

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE MARZO DE 1980 (R. A. 1558)

Sucesión abintestato de causante separado de hecho de su mujer. Derechos de la viuda.

Hechos.—El causante y la demandada contrajeron matrimonio el 11 de diciembre de 1927, del que tuvieron una hija, la demandante y recurrente.

El marido se fue a América, quedando aquí la esposa con su hija, que tendría entonces diecisiete años de edad.

A partir de la indicada marcha a América del esposo, y desde su regreso a Madrid, el matrimonio se mantuvo en situación de separación de hecho por causas que no importan a los efectos de este comentario.

Fallecido el marido sin haber otorgado testamento el 16 de octubre de 1970, el Juzgado de Primera Instancia de Madrid, núm. 32, dictó Auto con fecha 16 de octubre de 1971 declarando heredera abintestato a la hija, con reserva a la esposa de la cuota legal usufructuaria que asigna el artículo 834 del Código civil.

La esposa, unos dos años después de fallecido su marido, contrajo matrimonio con el hombre que vivía con ella en su domicilio, con anterioridad al óbito de aquél.

La hija del matrimonio dedujo demanda contra su madre, en solicitud de que se declarara nulo el Auto en el que se asignó a ésta la cuota legal usufructuaria del artículo 834 del Código civil alegando la apreciación de motivo de indignidad, concretamente adulterio, como causa de desheredación.

Concreción del tema.—Hacemos gracia de cuanto se refiere a la causa de indignidad y consecuente desheredación, desestimadas por el Juzgado, la Audiencia y el Tribunal Supremo, por no ser objeto de este comentario, para fijarnos, exclusivamente, en lo que dice la sentencia del recurso de casación respecto a la obtención de la cuota usufructuaria del cónyuge viudo separado de hecho de su consorte.

Considerando segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo: «Tampoco es de acoger el motivo que al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la LEC se fundamenta en pretendida violación del artículo 3.º del Código civil e interpretación errónea del 834 del propio Código, porque si bien es cierto que el primero sanciona que «las normas se interpretarán según

sus propias palabras... y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» y que «la equidad ha de ponderarse en la aplicación de las normas», el artículo 834 previene, en su redacción dada por Ley de 24 de abril de 1958, que «el cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado, o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora»... y «según la indicada normativa del precitado artículo 834, en contra de lo apreciado por la recurrente cuando se refiere a que el cónyuge «no se hallare separado», evidentemente se está refiriendo a la separación judicial, y no a la meramente de «hecho» o «amistosa», porque así lo evidencia la referencia que contiene el párrafo 1.º del artículo 835 del Código Civil, al expresar que «cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito», pues con ello claramente se da a entender que aquella referencia del artículo 834 a «separación» se contrae a la judicial, ya que sería absurdo y como tal rechazable, entender que contemplaba la simple separación de «hecho» o «amistosa» cuando precisamente se requiere su reconocimiento judicial cuando pende la demanda formulada con tal finalidad».

COMENTARIO

Se refiere, concretamente, al artículo 835 del Código civil, que acoge la sentencia para fundamentar la teoría correcta de que el 834 se refiere a la separación decretada a virtud de sentencia firme dictada por autoridad a quien corresponda la jurisdicción. Actualmente, la jurisdicción civil.

1. Siempre hemos tenido grandes dudas sobre la aplicación del artículo 835 del Código civil en cuanto a la continuación del pleito en el supuesto de que uno de los cónyuges falleciera durante la tramitación de aquél y, por tanto, con anterioridad a la sentencia.

Y esta duda la acrecentó la sentencia dictada por el Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica (1), de 15 de diciembre de 1975.

En causa seguida ante el Tribunal Eclesiástico en la que la esposa demandó de separación por causas de sevicias contra el marido y en la que solamente se había dado el Decreto de admisión, aceptado el poder y la comisión otorgados por la demandante en favor de Procurador y Abogado, y dado intervención en la causa al Ministerio Fiscal, se comunicó al Tribunal que la esposa había sido muerta al disparar sobre ella el esposo, con arma de fuego.

El padre de la esposa compareció ante el Tribunal *pidiendo que la causa sea proseguida*.

El Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica dirimió la cuestión incidental sobre los siguientes fundamentos:

a) La instancia, a tenor del canon 1732, empieza con la «litis contestatio» y, en este caso, antes de comenzar la instancia murió una de las partes.

(1) R. de Derecho Privado. Tomo de febrero de 1977, págs. 149-155.

b) *El canon 1971 sólo menciona como hábiles para acusar la separación conyugal a los cónyuges, y excluye a todos los demás aunque sean consanguíneos.*

c) *La separación se decreta teniendo en cuenta que la futura convivencia ha de ser demasiado difícil, pero habiendo muerto uno de los cónyuges, no cabe futura convivencia.*

d) *La acción para pedir la separación conyugal no podrá ser transferida a los legítimos herederos y*

e) *No cabe aplicar la figura jurídica de la intervención de un tercero.*

La Resolución declara: 1.º No procede admitir la petición del padre de la esposa fallecida por falta de legitimidad del padre. 2.º Procede declarar y declaramos nulo lo actuado por el Tribunal de Primera Instancia de Madrid, desde el fallecimiento de la esposa demandante.

2. Esta doctrina canónica es adecuada para la jurisdicción civil de España, donde actualmente se tramitan los juicios de separación matrimonial. Veámoslo.

3. Lo primero que todo Tribunal hace cuanto conoce el fallecimiento de alguna de las partes que estén en litigio, sea cualquiera la naturaleza de éste, es suspender la tramitación de la causa porque el Procurador carece de poder, lo que motiva su cese por muerte del poderdante, aunque pueda volver a comparecer con «nuevo poder de los herederos o causahabientes del finado». Artículo 9-7.º de la LEC.

Y aún creemos que ese fallecimiento es también motivo del cese del Letrado, porque siendo éste un cargo de confianza, es indudable que los herederos o causahabientes, tienen perfecto derecho a designar otro.

4. El litigio de separación, al fallecimiento de uno de los litigantes, puede estar, en uno cualquiera de los siguientes casos: a) En período de alegaciones, es decir: demanda, contestación, reconvencción en su caso, y contestación a ésta. b) En período de prueba. e) Y en el de vista y sentencia. Artículos 755 y 756 LEC.

En el último período cabe pensar que podrían los herederos o causahabientes comparecer y el Juez dictar sentencia, aunque ante la posible apelación de ésta el problema suscita graves dudas.

Y lo mismo sucede si pensamos en que el fallecido puede ser el acusado de culpable o el cónyuge inocente, si no sucede que ambos se acusan mutuamente de culpabilidad.

Y no hay que olvidar que conforme al artículo 74 del Código civil, «*La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto*, pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Tribunal que entienda o haya entendido en el litigio», con al única excepción, para los hijos, de la subsistencia de los efectos de la separación cuando ésta «se funde en el conato o la connivencia del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas».

El propio artículo 835, que habla de esperar al «resultado del pleito», en su párrafo 2.º manifiesta que: «Si entre los cónyuges separados hubiera medido perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos».

No agota ahí el Código el problema de la reconciliación, sino que en el artículo 1.439, reformado por Ley de 2 de mayo de 1975, dice que: «*La reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal, o la desaparición de las causas que la motiven, en los demás casos, no alterará la separación de bienes decretada, salvo que los mismos esposos acuerden lo contrario en capitulaciones matrimoniales.*».

La Ley del Registro Civil, por su parte, dispone en el artículo 76 que la reconciliación es inscribible en el Registro Civil, al margen de la inscripción del matrimonio.

De suerte que, mientras el pleito esté esperando su resultado y vivan los cónyuges cabe el perdón y la reconciliación, que no pueden otorgar más que ellos mismos.

Muerto uno de los separados, el problema cambia si hay sentencia firme de separación, porque ya no cabe otra cosa que estar a las resultas de lo establecido judicialmente.

5. Lo prescrito en el artículo 835 se basa en la transmisibilidad de las acciones, porque es bien sabido que a tenor del artículo 659 del Código civil «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte», teniendo que tomar aquí la palabra «derechos» como sinónima de «acciones».

A este respecto, el Tribunal Supremo declaró, entre otras, en sentencia de 22-5-950, que «la herencia no reviste, exclusivamente, un carácter patrimonial económico, pues además de bienes materiales, comprende derechos, acciones, y aun obligaciones que no pueden, en ocasiones, valorarse económicamente».

Aunque la acción es transmisible en la generalidad de los casos, como declara el artículo 1.526 del Código civil —cesión de créditos, derecho o acción— hay circunstancias en que la transmisión se prohíbe, porque no protege un interés patrimonial, como ocurre en el caso del artículo 151 —alimentos— cuyo párrafo 2.º acusa bien claro cuál es la razón del criterio prohibitivo, y también en el supuesto del artículo 653, en que la acción *propter ingratitudinem* atribuida al donante, como personalísima, no se transmite a sus herederos.

Castán Tobeñas, basándose en el artículo 1.895 de la LEC —adopción de medidas provisionales en relación con la mujer casada—, dice: «la diferencia entre uno y otro caso se manifiesta, principalmente, en materia de legitimación procesal, ya que, conforme al artículo 1.895, apartado 1.º de la LEC, *tratándose de separación, sólo los cónyuges pueden ser parte legítima en el juicio matrimonial* y en el proceso cautelar necesario para adoptar las medidas provisionales del artículo 68 del Código civil, mientras que el ámbito subjetivo de la legitimación es más extenso en materia de nulidad —ya nos ocuparemos de ello oportunamente—.

Otra sentencia de 11-10-943 declara que «cabe llegar a una determinación enunciativa de los derechos exceptuados de transmisión por causa de muerte, comprendiendo como intrasmisibles los personalísimos». Porque hay derechos transmisibles e intrasmisibles, heredables y no heredables.

Es notorio que hay derechos intrasmisibles—usufructo, uso, habitación—; lo que es igual a la intrasmisibilidad del derecho a su ejercicio. En

otros casos, de ciertos *derechos personalísimos*, sólo el titular puede ejercerlos, y ello ocurre, generalmente, con los de familia y también con algunos patrimoniales, siendo prueba de derechos intrasmisibles la que ofrece, respecto a contratación, el artículo 1.257 del Código al manifestar que: «Los contratos sólo produce efectos entre las partes, que los otorgan y sus herederos; *salvo en cuanto a éstos el caso de que los derechos y obligaciones que procedan del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la Ley*».

La sentencia de 19-9-964, entre otras, declara que «Es principio de todo ordenamiento jurídico que los derechos no pueden existir sin pertenecer a un sujeto», que es la persona investida del poder en que éste consiste. El poder es la acción que, como explica Manresa, «es el medio que conceden las leyes para ejercitar en juicio el derecho que nos compete».

La acción para pedir la separación matrimonial es personalísima, y sólo la pueden pedir y seguir los cónyuges, teniendo en cuenta la dificultad que puede encerrar la vida en común y la posibilidad de la reconciliación de que trata el artículo 74 y el propio artículo 835 del Código civil.

6. Además hay que tener en cuenta que según el artículo 52 del Código el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges; y si el matrimonio está disuelto por muerte de uno de los esposos, ¿qué separación cabe decretar?

Podrá objetarse que en la sentencia de separación cabe declarar la culpabilidad del esposo fallecido, que no significaría pérdida alguna para sus herederos, puesto que los gananciales y los bienes propios del muerto habría que entregárselos y el usufructo tanto de viudedad como aquel a que se refiere el artículo 1.403, se pierde por muerte del usufructuario, como dice el artículo 513; o que la culpabilidad pudiera ser atribuida al cónyuge superviviente, caso éste en que pudiera producirse la injusticia, es decir, el desacuerdo moral entre la realidad y sus efectos.

Pero el juicio de separación persigue, como fin principal, la separación y como efecto secundario la posible declaración de culpabilidad, como lo prueba el hecho de que, con independencia del pleito de separación, tan pronto como el órgano judicial es requerido para ello, aplica el artículo 68, cuya primera medida consiste en «separar a los cónyuges *en todo caso*».

Si nos fijamos en la doctrina sobre interpretación, veremos que la Sentencia de 23 de marzo de 1950 establece para la interpretación de las normas, que «es preciso partir de la literalidad de su texto, pero ha de tenerse en cuenta *el valor del resultado, a fin de que tal interpretación conduzca a una consecuencia racional en el orden lógico*», y no es lógico ni racional que se decrete la separación de unos cónyuges a quienes ya había separado la muerte.

Este criterio interpretativo no ha sido cambiado con la reforma del Título Preliminar del Código civil, que dice en el artículo 3.º-1, que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras...».

Si se cumpliera lo dispuesto en los artículos 364 y 365 de la LEC y las sentencias se leyeran en «audiencia pública», ¿cuál sería el asombro de los oyentes que escucharan que se separaba a unos esposos que ya estaban separados por el fallecimiento de uno de ellos?

El artículo 104 del Código civil establece que la separación produce la suspensión de la vida común de los casados y los demás efectos previstos en el artículo 73, que dispone la posibilidad de que el *cónyuge culpable*, a la muerte del inocente, recupere la patria potestad de que estuviera privado cuando la causa que dio origen a la separación no afecte a la formación moral de los hijos.

Castán Tobeñas (2) dice que de las obligaciones establecidas en el artículo 56 queda en suspenso la de la convivencia, subsiste íntegra la de la fidelidad y queda modificada la de auxilio o socorro mutuo.

7. El contraste entre los artículos 106 y 102 concreta aún más la calidad de personalísima que tiene la acción para pedir la suspensión de la vida en común.

El artículo 106 es tajante: «La separación sólo puede ser pedida por el *cónyuge inocente*».

Claro es que la redacción del precepto no resulta afortunado porque antepone un juicio de valor sobre la conducta del demandante, y son muchos los casos en que el *cónyuge inocente* es el demandado, que en consideración a su condición social, a los hijos, o a otra razón, prefiere seguir sufriendo las incomodidades de una vida en común difícil y hasta peligrosa, porque sabe que la separación conllevará una mayor libertad para el que incumple sus deberes matrimoniales. Lo que ocurre es que al final resultará quién es el inocente y quién el culpable, porque aquél con su reconvencción puede poner luz en el pleito.

El contraste con el artículo 106, el 102 dice que: «La acción para pedir la nulidad del matrimonio *corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualesquiera personas que tengan interés en ella*. «Se exceptúan los casos de raptó, error, fuerza o miedo en que solamente podrán ejercitarla el *cónyuge* que los hubiese sufrido; y el de la impotencia, en que la acción corresponderá a uno y otro *cónyuge* y a las personas que tengan interés en la nulidad».

La razón por la que el artículo 102 concede acción no sólo a los *cónyuges*, sino también al Ministerio Fiscal y a cualesquiera personas que tengan interés en ella está en el párrafo 2.º del propio artículo, referido a los casos de raptó, error, fuerza o miedo, que pese a limitar para estos supuestos la acción, «al *cónyuge* que los haya sufrido» no excluye al Ministerio Fiscal, pues como dice la *Circular de la Fiscalía de 8 de mayo de 1889*, el Ministerio Fiscal debe promover la nulidad *en todos los casos en que se trate de raptó, error, fuerza o miedo, debiendo intervenir además en los pleitos de nulidad*, a virtud de lo previsto en el artículo 838 de la Ley Orgánica».

El Tribunal Supremo sostuvo también este criterio en Sentencia de 5 de junio de 1926, diciendo que: «la audiencia del Ministerio público constituye una forma sustancial de los juicios de nulidad y de divorcio, cuya omisión produce la nulidad de los mismos, sin que baste a evitarla la renuncia de las partes».

(2) José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Común y Foral*. V. 1.º, pág. 904.

CONCLUSION

El artículo 835 del Código Civil, en cuanto dispone que «cuando estuvieren los cónyuges separados *en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito*» en el supuesto de fallecimiento de uno de ellos, para determinar los derechos del cónyuge viudo, es ineficaz; porque, como dice Royo Martínez, *la acción para pedir la separación es un derecho personalísimo*, «por lo que no podrá ser ejercitado por el representante legal del cónyuge», ni por sus herederos, decimos nosotros, ya que *actio personalis moritur cum personae*, y podría darse el caso de que respecto a actos y situaciones íntimas se condenara y venciera en juicio a quien no podía defenderse, contra el precepto del Libro XLVIII, tít. XVIII, regla 1.^a del Digesto, que establece: *Nemo condemnatus nisi auditus vel vocatus*.

JOSÉ LUIS DEL VALLE ITURRIAGA,

Académico de Número de la Real
de Jurisprudencia y Legislación