

**INSTITUCIONES SUCESORIAS NAVARRAS.
VIGENCIA Y ACTUALIZACIÓN DESDE
UNA VISIÓN JUDICIAL**

Nafarroako oinordetza-instituzioak. Legearen jadanekotasuna
eta eguneratzea ikuspegi judicial batetik

Inheritance institutions in Navarra. Validity and update
from a judicial perspective

José Julián HUARTE LÁZARO
Magistrado

Fecha de recepción / Jasotze-data: 26-02-2016

Fecha de aceptación / Onartze-data: 02-01-2017

La Compilación de Derecho privado foral de Navarra contiene una regulación extensa sobre donaciones y sucesiones. La actividad jurisdiccional pone de manifiesto diversas instituciones sobre las que se evidencia la necesidad de abordar su actualización, o en su caso la prudencia de reflexionar sobre las mismas, dada la evolución que, desde la aprobación de aquella y sus sucesivas reformas, ha tenido nuestra sociedad.

Palabras clave: Derecho privado foral de Navarra. Donaciones. Sucesiones. Actualización.



Nafarroako foru-zuzenbide pribatuaren konpilazioak dohaintzen eta ondorengotzen gainean duen erregulazio zabalean, eguneratu beharreko zenbait instituzio azpimarratzen ditu jurisdikzio-jarduerak, edo, bestela, horien gainean hausnartzeko beharra nabarmentzen, erregulazioa onartu zenetik eta eduki dituen ondoz ondoko erreformen ostean gure gizarteak izan duen bilakaera dela-eta.

Giltza-hitzak: Nafarroako foru-zuzenbide pribatua. Dohaintzak. Ondorengotzak. Eguneraketa.



In an extensive regulation on gifts and inheritance contained in Navarra's Compilation of foral private law, the judicial activity has demonstrated that various institutions clearly need to be revised, or in some cases, that it would be prudent to reflect upon them, given all of the changes that have occurred in our society since it and its subsequent reforms were approved.

Key-words: Navarra's regional private law. Gifts. Inheritance. Revision.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. DE LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN A TÍTULO GRATUITO. 1. De las Donaciones. 2. De las Sucesiones. III. DE LA CAPACIDAD DE TESTAR. IV. USUFRUCTO LEGAL DE FIDELIDAD, MIEMBRO DE PAREJA ESTABLE SUPÉRSTITE. V. DERECHOS DE HIJOS DE ANTERIOR MATRIMONIO ¿EXTENSIÓN? VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El origen de este trabajo está en la participación en el Simposio «Hacia la codificación del Derecho Civil de Navarra» organizado por el Parlamento de Navarra y la Fundación para el Estudio del Derecho Histórico y Autónomo de Vasconia, y que tenía por objeto «la fijación de unos puntos» que a mi juicio pudieran tener importancia en la consideración evolutiva del derecho foral navarro, que fijado en la Compilación de Derecho Privado Foral de Navarra o Fuero Nuevo, fue aprobada por Ley 1/1973, que se presentó según la propia Exposición de Motivos como «un fiel reflejo del derecho civil vigente en Navarra», y que ha sufrido diversas modificaciones, todas ellas parciales.

Se me encomendó referirme al tema de donaciones y sucesiones, que es objeto de una regulación completa en la Compilación, y que por su dimensión dada la naturaleza de este trabajo, no puede alcanzar a todas las instituciones, cuando además no todas ellas, ni muchos menos en su aplicación, han planteado conflictos que hagan necesario reflexionar sobre su vigencia.

Esa «fijación de puntos» encomendada, esa visión, no va a ser académica o doctrinal sobre la suficiencia y adecuación normativa de cada una de las distintas instituciones del derecho foral propias, a la que evidentemente no dedico mi actividad profesional, sino desde la visión que como juez he observado en la aplicación de ese derecho foral en los Tribunales de esta Comunidad Foral, que aunque no abarca todos los conflictos a que se presenta el derecho foral en el régimen sucesorio, por la evidente evolución social, es la visión más real pues refleja la judicialización en esta materia, y así trataré fundamentalmente de trasladarles determinadas instituciones y / o regulaciones que han generado

litigiosidad entre los ciudadanos, reflejadas en distintas resoluciones judiciales, que puedan servir para analizar la vigencia de determinadas previsiones legales sucesorias en el siglo XXI y con una proyección de futuro.

Como recoge Luna Serrano y aunque referido al derecho civil común, «frente a otros ámbitos del derecho civil las sucesiones por causa de muerte han sufrido escasas variaciones de alcance bastante limitado», cuando en «la realidad socioeconómica actual, concurren circunstancias muy diferentes a la de la publicación del Código», y que aquí podemos trasladar igualmente a la Compilación porque aunque la misma date de fecha muy posterior, no debe olvidarse que la misma no hacía sino recoger el derecho civil vigente en Navarra, en la que también se ha pasado «de la familia extensa a la familia nuclear» (Luna Serrano), y se ha producido una importante evolución no sólo respecto del concepto y extensión de la familia, como institución, sino también en relación con la conformación y mantenimiento del patrimonio de la misma.

Es evidente la evolución que ha experimentado nuestra sociedad, no sólo desde la fecha de vigencia de la Compilación (1973), sino desde la modificación operada en el año 1987 por la Ley Foral 5/1.987 de 1 de abril, así como incluso desde la LF 6/2000 de 3 de julio que afectó al régimen sucesorio; evolución que ha modificado sustancialmente los conceptos tanto sobre la persona, como sujeto de derechos al margen de su orientación sexual y familiar, como, y derivado de ello, que sobre el matrimonio y familia existían.

A la hora de considerar la procedencia de modificar o no la regulación vigente, lo que evidentemente corresponde al legislador foral, en este caso al Parlamento de Navarra, en que nos encontramos, varias son las cuestiones que voy a someter a reflexión, desde el prisma de si la regulación actual aborda esa evolución personal y social, así como las nuevas relaciones familiares que necesariamente afectan entre otros extremos al derecho sucesorio, y si lo hace desde el principio constitucional de igualdad y no discriminación, entre otros.

Se dice e insiste por el propio legislador que el FN recoge los antecedentes y la tradición jurídica de Navarra, pues bien si uno de los aspectos más interesantes de la tradición es que la misma genera confianza social, en el mundo del derecho por tal deberemos tener que esa tradición jurídica genere seguridad.

Nos debemos plantear si la actual regulación genera seguridad, sin olvidar que quizás sólo la tradición que es capaz de adaptarse al cambio social, es la que se mantiene, como una «tradición adaptada», ya que sino es útil a la sociedad, desaparecerá.

Desde estas premisas someto a reflexión diversas cuestiones judicializadas, pues se han materializado como una controversia jurídica real.

II. DE LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN A TÍTULO GRATUITO

En el Fuero Nuevo en el Libro II se regulan las sucesiones junto con las donaciones, denominando a aquellas «actos de disposición mortis causa», a la que le aplica unos principios fundamentales, entre los que cabe destacar, por constituir su filosofía, el de la libertad de disposición, al establecer que «pueden disponer libremente de sus bienes», así lo afirma la ley 149, «sin más restricciones que las establecidas en el título X de este Libro», disposiciones a título lucrativo que pueden ordenarse por donación inter vivos o mortis causa, pacto sucesorio, testamento y demás actos de disposición reconocidos en esta Compilación, y en defecto de estas disposiciones se produce la sucesión legal.

1. De las Donaciones

En relación con las donaciones (también objeto de análisis por su interrelación con las disposiciones sucesorias), a priori no aparece o se reitera una controversia judicial sobre las donaciones mortis causa (leyes 165 y ss.), ni sobre las donaciones inter vivos (leyes 156 y ss.), a salvo quizás la cuestión relativa a las causas legales de revocación de estas últimas.

La ley 162 punto 2º del FN dispone que también podrán ser revocadas las donaciones inter vivos por las causas establecidas en el artículo 648 del Código Civil, en cuyo apartado 1º se establece que podrá ser revocada la donación a instancia del donante por causa de ingratitud «si el donatario cometiere algún delito contra la persona, la honra o los bienes del donante» (en la redacción vigente cuando entró en vigor la LF 5/1987).

Esta causa 1ª ha sido objeto de interpretación «flexible» por parte de la jurisprudencia del TS que le lleva a acoger como causa el maltrato de obra o psicológico realizado por el donatario al afirmarse que dicho maltrato debe «quedar reflejado como un hecho integrado en la causa de ingratitud del artículo 648.1 del Código Civil», como se recoge en la reciente sentencia de TS nº 422/2.015 de fecha 20 de julio.

Asimismo por el TSJN en su sentencia nº 5/2006 de fecha 7 de abril analizó la causa de ingratitud del nº 1 del artículo 648 del Código Civil al que se remite la ley 162.2 del FN. En este caso siguiendo las SSTs de fechas 13/12/1993, 27/2/1995, 13/5/2000 y 19/2/2003 afirmó que si bien se ha abogado por una interpretación amplia del término ingratitud, se matiza que ello se refiere «a conductas socialmente reprobables constitutivas de delito, aunque este no se haya declarado formalmente», rechazando que la conducta imputada en ese caso, la de presionar la donataria a la donante en situación de necesidad para conseguir

la supresión de una cláusula que impedía hipotecar el inmueble donado, pudiera constituirse en causa de ingratitud.

Pudiera plantearse con ocasión del análisis de esta controversia y de esa interpretación flexible que en la indicada sentencia del TS se hace de la causa primera, la procedencia primero de regular en el propio FN las causas legales de ingratitud, máxime si tenemos en cuenta que conforme a la Disposición Adicional de la Compilación, introducida por la LF 5/1987, las remisiones que la Compilación hace al articulado del Código Civil se entenderán efectuados a la redacción que el mismo tenía a la entrada en vigor de dicha ley foral, y cuando además precisamente el artículo 648 del Código Civil al que se refiere la remisión fue objeto de modificación (apartados 1 y 2 por la Ley 11/1990 de 15 de octubre que sustituyó la expresiones honra por honor -1º-) y mujer por cónyuge -2º-), y en segundo lugar si de hacerlo, dentro de ellas, de las causas de ingratitud, es posible asumir alguna causa legal sustentadora de la ingratitud sin remisión exclusiva a esas conductas constitutivas de delito, pero que fueran relevantes de una ingratitud por parte del donatario, partiendo evidentemente del principio de irrevocabilidad de las donaciones perfeccionadas (ley 161).

2. De las Sucesiones

Por lo que hace referencia a las sucesiones el derecho civil foral regula como tales la transmisión de los bienes que se integran en el caudal relicto de una persona física cuando ésta fallece, dando lugar a la sucesión mortis causa.

Como antes se ha indicado es principio fundamental en las sucesiones la libertad de disposición del causante, «libre disposición de los bienes» como así lo afirma la ley 149, «sin más restricciones que las establecidas en el título X de este Libro».

La regulación contenida en el derecho civil foral atribuye al causante una amplia libertad de disposición sobre sus bienes, acogiendo una libertad de testar casi plena, pues la legítima como institución hereditaria no tiene un contenido económico real (legítima formal, ley 267 «no tiene contenido patrimonial») y las limitaciones son restricciones que no afectan a la libertad de testar propiamente, sino que moderan la misma en caso de concurrir determinados supuestos, y que pretenden amparar el principio de igualdad y de protección, entre otros principios (Título X del Libro II), como son el usufructo legal de fidelidad (ley 253 y ss.), la legítima (ley 267 y ss.), derechos de los hijos de anterior matrimonio (ley 272 y ss.), reserva del bínubo (ley 274 y ss.) reversión de bienes (ley 279 y ss.), y ello sin olvidar esas otras «limitaciones» no menos importantes, como son las convencionales derivadas de capitulaciones matrimoniales y pactos sucesorios

familiares otorgados con la finalidad de mantener la unidad de La Casa, que como principio fundamental recoge la ley 75.

Nos situamos por tanto ante un régimen jurídico en que la libertad de disposición es el principio inspirador.

Este principio no parece que sea objeto de controversia, en tanto en cuanto supone el ejercicio del derecho de libertad civil en el ámbito patrimonial sin restricción; libertad de disposición del testador que se está demandado para otros regímenes sucesorios dado el encorsetamiento a que en ellos se encuentra sometido el causante por el régimen de legítimas. Así Luna Serrano en el ámbito del derecho civil común plantea la conveniencia de modificar el sistema de legítimas «en el sentido sino de suprimirlas, como a mi juicio no debería descartarse, de reducir sensiblemente el quantum legitimario que hoy limita tan fuertemente la libertad de testar del de *cuius*», haciendo referencia a la «legítima corta».

La controversia jurídica se ha centrado no tanto en la existencia de la legítima sino en los efectos de la preterición del legitimario. Frente al criterio de la Audiencia Provincial de que la preterición a tenor de lo dispuesto en la ley 271 del FN no puede tener otro efecto que «la declaración de nulidad de la institución de heredero», con la consiguiente apertura de la sucesión legal, en la STSJN n° 21/2008 de fecha 1 de diciembre, se opta por una nulidad circunstancial:

«La preterición determina en efecto la nulidad de la institución de heredero (*ley 271 del Fuero Nuevo*), pero –como antes se ha dicho– en la medida de la preterición impugnada, esto es, en cuanto lo requiera el reconocimiento efectivo de los derechos hereditarios del preterido impugnante», por lo que «la nulidad de la institución, por preterición de algunos de los legitimarios, no puede conducir –como acaba de señalarse– a la apertura de la sucesión legal en favor de todos ellos, aun no incurso en preterición (*ley 270 del Fuero Nuevo*), o aquietados a la preterición sufrida; ni tiene por qué transformar la delación testamentaria del legitimario instituido heredero –en este caso, la de la demandada recurrente– en una delación legal, con su inclusión en la declaración de herederos abintestato», pues «la compatibilidad de la sucesión voluntaria y la legal, el carácter supletorio de la segunda y la conservación en lo posible de la voluntad del causante inducen a limitar las consecuencias de la preterición parcial al reconocimiento y la atribución al preterido impugnante de la porción hereditaria que hubiera debido corresponderle en la sucesión del causante».

Parece por tanto acorde con ello el mantenimiento del principio de libertad de testar, y dentro de esta, esa libertad de testar «compartida» como son los pactos sucesorios (leyes 172 y ss.), y con la amplitud que contempla la ley 177 «pactos de institución» que permite que los pactos sucesorios puedan contener cualesquiera disposiciones mortis causa a favor de los contratantes, de uno de ellos, o de tercero a título universal o singular, etc., así como el testamento de

hermandad (leyes 199 y ss.), que como instituciones propias no han planteado conflicto su adecuación social, ya que la litigiosidad sobre los mismos no ha recaído sobre la idoneidad y vigencia de esas instituciones sino sobre la concurrencia de sus requisitos y causas de revocación legalmente previstas, a salvo la procedencia de la redacción establecida en la ley 201 que se refiere a la ineficacia del testamento otorgado por marido y mujer en caso de sentencia posterior de nulidad, divorcio o separación, dada la regulación del matrimonio en el artículo 44 del Código Civil (redacción dada por la ley 13/2005 de 1 de julio) que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

III. CAPACIDAD Y LIBERTAD DE TESTAR

Es esencial a la libertad de testar la capacidad del testador, pues sólo con plena seguridad de su capacidad, podemos afirmar que la disposición de bienes realizada por el testador contiene efectivamente una disposición libre y voluntaria.

La regulación que contiene el FN relativa a la capacidad para otorgar testamento no es una regulación positiva, con afirmación del conjunto de requisitos que se deben reunir para poder testar, sino negativa, ya que la ley 184 (en su redacción dada por la LF 5/1987 de 1 de abril) establece quienes son incapaces para testar, afirmando que lo son «los impúberes» y los que en el momento de otorgar testamento «no se hallaren en su cabal juicio», remitiéndose al Código Civil (art. 681) para el otorgamiento en intervalo lúcido.

Tres serían las cuestiones objeto de reflexión.

1.- La primera es la relativa a la edad para otorgar testamento. La dicción de la ley 184.1 nos obliga a indagar sobre la pubertad, remitiéndonos a la ley 50, que en su redacción dada por la LF 5/1987 establece que son púberes «los mayores de catorce años de uno y otro sexo». Es decir, en el derecho civil navarro, salvo para el testamento ológrafo (mayoría de edad) se puede otorgar testamento desde los 14 años conforme a la ley 50, (dejando al margen los pactos sucesorios para los que se requiere la mayoría de edad, o asistencia paterna/materna a los menores de edad), pues cumplidos los catorce años se les considera púberes.

Esta primera reflexión es sobre la capacidad tanto para otorgar testamento como donación mortis causa sin pacto de irrevocabilidad o entrega de bienes (ley 166), y si bien sobre esta materia no se ha suscitado controversia en el ámbito judicial, con ocasión de analizar la cuestión relativa a la capacidad de obrar, vista su regulación, me ha llevado a plantear la idoneidad de la misma, es decir la de mantener en esa edad de 14 años la capacidad de testar, cuando se está revisando esa fase de edad respecto de determinados actos que afectan también a la libertad,

elevándolas (baste poner como ejemplo el artículo 9.3 de la Ley de Autonomía del Paciente 41/2002 de fecha 14 de noviembre, que salvo los supuesto de grave riesgo otorga esa capacidad sobre la salud, a los menores que hayan cumplido los dieciséis años, y que se mantiene en la redacción dada por la Ley 26/2015 en el ahora apartado 4 del artículo 9, como también la LF 1/2010 de 8 de noviembre de Derechos y Deberes en materia de Salud (art. 51.2 dieciséis años para prestar consentimiento), o la ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015 a la que luego me referiré, que elimina la posibilidad de matrimonio a los 14 años.

Ha sido habitual y así lo ha seguido recogiendo la Compilación relacionar la capacidad para poder otorgar testamento con la llegada a la pubertad, más que con examinar el momento en que se adquiere efectivamente la capacidad de discernir y de decidir voluntariamente.

Cómo recoge Pérez de Ontiveros Baquero, partiendo de la relación evidente entre capacidad de obrar y capacidad natural de conocer y entender «en realidad la pubertad supone la actitud natural para contraer matrimonio». Tan es así que en la redacción originaria del texto de la ley 50 se establecía una edad diferente para la pubertad para los varones (14 años) y para las mujeres (12 años), lo que fue modificado por la LF 5/1987, que dio lugar a la igualación en los 14 años la edad de pubertad.

Asimismo, el art. 48 del C. Civil en su redacción hasta la Ley de la Jurisdicción Voluntaria 15/2015 de 2 de julio permitía el matrimonio previa dispensa por el Juez a los mayores de 14 años, lo que por la indicada ley se ha dejado sin efecto, siendo sólo posible a partir de dicha ley contraer matrimonio a los mayores de 16 años emancipados (arts. 46.1º y 314. 2 y 3 del C. Civil redacción dada por la Ley 15/2015 citada a este último).

Pues bien, si se ha elevado esa edad para contraer matrimonio, en un entendimiento de ampliar la edad en que se entienden adquiridas las capacidades de decidir y discernir, parece procedente considerar la idoneidad de elevar la misma respecto de la capacidad de testar, coincidente con la que se contempla en otras compilaciones de derecho civil europeo (Código Civil Italiano, art. 591, mayoría de edad 18 años. Código Civil Francés, 16 años, sobre la mitad de que podría disponer si fuera mayor, artículos. 903 y 904), y sino, en todo caso, quizás superar en la plasmación normativa aquella terminología, relativa a la pubertad y fijar en la ley 184.1 la edad a partir de la cuál se puede testar.

Se podrá decir que es razonable distinguir entre capacidad de obrar para supuestos que afectan a derechos personales, de aquellos otros que afectan a derechos patrimoniales, dado la distinta naturaleza de los derechos e intereses en conflicto y que pueda exigirse un grado de madurez distinto, pero no lo es menos que existe una evolución social tendente a esa elevación de la edad.

2.- La segunda es la idoneidad de mantener la redacción final de la ley 184, que respecto del testamento otorgado en intervalo lúcido se remite al Código Civil, que ahora se refiere a la persona declarada incapaz.

Se suscita esta cuestión por que existe controversia sobre esa remisión, si se entiende que es estática, a la regulación contenida en el Código Civil en el momento de entrar en vigor la Ley Foral 5/1987, cuyo artículo 665 utilizaba expresiones como: demente, intervalo lúcido, o por el contrario no es estática, sino dinámica, a lo que el Código Civil establezca en cada momento, actualmente el que en virtud de la ley 30/1991 dió nueva redacción al mencionado artículo, y que utiliza términos más actuales, como son incapacitado, en virtud de sentencia judicial.

Cilveti, al analizar la cuestión, y acudiendo a la terminología utilizada por la ley 184, coincidente con la utilizada en el art. 665 del C. Civil antes de su redacción por la ley 30/1991 y a las consideraciones de la doctrina, se decanta por el reenvío estático, lo que además ratificaría la disposición adicional de la Compilación establecida por la LF 5/1987.

Ante esta disyuntiva, y puesto que la redacción del art. 665 del Código Civil, no sólo en la terminología no es idéntica, sino que hace referencia a la declaración de incapacidad por sentencia (y que no contemple pronunciamiento sobre la capacidad), parecería conveniente aclarar la cuestión, cuando además es evidente en la actualidad que la mayoría de las personas con discapacidad, en que se hace necesario gestionar su patrimonio son sometidas a un proceso judicial de incapacitación, lo que parece ser más acorde con la realidad judicial y con las previsiones del art. 665 del Código Civil actual, en su redacción dada por la Ley 30/1991.

3.- La tercera es la relativa a la propia capacidad. Evidente resulta que la presunción de capacidad de testador es un principio indiscutido, y como tal a falta de resolución judicial que declare la incapacidad debe tener prevalencia esa presunción iuris tantum de capacidad, integrada por las facultades intelectivas (conocer y entender) y volitivas adecuadas para hacer un acto de disposición patrimonial.

Ahora bien debiendo partir de la presunción iuris tantum de capacidad, debemos considerar, sin pretender poner en duda o trabas a la libertad de decisión y disposición que toda persona capaz tiene, un hecho relevante en la sociedad actual, el aumento de la expectativa de vida de los hombres y mujeres, que si bien permite prolongar el ejercicio de esa libertad, no podemos obviar que esa prolongación de la vida no está huérfana de ciertas limitaciones no sólo físicas, sino psíquicas, que con mayor proyección que en el pasado, inciden claramente en la capacidad de la persona y por tanto en la libertad de decidir, su suficiencia,

limitándola gravemente, incluso excluyendo y anulando esa capacidad de conciencia y voluntad, como son las enfermedades neurodegenerativas.

Existen supuestos en que una persona sin estar claramente diagnosticada de un enfermedad limitativa de la capacidad otorga disposición mortis causa, bajo presunción de capacidad plena, que tiempo después o incluso poco después es diagnosticada de una enfermedad de tal naturaleza (alzhéimer, demencia senil...), cuyo alcance en el momento de otorgar el testamento no se conocía, y menos con una situación incapacitante, pero que si había ya «surgido» y mostrando ciertos síntomas de falta de capacidad.

Se parte, y no se pone ni mucho menos en duda dos premisas.

La primera la presunción de capacidad del testador como se ha dicho antes, pues como recoge la STS nº 386/2015 de 26 de junio con cita de sentencias precedentes (SSTS 22 de enero de 2015, 26 de abril de 2008) es doctrina jurisprudencial que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario, que debe concurrir en el momento mismo del otorgamiento.

La segunda es que tampoco se pone en duda, ni mucho menos, la profesionalidad de los Sres. Notarios, pues como recoge la indicada sentencia el hecho incluso de que tras un proceso contradictorio se declare la nulidad de testamento por falta de capacidad «ello no pugna con el juicio de capacidad a cargo del Notario, su buena fe, su prestigio y su profesionalidad», sino que lo que se plantea, concurriendo determinados signos, como son internamientos en centros asistenciales, de día, seguimientos médicos continuos, ayuda de tercera persona, etc., y manteniendo esa capacidad de testar, por no estar declarada la incapacidad, es la procedencia de arbitrar medidas que en definitiva coadyuven a avalar la idoneidad del testamento desde la capacidad del testador, en aquellos supuestos en que se evidencia datos objetivos, como los antes indicados, que pudieran generar una duda racional sobre la capacidad, para en definitiva garantizar que esas disposiciones mortis causa recogen efectivamente la libertad de testar. Entre esas medidas se puede reflexionar si puede considerarse procedente aplicar en tales supuestos las previsiones que sobre la lucidez (periodos de lucidez) hace referencia el art. 665 del Código Civil o alguna de naturaleza semejante.

Esta propuesta que se plantea a reflexión, se evidencia en la realidad, pues como muestra de la misma, se reflejan las siguientes resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial de Navarra.

La sentencia nº 31/2003, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Navarra, de fecha 7 de febrero, analiza una acción de nulidad de testamento en base a la ley 185.2 del FN y artículos 663.2 y 666 del Código Civil. En la misma se recoge que «el padecimiento» de la enfermedad de alzhéimer no supone

en si mismo que quién la sufre no se halle en su cabal juicio, al considerar que dicha enfermedad atraviesa una serie de fases en las cuales va variando la situación del enfermo y sus capacidades. Así en dicha sentencia se valoró que «... tenía enfermedad de alzhéimer y signos de deterioro cognitivo, que los peritos situaron en distintos grados, severo el perito de la parte actora y moderado grave el perito de la demandada». Ante esa falta de coincidencia sobre el alcance del deterioro desde un punto de vista pericial, se tuvo en cuenta la prueba testifical del médico de familia y la enfermera que atendían habitualmente al causante en aquellas fechas «quienes sin género de duda manifiestan que en aquella época la enfermedad tenía sobre el testador una incidencia leve, considerándole capaz para comprender el alcance de los hechos», lo que llevó partiendo de dicha prueba a desestimar la acción de nulidad.

La sentencia nº 105/2008 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Navarra, de fecha 16 de junio, analiza una acción de nulidad de testamento que se sustentaba en que se otorgó por quién no estaba en su cabal juicio (ley 184), ya que en un informe médico previo se recogía que padecía un «deterioro cognitivo previo».

Dicha acción fue desestimada, después de afirmar que la intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por quién no se halle declarado judicialmente incapaz, si bien ello no implicaba «que no puedan intervenir, especialmente si el Notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante (STS 18-IV-1916, 16-XI-1918), pues el artículo 665 del CC no es aplicable al caso de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado (STS 27-VI-1908)».

Esta sentencia tuvo en consideración los siguientes hechos: si bien uno de los médicos se inclinaba por la falta de capacidad, en base a la opinión que emitieron tanto el médico de cabecera como la especialista en neurología que trataron a la testadora, otro especialista en neurología tomando en consideración esos mismos documentos concluyó que de los datos clínicos disponibles no se desprendía la afectación de las facultades de la testadora, al menos en la intensidad necesaria para poder estimar que carecía de las facultades precisas para otorgar testamento, fundando tal opinión «en la falta de seguridad que siempre ofrece el diagnóstico de la enfermedad de Alzheimer...», falta de determinación de la incapacidad que llevó a desestimar la acción de nulidad.

La sentencia nº 115/2009 de fecha 18 de junio de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra, que contempla igualmente un supuesto de acción de nulidad de testamento de hermandad y posterior aceptación de herencia, se analizó la capacidad de la testadora en el momento de otorgar testamento, partiendo de la jurisprudencia del TS (STS 1063/2007 de 4 de octubre,

entre otras), de que la cuestión referente al estado mental del testador «tiene naturaleza de hecho».

En este caso se trataba de un supuesto de «síndrome demencial en fase avanzada, que según sus características técnicas, podía atribuirse a la enfermedad de Alzheimer», y se afirmó por la sentencia que «frente a esta concluyente valoración médico-psiquiátrica no puede prevalecer el juicio de capacidad realizado por el Sr. Notario que autorizó el otorgamiento», supuesto este que llevó a decir a la Sala la posibilidad de recabar en tales supuestos de un reconocimiento médico de la paciente «en términos similares a los previstos en el artículo 665 del C. Civil si tal entrevista no le hubiese servido para sostener un juicio claro sobre su capacidad o incapacidad de testar», estimándose en este caso la acción de nulidad.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra Sección 1ª nº 11/2012 de fecha 16 de enero, se analiza una acción de nulidad de testamento en la que la causante padecía una «demencia senil de posible origen arterioesclerótico en estado intermedio con pronostico de agravamiento», antes de otorgar testamento y con posterioridad a otorgarlo, unos meses después se le apreciaron en su ingreso unas «alteraciones de conducta que presente en el contexto de un deterioro progresivo de sus funciones cognitivas», apreciándosele un «deterioro cognitivo global».

Para valorar la procedencia o no de la acción de nulidad tuvo en cuenta la jurisprudencia del TS que ha mantenido reiteradamente la necesidad de que se demuestre «inequívoca y concluyentemente» la falta de raciocinio para destruir la presunción de capacidad para testar (sentencia de 27 de noviembre de 1995) y que «la incapacidad o afección mental ha de ser grave... no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas» (*sentencias de 27 de enero de 1998, 12 de mayo de 1998, 27 de junio de 2005*); asimismo, que la presunción de capacidad, favor testamenti, «cabe ser destruido por medio de prueba inequívoca, cumplida y convincente en contrario» (*sentencia de 19 de septiembre de 1998*). (*STS de fecha 26 de abril del 2008*), y que «ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido (Sent. 18-IV-1916)». Asimismo, recoge la doctrina de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que ha declarado que «no tiene capacidad mental y, en consecuencia no se halla en su cabal juicio quien no puede discernir sobre los actos que realiza» (sentencia de dicha Sala de fecha 8 de mayo de 2000).

Pues bien, partiendo de esa doctrina jurisprudencial la acción de nulidad fue desestimada. Se consideró que no se había justificado que el testador a la fecha de otorgar el testamento careciera de la capacidad necesaria, ya que no se

había practicado prueba pericial alguna, y la documental médica, por sí sola, no permitió apreciar que hubiera quedado destruida la presunción de capacidad, pues la misma sólo permitía entender «un inicio de un proceso degenerativo al tiempo del otorgamiento», pero resultando perfectamente compatible ese inicial deterioro «con el hecho de que el día de otorgamiento del testamento la misma tuviera capacidad y conocimiento suficiente para tal acto».

Por último la Sentencia nº 63/2013 de fecha 22 de abril de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Navarra, examina un supuesto de otorgamiento de testamento abierto por la causante que nombró heredera única y universal a su sobrina, causante en el que se daba por supuesto cuando menos que «la enfermedad que padecía la testadora producía un deterioro cognitivo leve», que según los peritos, no impedían a la misma otorgar testamento en la fecha que lo hizo, criterio con el que discrepaba el Médico Forense.

Se aplica por la sentencia la presunción *iuris tantum* de que la capacidad de las personas se presume siempre mientras que su incapacidad ha de ser acreditada de modo evidente y completo, concluyendo en dicho supuesto, que no quedó desvirtuada la «presunción *iuris tantum*» de capacidad, al no estar probado que el grado de desarrollo de la enfermedad que afectaba a la testadora le incapacitara para otorgar testamento, afirmando que no habiéndose iniciado el proceso de incapacitación, se proyectaba sobre el Notario y los testigos autorizantes del testamento la facultad de determinar que el testador tenía la capacidad legal necesaria para testar, «por lo que la manifestación del Notario autorizante del testamento en orden a la capacidad del otorgante constituye una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante la completa prueba en contrario».

Se declaró asimismo y de manera expresa que el art. 665 del Código Civil en que se impone al Notario autorizante la designación de dos facultativos para que reconozcan al presunto testador sólo era de aplicación cuando concurría en el testador una declaración judicial de incapacidad, porque en tal caso «no puede conceptuársele autor de una manifestación de voluntad consciente, de suerte que en los demás supuestos basta con que el Notario y los testigos procuren asegurarse de que a su juicio tiene el testador la lucidez necesaria para testar. SSTS 12-V-1962 y 7-X-1982».

Lo expuesto refleja la existencia de una realidad, que es digna de ser abordada, y al margen de la protección que sobre estas situaciones de limitación pueda en prevención adoptar el causante previamente, mediante las figuras de la autotutela (art. 223 del Código Civil punto 2 «cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición

relativa a su propia persona o bienes...», redacción dada por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre) y de los poderes preventivos, e incluso a través de la fiducia sucesoria que regula la ley 151, debe plantearse si ante esas situaciones de riesgo cabe aplicar a tales supuestos previsiones semejantes a las que contempla el art. 665 del Código Civil, como parece indicar la sentencia citada 115/2009 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra, o se debe como se recoge en la Sentencia nº 63 /2013 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Navarra, dejar ese aseguramiento de la capacidad necesaria al Sr. Notario, que conforme a la ley 186.2 del FN en él queda residenciada («en los testamentos otorgados ante Notario no se requiere que los testigos aprecien la capacidad del testador»), cuando es evidente que se dan en la realidad más supuestos de litigiosidad sobre otorgamientos de testamentos por quienes no han sido declarados incapaces, que quién estando declarado incapaz pretende otorgar testamento en periodo de lucidez.

IV. USUFRUCTO LEGAL DE FIDELIDAD

Dentro de las limitaciones a la libertad de disponer (Título X) se contempla en el capítulo primero el usufructo legal de fidelidad en la ley 253 que ampara al cónyuge viudo (sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento) y que se amplió (párrafo segundo) al miembro sobreviviente en caso de fallecimiento del otro miembro de la pareja estable por la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio.

En el ámbito judicial, dicho precepto en relación con el cónyuge sobreviviente no ha generado controversia sobre la institución en sí misma, sino sobre el cumplimiento y concurrencia de los requisitos exigidos en dicho precepto, plazo de formación de inventario, etc.

Y en relación a las parejas estables esta institución tampoco, pues ha sido objeto de aplicación durante «su vigencia», como recoge la STSJN nº 7/2010 de fecha 11 de mayo, que contemplaba un supuesto de existencia de una unión libre y pública en una relación de afectividad análoga a la conyugal al concurrir una convivencia marital ininterrumpida superior a un año, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2.1 y 2 de la Ley Foral 6/2000, lo que nos sitúa ante una pareja estable teniendo derecho la demandada como sobreviviente ante el fallecimiento de su compañero al usufructo de fidelidad de la ley 253.2 de la Compilación; indicándose de manera expresa que si la relación se calificó de pareja estable no podía ofrecer duda que el miembro sobreviviente «tiene derecho al usufructo legal de fidelidad en virtud de lo dispuesto en la alegada ley 253.2 FN», ratificando la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia

Provincial 1 de diciembre de 2009; no existiendo en consecuencia problemas en su aplicación, acreditada la existencia de una pareja estable, salvo los relativos a la prueba de la existencia de la propia pareja estable.

La controversia sin embargo se materializa desde un prisma constitucional cuando con ocasión de la STC nº 93/2013 de 23 de abril, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley Foral 6/2000, se declara la inconstitucionalidad de determinados preceptos, y entre ellos los de naturaleza sucesoria que dicha ley había contemplado en equiparación legal para las parejas estables.

En dicha sentencia se estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad planteado y se declara la nulidad de diversos preceptos, entre ellos los relativos a la consideración de qué constituye pareja estable, a la que resultan aplicables los derechos reconocidos en la ley al declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 2, apartado 2, párrafo primero, inciso «hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que» y párrafo segundo, y apartado 3; del art. 3, inciso «y el transcurso del año de convivencia», así como declara la inconstitucionalidad del art. 11 que contempló la equiparación en el usufructo legal de fidelidad del miembro sobreviviente de la pareja estable, y que determinó la desaparición de esa equiparación.

Por tanto, a la hora de enfrentarnos a esa controversia y la posibilidad de reflexionar sobre la procedencia de una nueva regulación equiparadora y su alcance, se habrá de partir de los criterios contemplados en la sentencia para considerar su inconstitucionalidad.

En la indicada sentencia, y en relación con el capítulo III de la Ley que regula el régimen sucesorio, (además del fiscal y de función pública aplicable a las parejas estables), en el que se modificaban diversas leyes de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra con el fin «de equiparar la posición de miembro de una pareja estable con la que se asigna al cónyuge», se rechaza de manera inequívoca el exceso competencial denunciado, pues se recoge sin ningún género de dudas que si bien el Parlamento Foral de Navarra no puede regular el matrimonio, sí esta «facultado» para «valorar el fenómeno que las parejas estables suponen en el marco de sus competencias, y para extraer, en el campo específico de la realidad correspondiente a las mismas, las consecuencias que estime procedentes dentro de su ámbito competencial», ya que el legislador foral no estaba con ello creando una forma de matrimonio distinta de las previstas por el legislador estatal, y tenía competencia para poder regular determinados efectos jurídicos derivados de la relación entre los que conviven de hecho, en el ejercicio de las competencias de que dispone, «atendiendo a las previsiones

de la LORAFNA, en materia de derecho civil (art. 48), función pública [49.1 b)] o régimen tributario (art. 45.3)»; competencia que se ha puesto en discusión por la doctrina (Torres Lana) en cuanto a su alcance regulador ilimitado pues se pregunta «qué conexión existe entre las parejas estables extramatrimoniales y alguna de las instituciones propias del Derecho foral navarro?».

La declaración de inconstitucional a los efectos sucesorios que ahora tratamos devienen de la atribución *ex lege* de la condición de pareja de estable concurriendo alguna de las circunstancias contempladas en la ley («Los dos primeros supuestos –un año de convivencia o hijos en común–»), por el hecho de prescindirse de la voluntad conjunta de los integrantes de la unión de hecho de someterse a las previsiones de la Ley Foral, dando lugar a la calificación jurídica de determinadas situaciones de hecho como pareja estable «en todo caso», a la que se asocia la aplicación del contenido de derechos y obligaciones incluido en la regulación legal, lo cual se considera que no resulta respetuoso del derecho fundamental consagrado en el art. 10.1 CE, la libertad de decisión.

Se afirma expresamente que únicamente sería acorde con tal derecho y respetuoso de la libre voluntad de los integrantes de la pareja, una regulación de carácter dispositivo, como es la que se acoge en el tercero de los supuestos enunciados en párrafo primero del art. 2.2 de la Ley Foral, referido a las parejas que hayan expresado en documento público su voluntad de constituirse como pareja estable.

Es por tanto «el hecho de prescindirse de la asunción voluntaria por los dos integrantes de cada unión, del régimen de las parejas estables», el motivo por el que se considera vulnerada la libertad de decisión consagrada en el art. 10.1 CE, pues esa naturaleza imperativa («es patente», se dice) con la que se regula en el art. 11 las normas de régimen sucesorio, donde se equipara la pareja estable al matrimonio, sin prever la posibilidad de que se pacte un régimen distinto, le hace estar «alejado» del régimen dispositivo que resultaría acorde a las características de las uniones de hecho, y a las exigencias del libre desarrollo de la personalidad recogido en el art. 10.1 CE.

De manera expresa se indica en el FJ Decimotercero en relación al régimen sucesorio contemplado en el art. 11 (cuyo apartado 1 añade un párrafo a la ley 253, equiparando a la situación del cónyuge viudo al miembro sobreviviente de una pareja estable a efectos del usufructo de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que pertenecían al fallecido en el momento de su muerte, y el apartado 2 modifica la ley 304.5 incluyendo a la pareja estable junto con el cónyuge viudo en el orden de llamamientos de la sucesión legal en bienes no troncales), que el mismo no se limita a prever la posibilidad de que al miembro sobreviviente de la pareja estable se le reconozcan determinados derechos sucesorios, lo que

hubiera dotado a la regulación de un carácter dispositivo, sino que «establecen preceptivamente tales derechos», norma imperativa que por esta naturaleza se considera inconstitucional «al prescindir de la voluntad de los integrantes de la pareja, únicos legitimados para regular sus relaciones personales y patrimoniales», acordando imperativamente entre ellos los derechos que pueden corresponder a cada uno en la sucesión del otro.

Y así se dice que si la constitución de una unión estable se fundamenta en la absoluta libertad de sus integrantes, que han decidido voluntariamente no someter su relación de convivencia a la regulación que lleva aparejado el matrimonio, «no resulta razonable que esa situación de hecho sea sometida a un régimen sucesorio imperativo, al margen de su concreta aceptación o no por los miembros de la pareja», conclusión en la que toma en consideración además la amplia regulación que la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra ofrece en el ámbito de la libertad de testar, que permite instrumentar la sucesión de los integrantes de la pareja, ya que, partiendo de la libertad de disposición declarada en la ley 149, cuentan con las opciones que les ofrecen las donaciones mortis causa (leyes 165 a 171), los pactos o contratos sucesorios regulados en el título IV del libro II o, finalmente, el testamento de hermandad a que se refieren las leyes 199 y siguientes.

Ello le lleva a concluir que los apartados 1 y 2 del art. 11, como desconocen la libertad de decisión de los componentes de la pareja estable, «incurren en inconstitucionalidad» por vulneración del art. 10.1 CE (como así también el apartado 3, por su directa conexión con aquéllos, ya que viene a establecer una consecuencia inherente a los derechos sucesorios reconocidos, que es la incapacidad para ser contador-partidor, debido al evidente conflicto de intereses existente).

Desde esta jurisprudencia es desde la que podría de nuevo volverse a plantear la regulación sucesoria para las parejas de hecho, con la introducción de unas normas sucesorias no imperativas, que resolviese la controversia existente sobre esta materia, teniendo en cuenta las consideraciones que sobre la naturaleza y vigencia de esta institución se plasman en la doctrina.

En el ámbito doctrinal se afirma por Torres Lana desde el carácter legítimo del usufructo de fidelidad, que ello «es por sí solo justificación suficiente para defender su naturaleza familiar-sucesoria, o por mejor decir su matiz sucesorio acuosadísimo».

Respecto de su vigencia, ya en las jornadas sobre Derecho Foral Navarro organizadas por el Parlamento de Navarra en el año 2003, se planteó por Egusquiza Balmaseda la necesidad de someter «a una serena reflexión sobre la exigencia y oportunidad de una regulación positiva que lo prevé como derecho

legal y no voluntario», tanto respecto de situaciones matrimoniales como de situaciones «convivenciales».

Desde otra perspectiva, como es la más limitada que contiene el artículo 834 del Código Civil, que a diferencia del FN no recae sobre todos los bienes y derechos del premuerto, sino solo sobre el tercio destinado a mejora, Luna Serrano defiende sin embargo «un sustancial incremento de las expectativas sucesorias del cónyuge viudo».

V. LOS DERECHOS DE HIJOS DE ANTERIOR MATRIMONIO

La ley 272 del FN establece que los hijos de anterior matrimonio no deberán recibir de sus padres menos que el más favorecido de los hijos o cónyuge de ulterior matrimonio, que se regula como una limitación a la libertad de disponer.

No se discute el origen histórico de esta institución y que el Fuero Nuevo sólo contempla la filiación y la unión de progenitores exclusivamente matrimonial.

La introducción en el derecho civil foral navarro de la LF 6/2000, no afectó al enfrentarse a la regulación del derecho sucesorio en el art. 11 (declarado inconstitucional como antes hemos analizado) a dicha norma de igualación, pues dejó intacta la redacción de la ley 272.

Ello dio lugar a que se suscitara la cuestión relativa a la interpretación que dicho precepto podía o debería tener, teniendo en cuenta el principio de igualdad de los hijos al margen de su filiación consagrado en el art. 14 de la CE, principio de no discriminación que recogió el art. 1 de la citada LF 6/2000 como norma interpretativa «de todo el ordenamiento jurídico navarro».

En las anteriores jornadas sobre Derecho Foral Navarro celebradas en este Parlamento de Navarra en el año 2003, y por tanto ya vigente la indicada LF 6/2000, pero sin que existiese una doctrina jurisprudencial elaborada, dada la escasa vigencia de la norma, se expuso por varios participantes qué interpretación pudiera considerarse procedente ante la ausencia de referencia alguna en la indicada Ley Foral 6/2000.

D. Felipe Pou Ampuero, Notario, afirmó que la aplicación literal de la ley 272 «produce resultados injustos», por lo que defendió la tesis de «aplicación del principio de protección a los derechos de los hijos de anterior matrimonio en forma extensiva a cualquier otra filiación del mismo disponente con independencia de su carácter matrimonial o no y de su orden anterior o posterior».

Para ello partía de la premisa de que el fundamento del principio de no discriminación no deriva «de una posible sanción a las segundas nupcias como

si fueran consideradas nocivas, sino en la protección expresa de los hijos de primeras o anteriores nupcias frente a los hijos de segundas o posteriores nupcias», pero al no proteger el precepto a los hijos no matrimoniales anteriores o posteriores, ello lleva a resultados «absurdos e injustos», poniendo en evidencia el no encaje de la ley 272 con la ley 68 (la filiación matrimonial y la no matrimonial surten los mismos efectos conforme a lo dispuesto en las leyes de esta Compilación), lo que le lleva a inclinarse «al encontrarse enfrentadas la literalidad de la norma frente a la intención del legislador» por la extensión analógica de la ley 272 a «la pareja estable como análoga al ulterior cónyuge y a los hijos de la unión estable como análogos a los hijos de ulterior matrimonio», pero circunscrito siempre a supuesto de unión estable, no debiendo ser tomada en cuenta a los efectos de la ley 272 la pareja no estable «en cuanto no ha existido convivencia marital o si ha existido ha sido efímera».

Por su parte en dichas jornadas D. Aladino Colín Rodríguez, Abogado, expuso que al no resultar afectada la ley 272 por la LF 6/2000 se produjo un vacío, afirmando que «con independencia de que sea la unión estable anterior al matrimonio o posterior a él, la ley 272 debe aplicarse a todos los hijos», por estimar que esta conclusión no repugnaría al origen histórico profundo de la institución, pues la limitación entiende que se sostiene más en razones de profunda filiación, que propiamente en el modelo de familia tradicional.

Por último, desde la doctrina Hualde Manso considera en relación con la limitación contenida en la ley 272, a la que califica de una suerte de legítima, que si en el Fuero Nuevo se optó por un sistema de libertad de disposición mortis causa «toda limitación hubiera debido contar con un sustento sólido, y que en cualquier caso no diera entrada a elementos propios de un sistema pseudolegitimario opuesto al adoptado», estimando asimismo que «resulta difícil congeniar los derechos sucesorios que el fuero concede a los hijos de matrimonio anterior con el principio de igualdad jurídica de los hijos en la medida en que los hijos no matrimoniales del disponente habidos con anterioridad o durante el matrimonio no ostentan el derecho a ser igualados con el más favorecido de los matrimoniales posteriores o con el cónyuge».

La realidad jurídica ha plasmado las siguientes cuestiones y ha fijado la correspondiente doctrina.

Por un lado, se ha hecho una interpretación extensiva equiparando a la situación de segundo o ulterior matrimonio la convivencia en pareja estable o *more uxorio*.

Así en la sentencia del STSJN nº 12/2013 de fecha 18 de septiembre, considera aplicable los límites de la ley 272 y 274 no sólo cuando el cónyuge contrae nuevas nupcias, sino también en aquellos casos en que el progenitor

mantiene una relación de convivencia permanente o estable, *more uxorio*, con tercera persona, «teniendo en cuenta de un lado la necesidad de completar efectivamente el modelo sucesorio navarro con cuanto se halla contenido en la ley 272 del Fuero Nuevo, y, de otro, la de preservar efectivamente los derechos que en la misma se contienen a favor de los hijos», y (para) evitar en cualquier caso un eventual fraude de ley, concluye que «a los efectos de dicha ley, no sólo los supuestos de segundo o ulteriores matrimonios, sino cuando se forma pareja estable tras matrimonio anterior», pero sólo y exclusivamente a esta «convivencia habitual y permanente, unión similar al matrimonio».

Y por otro no se ha expandido sus efectos a los hijos no matrimoniales, nacidos de una convivencia no estable.

La STJN nº 20/2.008 de fecha 24 de noviembre, analiza la doctrina establecida por la Audiencia en la que se afirmaba por ésta que la ley 272 del FNN busca igualar a los hijos de las uniones previas con los hijos y el cónyuge de unas nupcias posteriores, careciendo de relevancia la diferencia entre hijos de uniones estables o esporádicas, y que en cualquier caso se incurría en una discriminación por razón de la filiación «considerar que sólo los hijos matrimoniales tienen derecho a no recibir menos que los de ulteriores nupcias», argumento que llevó a la Audiencia a considerar que dicho precepto resultaba de aplicación a un hijo biológico del causante (aunque los progenitores del demandante no habían llegado a tener un domicilio común, en que convivieran de modo estable).

Este criterio de la Audiencia Provincial no es compartido en dicha sentencia por el TSJN que revoca dicha resolución al considerar que si bien la igualdad entre los hijos es un principio constitucional y foral, y tiene un contenido indisponible de dignidad humana, ello no impedía que «otro principio constitucional, debidamente ponderado, pueda otorgar una justificación objetiva y razonable a una desigualdad no discriminatoria entre hijos», afirmando que si bien en el concepto de familia no podía incluirse sólo la que tiene su origen en un vínculo matrimonial, la jurisprudencia constitucional señalaba «que la tutela de la familia y de la libertad matrimonial tiene que tener un contenido específico, un mínimo indisponible, que puede justificar ciertas diferencias de trato».

Asimismo para fundamentar esa conclusión tomó en consideración la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 22 de diciembre de 2004 y 13 de enero de 2004), en la que se recoge que la «regulación diferenciada del llamamiento a la sucesión legal los hijos extramatrimoniales fruto de una relación esporádica, y los nacidos de una relación familiar estable no es por sí discriminatoria», siempre que tenga «una justificación objetiva y razonable».

Para el TSJN la ley 272 no carece de un fundamento objetivo y razonable, pues la diferenciación entre los hijos no parece fundada en el nacimiento o en la condición de la filiación, sino que tiene su fundamento en «su historicidad, en su carácter limitador de un régimen de libertad de testar, y en el fundamento familiar de las riquezas que caracteriza el derecho foral de Navarra».

Esta doctrina se mantiene por el TSJN en su sentencia nº 11/2014 de fecha 9 de septiembre. Considera que no es aplicable a una hija extramatrimonial nacida de un progenitor no casado ni unido al otro por una relación de convivencia estable *more uxorio* la ley 272, frente a los hijos y cónyuge de su progenitor que contrajo matrimonio y así se indica que desde la «razón justificativa de la norma y teniendo en cuenta los requisitos exigidos en la ley 272», los presupuestos a que se refiere la indicada ley no concurren cuando el progenitor no reitera nupcias sino un único matrimonio, pues en tal caso no hay hijo de anterior matrimonio a que se refiere la norma, ya que el hijo nació de una relación no matrimonial previa al primer matrimonio del progenitor, relación además en la que no constaba que se llegara a constituir una convivencia estable, por lo que a tenor de lo establecido en la ley 272, teniendo en cuenta su literalidad, antecedentes históricos, espíritu y finalidad de la misma, la demandante, hija extramatrimonial de pareja no estable anterior al primer matrimonio de su progenitor, carecía de acción.

La sentencia para llegar a esta conclusión analiza la cuestión desde diversos prismas que se complementan entre sí.

El primero es desde el propio principio de libertad de disposición sucesoria que ampara la Compilación.

Se parte de que la libertad de disposición que recoge la ley 149 del FN no es consecuencia de «una concepción individualista de la propiedad ni de un acendrado culto a la plenitud de poderes, sino que responde en sus orígenes, no obstante su posterior generalización a toda disposición y clase de personas, a la mejor y más adecuada ordenación patrimonial y sucesoria de la familia troncal, a fin de posibilitar y favorecer la unidad de la Casa y su continuación y conservación en la familia –hoy sancionada como principio fundamental en la Ley 75 del Fuero Nuevo– evitando la división o disgregación forzosa de su hacienda en la sucesión».

Se afirma en relación con esta limitación legal que la libertad de testar que reconoce el derecho foral navarro no se concibe sin el contrapeso de las limitaciones legales establecida por el fuero, y «en lo que aquí más interesa, de la relativa a la igualación de los hijos o descendientes de anteriores nupcias».

El segundo se centra en analizar la «razón causal de la limitación», «su finalidad», indicándose que la misma no es la defensa de los derechos de los

hijos matrimoniales frente a los no matrimoniales o incluso frente a «extraños» sin relación filial o vinculación familiar con el disponente (el *status filii*), «para proteger a los matrimoniales frente a los beneficiarios de liberalidades que no reúnan dicha cualidad», sino que contempla como tal «la reiteración por su progenitor de la situación familiar –el matrimonio– en que fueron procreados (el *status familiae*), a fin de corregir la desigualdad con que éste hubiere dispuesto de sus bienes a título lucrativo favoreciendo a alguno de los componentes de la nueva unidad familiar –ulterior cónyuge o hijos habidos con él– en relación a lo percibido por ellos», por lo que se afirma que «el conflicto contemplado por la ley no se suscita pues en razón al carácter de la filiación, (entre hijos matrimoniales y no matrimoniales), sino en razón a la sucesión temporal de situaciones o estados familiares de idéntica o similar naturaleza (en la redacción legal, matrimonial) entre hijos de la anterior e integrantes de la posterior unidad familiar».

Y se profundiza sobre la que se considera «razón histórica de su vigencia», que ha residido en la preservación de los derechos, intereses y expectativas de los hijos de anterior matrimonio frente a los riesgos comúnmente derivados de la «natural desviación de afectos, gratitudes y desvelos hacia los componentes (cónyuge e hijos) de la nueva unión, con la consiguiente postergación de los primeros, no sólo por efecto de la posible inducción o captación de su voluntad, sino también por la natural y humana inclinación al favorecimiento de las personas más inmediatas o próximas al disponente, aquellas de las que se recibe más cariño, auxilios y cuidados, al tiempo de otorgar la liberalidad», y así se cita como antecedente la ley 48 de las Cortes de Pamplona de 1765 y 1766 (cap. 10) aludía, junto a la temida «inducción» o «sugestión» del bínubo disponente, a «otras» posibles causas de este proceder.

Junto a esa desviación de afectos y gratitudes, se apunta también como razón justificativa «la tutela de las expectativas generadas por la pertenencia de los hijos a una comunidad familiar estable y su coparticipación en la actividad que nutrió su patrimonio y contribuyó a forjar la posición y recursos de los progenitores que la encabezaron y dirigieron hasta su disolución; así como la normal vinculación al matrimonio de la sucesión en el patrimonio familiar».

Después de analizar la propia finalidad de la norma, la STSJN examina dos cuestiones igualmente fundamentales referidas a la interpretación de las normas jurídicas.

La primera cuestión es la relativa a la constitucionalidad de la norma pues la sentencia de la Audiencia defendía que la interpretación literal de la ley 272 del Fuero Nuevo de Navarra discriminaba a los hijos matrimoniales respecto a los no matrimoniales en contra del principio constitucional de igualdad de los hijos ante la Ley, como derecho constitucional, con independencia de su filia-

ción; discriminación que la Audiencia estimó que no era conforme «a la actual realidad social de la familia», y que le llevó a considerar procedente la corrección jurídica de la misma mediante una interpretación normativa mediante la cual se considera que debe hacerse extensiva la limitación dispositiva legal a los hijos no matrimoniales, aun no nacidos de una convivencia estable *more uxorio*, frente a las liberalidades que cualquiera de los progenitores ya casado realice a favor de su cónyuge o de los hijos de su matrimonio.

Frente a esta tesis el TSJN defiende que la ley 272 no es inconstitucional, pues no infringe el principio de igualdad, de no discriminación, y así rechaza esa interpretación extensiva que realizó la Audiencia, que no es compartida por el TSJN.

El TSJN considera que lo que realiza la Audiencia Provincial es una «re-interpretación constitucional» de la ley 272, incurriéndose con esa interpretación en lo que denomina una «verdadera reconstrucción o recreación de la norma», que considera desvinculada tanto de la literalidad de la citada ley, de sus antecedentes históricos (referidos a la reiteración de nupcias y al conflicto entre los hijos del matrimonio anterior y el cónyuge o hijos del ulterior), como de la razón justificativa de la misma, que es «la igualación de los hijos de anterior matrimonio en las atribuciones a título lucrativo que el progenitor que reiteró nupcias hubiera dispuesto a favor de nuevo cónyuge o de los hijos habidos con él», afirmando igualmente que esa reinterpretación de la norma se hace reconstruyendo la misma sobre presupuestos y postulados bien distintos de los que la inspiraron y han sustentado su vigencia, tratando de compatibilizar dos principios –el de protección de los hijos de anterior matrimonio y el de no discriminación por razón de filiación– «difícilmente cohonestables mediante esa reinterpretación».

Se afirma que no se incurre en discriminación inconstitucional pues la discriminación que contiene la ley 272 al no contemplar como destinatarios de esa limitación a los hijos no matrimoniales, y en concreto a los nacidos de una unión ocasional, sin convivencia estable, no obedece a la distinta naturaleza de la filiación, sino a la distinta situación en que aquellos se encuentran en relación con el juicio o término de comparación que exige el principio de igualdad para valorar la discriminación. Y así tomando como premisa la finalidad de la norma, asegurar la igualdad de los hijos matrimoniales cuando el progenitor que reitera nupcias hace actos de disposición patrimonial a favor del nuevo cónyuge y/o hijos habidos en las mismas, en tal caso no concurre frente a los hijos no matrimoniales de pareja no estable anterior, «la identidad, semejanza u homogeneidad que dicho juicio requiere», pues estos últimos no son hijos de grupos o unidades familiares sucesivas de idéntica, o semejante naturaleza, entidad y estabilidad.

Y la segunda cuestión relativa a la interpretación de la norma, es la que enlazaría con el principio general contenido en el art. 3.1 del Código Civil, rechazando que una interpretación de la norma acorde a la actual realidad social de la familia y de sus diversas conformaciones, ampare la interpretación extensiva dada por la Audiencia, pues si bien la realidad social ha experimentado una «radical evolución... desde la publicación del Fuero Nuevo», que ha «transformado profundamente la concepción de la familia, las relaciones entre parientes y la consideración de los núcleos familiares cualquiera que fuera su origen, ..., de manera que la concurrencia de hijos de distintas relaciones constituye una realidad cada vez más frecuente», esa realidad social evolutiva no permite que se haga una interpretación separada («tan acusada del texto», se dice) de la ley, de sus antecedentes históricos y de su espíritu y finalidad, que justifique una extensión de la limitación dispositiva que contiene a sujetos y supuestos no contemplados en ella, pues con ello se incurre en una reconstrucción ampliatoria de la norma, que considera la sentencia que «tampoco puede decirse responda a un estado de opinión sólidamente asentado en la comunidad jurídica y social», cuando además se dice el tratamiento de la libertad dispositiva como principio del ordenamiento civil foral, «impone una interpretación, si no restrictiva sí estricta, de sus limitaciones legales (ss. 3 marzo 1994, 17 marzo 2004 y 15 enero 2013, de este Tribunal Superior de Justicia), que, aunque no excluya del todo su extensión a situaciones análogas, difícilmente permite sustentar soluciones y exégesis ampliatorias tan expansivas como la que en la sentencia recurrida se propugna».

Hasta aquí, el parecer mayoritario de la Sala de lo Civil y Penal del TSJN, pues en esta sentencia se formuló un voto particular al estimar, en contra del criterio de mayoritario de la Sala, que debió promoverse la cuestión de inconstitucionalidad.

En el voto particular se defiende que la ley 272 del Fuero Nuevo, plantea serias dudas sobre su constitucionalidad, ya que el tenor literal de la norma examinada produce como resultado una discriminación por razón de filiación o nacimiento contraria a los arts. 14, 39.2 y 39.3 de la Constitución Española, pues el principio constitucional de igualdad ha llevado a la jurisprudencia constitucional a equiparar las distintas clases de filiación «de manera que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad incurre en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE, ya que la filiación no admite categorías jurídicas intermedias (SSTC 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5, y 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4)....».

Se razona en el voto particular que la norma foral, ante esas eventuales captaciones de voluntad, solo protege a los hijos de anterior matrimonio con

olvido de hijos extramatrimoniales, incurriendo con ello en discriminación con trascendencia constitucional prohibida en el art. 14 del C.E. que comprende tanto la discriminación directa («es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona basado en un factor discriminatorio prohibido»), como la indirecta («aquellos tratamientos formalmente neutros y directamente no discriminatorios de los que se derive, sin embargo, un impacto o resultado adverso sobre los miembros de un colectivo protegido, ... es también relevante resaltar que la discriminación indirecta puede darse..., asimismo, cuando se haya dado «una interpretación o aplicación de la misma» que ocasione aquel impacto o resultado adverso. STC 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 6»).

Es por ello que se defiende en el voto particular que la aplicación literal del precepto genera un impacto discriminatorio, y que no es conforme con la doctrina constitucional «la diferenciación de los hijos –aquí en la igualdad hereditaria– en función de la mayor o menor estabilidad que se aprecie en las relaciones afectivas de sus progenitores». Asimismo se indica que en el ámbito de la interdicción de la discriminación «la regla es la parificación», apoyándose igualmente en la doctrina legal que se ha proclamado para el derecho común, haciendo referencia a la sentencia del Tribunal Supremo 896/2007 la cual partiendo de que «la diferenciación de filiaciones desapareció desde la vigencia de la Constitución de 1978, al proclamar en su art. 14 que los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento.... A la vista de tales normas, es indudable que el Código civil sufrió una modificación en cuanto a los efectos de la filiación», afirma que ya «no se podía seguir manteniendo tras la vigencia de la Constitución un régimen sucesorio basado en la distinción de la filiación legítima o ilegítima, sino que todos los hijos son iguales ante la Ley, independientemente del origen de su filiación».

Este resumen pone de manifiesto diversas posturas, todas ellas distintas respecto de la extensión de los derechos establecidos en la ley 272 a los hijos no matrimoniales, que va desde su extensión a los mismos que hizo la Audiencia Provincial, con «una reinterpretación constitucional» de la norma, según es calificada por el TSJN, a una interpretación excluyente que recoge la sentencia del TSJN, como interpretación estricta de las limitaciones legales respecto de hijo nacidos de uniones no estables, en ambos casos sin considerar procedente plantear una cuestión de inconstitucionalidad, y la que contiene el voto particular que defiende precisamente el planteamiento de la misma, todo lo cual pone en evidencia la necesidad de enfrentarse a la vigencia de dicha norma frente a los retos de una sociedad totalmente distinta de la contemplada cuando se plasmó como derecho histórico en la Compilación, dada la discrepancia y debate que existe sobre la misma.

Tan es así que la propia STSJN lo plantea:

«Ciertamente, es discutible y ha sido objeto de debate en la doctrina civil foral, si continúa teniendo hoy sentido una limitación de la libertad de disposición que tenga su causa en la reiteración del matrimonio y la protección de los hijos de anteriores nupcias o puede prescindirse de ella en un régimen jurídico de libertad dispositiva sin legítimas materiales, suprimiéndola sin más o con la adopción de otras medidas tutelares de los hijos del disponente; y si, en el caso de tener sentido, aquella limitación legal debe mantenerse con su actual y limitado alcance subjetivo o procede hacerla extensiva a todos los progenitores con hijos no matrimoniales, que contraigan nuevo o primer matrimonio, respecto a las disposiciones que realicen en favor del cónyuge (nuevo o único) o de los hijos habidos con él, o solo debe ampliarse a los progenitores con hijos nacidos de una unión de convivencia estable *more uxorio* y únicamente en relación a los actos dispositivos que se otorguen a favor del nuevo cónyuge o pareja estable y de los hijos que nazcan de la nueva unión (matrimonial o *more uxorio*). Pero es al legislador foral y no al juzgador al que corresponde efectuar esta reconsideración y adoptar, si la vigente regulación legal precisara en efecto tal reforma, la solución más adecuada y conforme a la actual realidad social y a las peculiaridades jurídicas del régimen familiar y sucesorio navarro. Escapa a la tarea jurisdiccional optar, en la decisión de la contienda, entre las posibles regulaciones constitucionales alternativas a la ofrecida por la vigente normativa legal, imponiéndola, aun con efectos limitados al concreto caso resuelto, a través de una interpretación correctora de las disposiciones aplicadas a él».

De lo expuesto, y al margen de todas las posibilidades que pudiera dar lugar la conjugación o combinación de los supuestos de concurrencia de hijos matrimoniales, no matrimoniales, bien de parejas estables o no estables, como respecto de los cónyuges o parejas, debe plantearse si la institución contemplada en la ley 272, de mantenerse, debe dar lugar a la equiparación a los hijos habidos de una convivencia estable asimilable al matrimonio, con los matrimoniales, en la que por su semejanza al matrimonio podrían concurrir las desviaciones de afectos y se habría generado una comunidad familiar estable con la correspondiente coparticipación en la actividad familiar-patrimonial, por ser esta familia tan digna de tutela como la matrimonial, y concurrir en ella las mismas expectativas, como parece contemplar la última de las sentencias del TSJN citada, cuando se indica al valorar la no infracción del principio de igualdad que «la semejanza u homogeneidad de la norma civil foral, quizás pudiera reconocerse entre hijos de una unión matrimonial y los nacidos de una paramatrimonial de convivencia *more uxorio*, entre los que si pueden producirse las expectativas y los riesgos a que responde la tutela dispensada» por la norma.

Esta tesis o propuesta pudiera tener amparo constitucional si tenemos en cuenta que en la sentencia del TC nº 93/2013, se establece que la protección que garantiza el artículo 39 de la CE se extiende tanto a la familia matrimonial como

a la que pueda surgir de una unión de hecho, pues la Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, pues el sentido de las normas constitucionales (realidad social y estado social) «no se concilia por lo tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial», ya que existen junto a ella como corresponde a una sociedad plural, otras, y esa familia distinta concebida como realidad social a la que se extiende la protección constitucional ha sido entendida por el TC como «la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja STC 47/1993 de 8 de febrero».

Reflexión esta que debería hacerse sin desconocer el importante cambio social que la familia ha experimentado no solo en su conformación y extensión relacional, sino también respecto de lo que se denomina patrimonio familiar (ley 75) y su mantenimiento, con una notoria menor vinculación o interrelación que antaño por la disgregación familiar, y cuando además las explotaciones a que se refiere la indicada ley tienen una menor incidencia en la sociedad actual, dado el peso de este sector en la economía vinculada a la casa, y aún cuando evidentemente se incluyan otras actividades económicas, no debe olvidarse tampoco que las mismas han pasado a realizarse no directamente en un ámbito familiar, sino a través de sociedades.

O por el contrario la misma debe alcanzar en todo caso a todos los hijos, debiendo dar preeminencia, no obstante la finalidad originaria de la norma, al principio constitucional de no discriminación por razón de filiación, de suerte que en tales casos de concurrencia de hijos de diversas filiaciones esa limitación tendrían tanto la naturaleza de una legítima concurrente, que al margen de la constitución de una familia, limitaría en todo caso la libertad del testador, que como principio fundamental rige en el derecho sucesorio navarro de forma tan importante que la legítima que se contempla, debiendo respetarse y observarse, carece de contenido material.

Valoración de esta situación que en su caso podría también afectar a otros preceptos de protección a que se refiere el FN respecto de hijos de anterior matrimonio y posteriores nupcias del bínubo (leyes 157, 164, 222, 256, 274 y 339).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CILVETI GUBÍA, M^a Belén. Donaciones y Sucesiones. En *Derecho civil navarro. II. Derecho de Familia. Donaciones y Sucesiones*, Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 181-523.
- COLÍN RODRÍGUEZ, Aladino, Ponencia 3. Algunas instituciones sucesorias del Fuero Nuevo ante la Ley Foral 6/2000. En *Jornadas sobre Derecho Foral*

- Navarro «*El patrimonio económico-conyugal y las relaciones paterno filiales en los casos de crisis matrimonial*», Pamplona: Parlamento de Navarra, 2004, pp. 168-171.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, El usufructo legal de fidelidad: apuntes para una revisión. En *Jornadas sobre Derecho Foral Navarro «El patrimonio económico-conyugal y las relaciones paterno filiales en los casos de crisis matrimonial»*, Pamplona: Parlamento de Navarra, 2004. Anexo.
- HUALDE MANSO, Teresa, En Enrique Rubio Torrano (dir.), M^a Luisa Arcos Vieira (coord.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra*, Cizur Menor: Aranzadi, 2002, pp. 805-810.
- LUNA SERRANO, Agustín, Unas breves reflexiones para una reforma del derecho sucesorio en el contexto de la actual realidad social. En Francisco Lledó Yagüe, M^a Pilar Ferrer Vanrell, José Ángel Torres Lana (dirs.), Óscar Monje Balmaseda (coord.), *Patrimonio Sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Madrid: Dykinson, 2014, pp. 3-7.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, Ley 50. En Enrique Rubio Torrano (dir.), M^a Luisa Arcos Vieira (coord.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra*, Cizur Menor: Aranzadi, 2002, pp. 125-128.
- POU AMPUERO, Felipe, Ponencia 4. Interpretación de la Ley 272 FN. Jornadas sobre Derecho Foral Navarro. En *Jornadas sobre Derecho Foral Navarro «El patrimonio económico-conyugal y las relaciones paterno filiales en los casos de crisis matrimonial»*, Pamplona: Parlamento de Navarra, 2004, pp. 173-185.
- TORRES LANA, José Ángel, Ley 253. En Enrique Rubio Torrano (dir.), M^a Luisa Arcos Vieira (coord.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra*, Cizur Menor: Aranzadi, 2002, pp. 748-751.
- Pareja estable y sucesión mortis causa: Cobertura en peligro: el caso de Navarra. En Francisco Lledó Yagüe, M^a Pilar Ferrer Vanrell, José Ángel Torres Lana (dirs.), Óscar Monje Balmaseda (coord.), *Patrimonio Sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Madrid: Dykinson, 2014, pp. 63-69.