea de pensamiento, defender lo contrario implicaría que el causante podría perjudicar al supérstite y eludir la aplicación del artículo 540 simplemente enajenando a un tercero una cuota de la propiedad de la vivienda familiar. Ahora bien, ha de advertirse que, de acuerdo con esta parte de la doctrina italiana, en caso de que el inmueble pertenezca en común al difunto y a un tercero el derecho del cónyuge supérstite recaerá únicamente sobre la cuota correspondiente al primero⁹⁶ y, si el inmueble es asignado al otro copropietario y no admite cómoda división, el viudo sólo podrá reclamar el equivalente económico-monetario de sus derechos⁹⁷.

53. La polémica ha quedado zanjada definitivamente con la reciente sentencia del 28 de mayo de 2021 de la Corte de Casación que, ratificando sentencias anteriores y opiniones de la doctrina más reciente⁹⁸, se ha inclinado a favor de la primera teoría, resolviendo que para que nazcan a favor del cónyuge supérstite los derechos de habitación y de uso sobre la vivienda familiar y los muebles de uso ordinario en la familia, será necesario que tales bienes pertenezcan exclusivamente al cónyuge difunto o, en su caso, al difunto y al cónyuge supérstite: *«Con tale sentenza, che in questa sede si condivide, si affermava il principio (oggi ribadito) che «a norma dell'art. 540 c.c., il presupposto perchè sorgano a favore del coniuge superstite i diritti di abitazione della casa adibita a residenza familiare e di uso dei mobili che la arredano è che la suddetta casa e il relativo arredamento siano di proprietà del “de cuius” o in comunione tra lui e il coniuge, con la conseguenza che deve negarsi la configurabilità dei suddetti diritti nell'ipotesi in cui la casa familiare sia in comunione tra il coniuge defunto ed un terzo».*

d) ¿Es posible dejar la propiedad de la vivienda familiar a un tercero? La lesión cuantitativa o cualitativa del cónyuge viudo

54. Nos referíamos antes a la limitación de la autonomía de la voluntad del causante que ha supuesto el artículo 540.II del Código Civil italiano, en cuanto puede llegar a reducir drásticamente o, incluso, suprimir el tercio de libre disposición. A raíz de este precepto, sin embargo, no sólo ha quedado limitada cuantitativamente la libertad de testar del difunto sino también cualitativamente ya que no podrá

⁹⁴ “Cass. civ. Sez. II, 23-05-2000, n. 6691: *“Possono infine ricordarsi gli altri argomenti addotti dalla dottrina contraria alla configurabilità dei diritti di abitazione e uso dei mobili che la corredano, se la casa familiare appartenga anche a terzi, e cioè:*

(a) l'inammissibilità che la morte di un condomino faccia sì che gli altri comunisti trovino gravata di un diritto reale parziale anche la loro quota;

(b) l'inaccettabilità del fatto che, qualora il defunto fosse comproprietario pro-quota dell'alloggio con un terzo e lo occupasse, per la quota non di sua proprietà, a titolo di comodato, il superstite verrebbe ad ottenere, in forza della tesi che qui si critica, un diritto reale (sulla quota non del defunto) in precedenza inesistente;

(c) la singularità di un diritto di abitazione limitato ad una quota, ideale, dell'immobile o, per ipotesi, ad alcuni vani.”

⁹⁵ A. MASCHERONI, “Il nuovo...”, ob. cit., p. 638; VICARI, G., “I diritti...”, ob. cit., p.1329, *“si potrebbe interpretare l'espressione «se di proprietà del defunto o comuni» nel senso restrittivo secondo cui il diritto entra a far parte della riserva del superstite solo se la casa è stata o in proprietà esclusiva del de cuius, o in coproprietà con l'altro coniuge. Ciò porterebbe però ad una ingiustificata limitazione contraria allo spirito della norma, sicchè è preferibile concludere che il diritto, nel caso di comproprietà con terzi, resta limitato alla quota di immobile caduta in successione”.*

⁹⁶ G. VICARI, “I diritti...”, ob. cit., pp. 1329 y ss.

⁹⁷ G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 4ª ed., Torino, 2006, p.126.

⁹⁸ V. BARBA, en *La successione...*, ob. cit., p. 75.

realizar ningún acto de disposición de bienes que resulte incompatible con los derechos de habitación y de uso reconocidos al cónyuge supérstite, ni siquiera dentro de los límites del tercio de libre disposición⁹⁹.

Por esta razón, no podemos dejar de preguntarnos qué ocurriría en caso de que el causante decidiera disponer a través de testamento de un derecho que fuera incompatible con los derechos de uso y habitación del cónyuge viudo a favor de otra persona. En efecto y por poner un ejemplo, legar a un tercero distinto al cónyuge un derecho de propiedad sobre la vivienda habitual de la familia, conllevaría una lesión cualitativa de los derechos reconocidos al supérstite en el artículo 540.II.

55. BARBA, descartando que esta clase de disposición pueda resultar nula o ineficaz, y en el ánimo de respetar y proteger en todo caso la voluntad del causante, opina que el supérstite, en un supuesto de lesión de su derecho -tanto cuantitativa, como si es solamente cualitativa- debe interponer una acción de reducción¹⁰⁰, con la particularidad de que estará dirigida únicamente contra la persona que se ha visto beneficiada por la atribución incompatible. Además, ha de destacarse que, llegada la circunstancia de que se trate de una lesión puramente cualitativa, en otras palabras, que respete la cuantía de la cuota de libre disposición, estará igualmente sujeta a reducción. Eso sí, en este caso concreto, BARBA propone que el cónyuge viudo abone una compensación¹⁰¹ al beneficiario del derecho sujeto a reducción de manera que pueda recibir en última instancia, al menos, el valor de la atribución recibida del causante: «de lo contrario, veríamos una paradójica reducción de una donación incluida en la cuota de libre disposición»¹⁰².

B) Conclusiones acerca del legado de los derechos de uso y habitación: ¿Un instrumento al servicio de la voluntad del causante?

56. De todo lo expuesto acerca del legado de los derechos de uso y habitación que regula el segundo apartado del artículo 540 del Código Civil italiano, podemos concluir lo siguiente:

57. La finalidad de la reforma legislativa italiana de 1975 fue otorgar una mayor protección al cónyuge viudo en el deseo de paliar, de alguna manera, no sólo las consecuencias físicas o patrimoniales, sino también las psíquicas que pudiera traer consigo la muerte del causante. En efecto y como hemos señalado anteriormente, a la muerte del difunto es frecuente encontrarnos con un cónyuge viudo pensionista en una situación de desamparo, desde luego mayor que la que pueden tener los descendientes -normalmente en edad de trabajar y de obtener sus propios ingresos-, situación a la que hay que añadir el duelo de quien ha perdido a un ser querido. Naturalmente, el legislador no sólo reserva al supérstite una legítima, sino que procura garantizarle la posibilidad de continuar residiendo en su vivienda habitual, aquella en la que ha ido construyendo su hogar y en la que tiene todos sus recuerdos. Lo cierto es que, en última instancia, esta norma aspira a cumplir la voluntad más frecuentemente manifestada por el testador, esto es, proteger lo máximo posible al cónyuge viudo. No obstante, paradójicamente, el resultado es, aunque favorable al supérstite, una restricción aún mayor de la libertad de disponer del causante.

58. Verdaderamente, esta institución con naturaleza jurídica de legado es desafortunada en su redacción y planteamiento, al haber resuelto el legislador que los derechos de habitación y de uso no sean imputables a la legítima del cónyuge viudo, sino solamente cuando la porción disponible no fuera suficiente¹⁰³. Como se ha apuntado, el valor de estos derechos debe añadirse a lo que por legítima corres-

⁹⁹ V. BARBA, *La successione dei legitimari*, ob. cit., pp. 80 y ss.

¹⁰⁰ Aunque V. BARBA habla de acción de reducción, en España su propuesta equivaldría a una acción de rescisión del derecho de propiedad concreto que lesiona cualitativamente los derechos de uso y habitación reconocidos al cónyuge supérstite. Por ello y como comentamos en la línea siguiente, propone abonar al afectado por esta acción una “compensación”, para cumplir, de alguna manera, la donación hecha por el causante con cargo a la cuota de libre disposición.

¹⁰¹ SCHIAVONE, “I diritti di abitazione e d’uso attribuiti al coniuge supérstite nella successione ab intestato”, *Fam. e Dir.*, 1997, p. 155

¹⁰² V. BARBA, “El legado ex lege...”, ob. cit., pp. 364-366.

¹⁰³ V. BARBA en “La sucesión...”, ob. cit., p. 104, propone, en cambio, la siguiente redacción: “*Al coniuge sono riservati*

ponde al viudo, privando para ello, si es necesario, de toda libre disposición al causante, incluso con la posibilidad de gravar, en su caso, la legítima de los descendientes. Esta figura implica, por lo tanto, un fuerte obstáculo a la libertad de testar del difunto que no se corresponde con los tiempos actuales.

V. Claves para una reforma en España a la luz de la experiencia italiana

59. Examinados los derechos sucesorios que concede la legislación italiana al cónyuge viudo -con sus ventajas e inconvenientes- volvemos a España para preguntarnos cuáles deberían ser las claves de una mejora de la posición del cónyuge superviviente en el ámbito del derecho sucesorio ante una futura reforma¹⁰⁴.

60. Vistas con anterioridad algunas de las bases o intereses subyacentes que podrían fundamentar hoy en día la reserva de una legítima a favor del cónyuge viudo, esto es, la *affectio maritalis*, el papel del superviviente como elemento aglutinador del grupo familiar, su participación en la formación del patrimonio del causante o la solidaridad familiar, quedaría plantearnos de qué forma podría regularse dicha legítima. En otras palabras, si es conveniente el otorgamiento de la legítima del viudo en plena propiedad o, por el contrario, debería mantenerse la cuota viudal en usufructo.

61. A favor de la primera postura se han manifestado algunos autores de la doctrina. Según esta línea de pensamiento los cambios sociológicos y económicos producidos en los últimos años, concretamente en el ámbito de las relaciones familiares o en la formación de los patrimonios, aconsejan una legítima viudal en plena propiedad y no en usufructo¹⁰⁵, especialmente tomando en consideración que hoy en día el mantenimiento de los bienes en la línea familiar ha pasado a un segundo plano, pues el patrimonio es fruto del trabajo individual o, en su caso, del esfuerzo común de ambos cónyuges¹⁰⁶.

Entre las ventajas que presentaría este sistema, como se ha mencionado al analizar el régimen italiano, la reserva de una cuota en plena propiedad a favor del cónyuge viudo equipara su situación jurídica a la de los hijos y le permite disponer de su porción de la herencia con plena libertad. Además, esta clase de legítima evita los inconvenientes que lleva aparejados normalmente la desmembración del dominio en usufructo y nuda propiedad¹⁰⁷.

Ahora bien, no podemos olvidarnos de los inconvenientes anteriormente aludidos, esto es, la potencial situación de injusticia que puede surgir cuando el testador dispone de bienes de procedencia familiar -susceptibles de acabar en manos de extraños- o la disminución de la libertad de testar del causante que podría significar, en la práctica, aumentar la cuantía de la legítima con el fin de reservar en propiedad parte de ella al cónyuge superviviente. Respecto al primer punto, FERNÁNDEZ ECHEGARAY, partidario de otorgar al cónyuge un tercio de la herencia en concepto de nuda propiedad, propone que, en caso de que los bienes sean privativos del difunto se concedan en usufructo para evitar «transmisiones de patrimonios por razón de matrimonio»¹⁰⁸. En cuanto al segundo aspecto aludido, es preciso que el

i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso dei mobili che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni tra il defunto e il coniuge superstite. Tali diritti tenuto a un indennizzo a favore dell'eredità e degli eredi. Lo stesso diritto spetta al convivente, ancorché costui non sia legittimario”.

¹⁰⁴ “Creemos que ha llegado el momento de amparar de forma privilegiada los derechos sucesorios del viudo (...)” FERNÁNDEZ ECHEGARAY, “La libertad de testar del causante como protección sucesoria del cónyuge viudo en el siglo XXI”, *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, CAPILLA RONCERO, ESPEJO LERDO DE TEJADA, ARANGUEN URRIZA, (dir.), MURGA FERNÁNDEZ, HORNERO MÉNDEZ, (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 515.

¹⁰⁵ Así, T. F. TORRES GARCÍA, y M.^a P. GARCÍA RUBIO, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, pp. 162 y ss.

¹⁰⁶ En este sentido J. DELGADO ECHEVARRÍA, “Una propuesta...”, ob. cit., pp. 120 y ss.

¹⁰⁷ F. J. OLMEDO CASTAÑEDA, “La legítima en el Derecho común: ¿supresión o reducción?”, *Revista Jurídica del Notariado*, números 102- 103, abril-septiembre 2017, p. 594: También hace notar el autor la frecuencia con la que la cuota usufructuaria es conmutada en la práctica notarial por un capital en dinero.

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, “La libertad...”, ob. cit., p. 503.

legislador se cuestione cuál es verdaderamente el fundamento de la legítima y el interés necesitado de una especial protección, ya que no tendría sentido que por proteger al supérstite termináramos privando de libertad de testar al causante, como ocurre, de *facto*, en el Derecho italiano.

62. En contra de esta línea de pensamiento otros autores defienden el mantenimiento de la legítima del viudo en forma de una cuota usufructuaria, combinada con la posibilidad de conmutar concedida a los herederos gravados¹⁰⁹.

Otras propuestas que han sido planteadas por la doctrina van en la línea de mantener la cuota viudal usufructuaria concediendo al viudo la iniciativa para proceder a la conmutación¹¹⁰ -no sólo en los casos en que concurra con hijos sólo de su consorte¹¹¹; la posibilidad de establecer una duración mínima del matrimonio para la concesión de ciertos derechos al supérstite¹¹²; o incluso una idea que ya en su momento fue apuntada por CASTÁN¹¹³, a saber: que la legítima del viudo que concurra con descendientes sea una cuota usufructuaria y, si acude a la herencia con ascendientes o extraños, en plena propiedad.

63. Por su importancia conviene detenerse brevemente en la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Así, los académicos han decidido apostar por el mantenimiento de una cuota legitimaria en usufructo a favor del viudo, aunque reduciendo su cuantía, de manera que ésta será de un tercio, un cuarto o la mitad del caudal hereditario, según el viudo acuda a la herencia con uno o varios descendientes, o sólo con ascendientes¹¹⁴.

Al mismo tiempo, se sugiere una significativa reducción de la legítima de los descendientes que, además, pasará a ser variable, de tal forma que, en caso de concurrir a la herencia el cónyuge y un único legitimario, la legítima de este último consistirá únicamente en un tercio del haber hereditario, mientras que en caso de existir dos o más hijos, la legítima será de la mitad del patrimonio y de ésta una cuarta parte estará destinada a la mejora, porción libremente disponible por el testador a favor de los descendientes.

De esta forma, la Asociación no ha considerado necesario alterar la configuración general de la legítima viudal como cuota usufructuaria, amparándose en la participación que normalmente tiene el cónyuge en la formación del patrimonio familiar con independencia del régimen económico matrimonial elegido¹¹⁵.

64. Ahora bien, como novedad, la Propuesta de Código Civil regula por primera vez la posibilidad de gravar la legítima de los descendientes y ascendientes con un derecho de usufructo a favor del cónyuge viudo sin necesidad de establecer para ello una cláusula de opción compensatoria -tipo la cautela socini-, ya que la concesión de este derecho dependerá exclusivamente de la decisión del testador, que podrá conferirlo «aun gravando la legítima»¹¹⁶. Aunque esta medida pueda parecer contradictoria con la

¹⁰⁹ J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, “¿El usufructo como legítima del viudo?”, en *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, CAPILLA RONCERO, ESPEJO LERDO DE TEJADA, ARANGUEN URRIZA, (dir.), MURGA FERNÁNDEZ, HORNERO MÉNDEZ, (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 453 y ss.

¹¹⁰ En la actualidad la iniciativa para conmutar la legítima del viudo corresponde a los descendientes a menos que el supérstite concurra a la herencia con legitimarios que sean hijos sólo del causante.

¹¹¹ T. RUBIO GARRIDO, “Problemas actuales en materia de protección cualitativa y cuantitativa de la legítima”, *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados*, CAPILLA RONCERO, ESPEJO LERDO DE TEJADA, ARANGUEN URRIZA, (dir.), MURGA FERNÁNDEZ, HORNERO MÉNDEZ, (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 146 y ss.

¹¹² J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, “La inacabada reforma de la legítima del cónyuge viudo”, *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, A. L. REBOLLEDO VARELA, (coord.), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 292 y ss.

¹¹³ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol.2, Madrid, 1979, pp. 616-617.

¹¹⁴ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, ed. Tecnos, Madrid, 2018, «Artículo 467-5 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil publicada en el año 2018: Cuantía de la legítima del cónyuge viudo. 1. La legítima del cónyuge viudo está constituida por el usufructo de una parte del caudal fijado conforme a las reglas contenidas en el artículo 467.6, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 467-18. 2. Cuando concurra a la sucesión con descendientes el usufructo será de una cuarta parte, y se imputará a la porción de mejora del caudal. 3. Cuando concurra con un solo descendiente el usufructo será de una tercera parte, y se imputará a la porción de libre disposición. 4. Cuando concurra con ascendientes el usufructo será de la mitad del caudal, y se imputará a la porción de libre disposición».

¹¹⁵ G. GALICIA AIZPURUA, “En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal”, *InDret*, Barcelona, 2017, pp. 21 y ss.

¹¹⁶ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta...*, ob. cit., pp. 193 y ss.

decisión de disminuir la cuantía de la legítima del cónyuge viudo, ha de tomarse en consideración que lo que pretende en última instancia la propuesta de los profesores de Derecho Civil es la flexibilización del sistema legitimario y la ampliación de la libertad de testar del causante, algo que se logra, entre otras medidas, con la disminución de la cuantía de la legítima, en general. Sin embargo, como no siempre es factible garantizar al cónyuge viudo la posibilidad de continuar residiendo en su vivienda habitual, especialmente en los pequeños y medianos patrimonios donde el bien fundamental es la casa¹¹⁷, los profesores de Derecho Civil han querido conceder al testador la facultad de instituir al supérstite como usufructuario universal de la herencia sin ningún tipo de limitación, apoyándose en la frecuencia con que se acude en la práctica notarial a la cautela socini. Esto, recordemos, no es más que una facultad, de la que podrá hacer uso o no el testador y responde únicamente al deseo de garantizar la tutela jurídica y económica del cónyuge viudo, manteniendo inalterado su modo de vida, de acuerdo con los deseos del causante.

Así, el precepto propuesto señala que «no comporta vulneración de la regla de intangibilidad de la legítima el legado de usufructo recayente sobre ella cuyo beneficiario sea el cónyuge viudo, o un hijo o descendiente con discapacidad o cuya capacidad esté modificada en el momento de la apertura de la sucesión»¹¹⁸. Resulta llamativa esta propuesta de redacción, ya que comporta una importantísima excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, dejando abierta la posibilidad de establecer, no sólo un derecho de usufructo sobre la vivienda familiar a favor del cónyuge viudo¹¹⁹ sino también un usufructo universal vitalicio sobre todo el haber hereditario, con la facultad de gravar la legítima de descendientes o ascendientes sin que tengan los legitimarios opción alguna de eludir la restricción.

Si bien esta norma atiende mejor los deseos del testador y se corresponde con una creciente demanda social de conceder mayores derechos sucesorios al cónyuge supérstite, solventando además el problema de una potencial ineficacia de la cautela socini -en caso de presencia de algún legitimario díscolo-, al mismo tiempo implica un choque frontal contra un principio básico y fundamental de todo sistema legitimario como es el de la intangibilidad de la legítima.

65. Por nuestra parte, una propuesta de reforma en España podría ser un sistema similar al Derecho sucesorio italiano, que reconociera por ministerio de la ley a favor del cónyuge viudo un derecho de usufructo o de habitación y de uso sobre la vivienda habitual y bienes muebles ínsitos en ella, con la particularidad de que debería ser imputable a la legítima del viudo. En cuanto al exceso, nos inclinamos por acoger la opción que propone BARBA pensando en una futura reforma del régimen italiano, «*qualora questa non sia sufficiente, il coniuge è tenuto a un indennizzo a favore dell'eredità e degli eredi*»¹²⁰, de tal manera que, excediendo de la cuota de legítima del cónyuge viudo, éste deberá abonar una compensación a los legitimarios y herederos del causante, sin que en ningún caso pueda gravarse la legítima de los descendientes. No se propone que el exceso se impute a la cuota de libre disposición, ya que en su caso nos encontraríamos con una restricción, por ministerio de la ley, de la autonomía de la voluntad del causante, algo que no se corresponde con el contexto social actual. Por otro lado, si el causante tiene una porción de la herencia de la que puede disponer libremente, lo normal es que teste a favor de su cónyuge viudo.

Simplemente el hecho de reconocer por ministerio de la ley esta clase de derechos al supérstite se adapta a la actual demanda social de protección del cónyuge. Además, esta medida combinada con una disminución de la cuantía de la legítima -de descendientes, ascendientes e incluso del viudo -, podría ser suficiente para garantizar al supérstite lo más importante, esto es, continuar viviendo en su propia casa, a la vez que evitaría el problema del régimen sucesorio italiano aludido anteriormente, dado que no podría gravarse la legítima de los descendientes en ningún caso y tampoco supondría un freno a la libertad de disposición del causante.

¹¹⁷ M. A. EGUSQUIZA BALMASEDA, “Sucesión «mortis causa» ...”, ob. cit., págs.50-51: “*El cónyuge sobreviviente se enfrenta, a menudo, con dificultades económicas para abonar la parte que pueda corresponder a los herederos, incluso cuando el causante quiera otorgarle el beneficio económico máximo que la ley permite*”.

¹¹⁸ Art. 467-19 de la Propuesta de Código Civil, de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

¹¹⁹ Derecho que amplía al legitimario descendiente que tenga una discapacidad.

¹²⁰ V. BARBA, en “La sucesión...”, ob. cit., p. 104.

No obstante, como inconveniente, el viudo sólo vería garantizada su vivienda habitual y no así una posible segunda residencia u otros bienes que, en el fondo, considera suyos y ha estado utilizando como tales a lo largo del matrimonio. Asimismo, existiría el peligro de que, por no tener el viudo recursos suficientes, no fuera capaz de pagar la compensación económica al resto de descendientes y, por consiguiente, no pudiera hacerse efectivo finalmente el derecho de usufructo¹²¹.

66. Otra propuesta, en cambio, podría ir en la línea planteada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, concediendo al testador una facultad de establecer a favor del cónyuge superviviente un usufructo universal de toda la herencia, incluso gravando la legítima de los descendientes, sin que ello suponga una vulneración del principio de la intangibilidad de la legítima por así disponerlo la ley.

Esta clase de planteamiento se ampararía en la frecuencia práctica con la que el testador desea constituir a favor del viudo un usufructo universal -haciendo uso de la cautela socini-, al mismo tiempo que se adaptaría al legítimo interés del causante de asegurar al cónyuge sobreviviente no sólo su vivienda habitual, sino el uso y disfrute de todos los bienes de la herencia, sin que cambie la situación que ostentaba durante el matrimonio. Esta facultad en combinación con una disminución general de la cuantía de la legítima incrementaría *de facto* la libertad de testar del causante, hecho que normalmente irá en provecho del cónyuge viudo, dado que, como hemos explicado antes, el testamento más frecuente es el que deja lo máximo posible al cónyuge¹²².

No obstante, en cualquier caso, es preciso que meditemos sosegadamente cualquier reforma en este sentido, ya que una propuesta de este tipo vulnera gravemente el principio esencial de todo sistema legitimario: la intangibilidad de la legítima. El problema de fondo reside en que, si no se reforma en profundidad el sistema de legítimas tal y como lo conocemos se hace necesario introducir importantes excepciones -como la comentada- que afectan a principios fundamentales con el fin de adaptarlo a la realidad social. Ya advirtió MARTÍNEZ SANCHÍS de este peligro en su discurso de entrada a la Real Academia de la Jurisprudencia: el principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima «*constituye un dique que amenaza verse desbordado por las reformas introducidas en otros preceptos del Código civil y la presión de una realidad social que exige, cuando menos, una interpretación más flexible de la que se ha venido haciendo*»¹²³.

Ciertamente, la propuesta de la Asociación supondría un auténtico desbordamiento del sistema legitimario, razón por la cual deberíamos plantearnos si es sostenible en el tiempo mantener inalterado en su sustancia nuestro régimen sucesorio.

67. Ciertamente, ninguna solución es perfecta en el ámbito de las sucesiones y especialmente compleja resulta la cuestión de qué derechos conceder al cónyuge superviviente. Ha de estarse a cada caso concreto y aún con ello es verdaderamente complicado llegar a una solución que tanto testador como legitimarios consideren justa. Ahora bien, la sociedad ha cambiado y resulta evidente que no podemos continuar aferrándonos a un sistema que sobreprotege a los legitimarios descendientes, sino que debemos avanzar en favor de una mayor libertad de testar del causante a la vez que en una mejora en la protección de los derechos del cónyuge superviviente.

¹²¹ M. A. EGUSQUIZA BALMASEDA, “Sucesión «mortis causa» ...”, ob. cit., págs.50-51: “*El cónyuge sobreviviente se enfrenta, a menudo, con dificultades económicas para abonar la parte que pueda corresponder a los herederos, incluso cuando el causante quiera otorgarle el beneficio económico máximo que la ley permite*”.

¹²² A. CALATAYUD SIERRA, *Consideraciones acerca...*, ob. cit.

¹²³ MARTÍNEZ SANCHÍS, “Quo legitima...” Discurso..., ob. cit., Madrid, 2014.