

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA*Doctora en Derecho**Abogada Especialista en Derecho de Familia y**Responsabilidad Civil*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña María del Carmen GETE ALONSO, doña María Teresa DE GISPERT PASTOR, don Agustín LUNA SERRANO, don Pedro MIROSA MARTÍNEZ, don Luis PUIG FERRIOL y doña Matilde VICENTE DÍAZ.

Extracto:

El artículo doctrinal trata sobre el controvertido tema de la desheredación del cónyuge. Con la reforma introducida en el Código Civil (CC) en materia de familia, reforma, sin lugar a dudas, muy importante, por la Ley 15/2005, de 8 de julio, se ha dado nueva redacción a algunos preceptos del CC, en concreto a los artículos 834 y 835 del citado hábeas legal, quedando redactados de la siguiente forma: el artículo 834 establece que «el cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora».

El artículo 835, por su parte, queda redactado de la siguiente manera: «Si entre los cónyuges separados hubiera mediado conciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos».

Por fin, el artículo 945 del CC, en sede de sucesión intestada, establece que «no tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado judicialmente o de hecho».

Estos preceptos ponen fin a la polémica doctrinal que sobre ellos gravitaba tanto en la sucesión testada como en la interesada. El tema de la desheredación del cónyuge es, sin duda, una materia ardua y espinosa, muy delicada y compleja, siendo analizada en sus diversos aspectos por este trabajo doctrinal.

Sumario:

1. Introducción al tema.
2. La desheredación del cónyuge: problemática jurídica.
3. Referencia a la desheredación del cónyuge separado de hecho.
4. Deber de fidelidad, separación de hecho conyugal y desheredación.
5. Análisis de la jurisprudencia referida a la desheredación del cónyuge.
6. Referencia a la reconciliación y al perdón en sede de desheredación del cónyuge.

1. INTRODUCCIÓN AL TEMA

La desheredación del cónyuge plantea, sin lugar a dudas, una problemática muy interesante en el marco del Derecho de Sucesiones. Profundamente enraizado este tema con las reformas legales llevadas a cabo en nuestro país en el ámbito de las relaciones paternofiliales y conyugales, no puede ignorarse que esta institución de la desheredación del cónyuge sigue aún generando polémica y controversia, que abordo a continuación.

2. LA DESHEREDACIÓN DEL CÓNYUGE: PROBLEMÁTICA JURÍDICA.

Con anterioridad a la Reforma del Derecho de Familia, en el año 1981, las causas de desheredación del cónyuge que aparecían recogidas –en la actualidad, se mantiene el mismo precepto, pero modificado sustancialmente– en el artículo 855 del CC, eran las siguientes: «Serán justas causas para desheredar al cónyuge, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2.º, 3.º y 6.º, las siguientes:

- 1.ª Las que dan lugar a la separación personal según el artículo 105.
- 2.ª Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme el artículo 169.
- 3.ª Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge.
- 4.ª Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación.

Para que las causas que dan lugar a la separación personal lo sean también de desheredación, es preciso que no vivan los cónyuges bajo un mismo techo.»

Por su parte, las causas legítimas de separación, antes de la Reforma del 81, eran las siguientes:

- 1.ª El adulterio de cualquiera de los cónyuges.
- 2.ª Los malos tratamientos de obra, las injurias graves o el abandono del hogar.

- 3.^a La violencia ejercida por un cónyuge sobre el otro para obligarle a cambiar de religión.
- 4.^a La propuesta del marido para prostituir a su mujer.
- 5.^a El conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la connivencia en su corrupción o prostitución.
- 6.^a La condena del cónyuge a reclusión mayor.

Tras la Reforma del Derecho de Familia citada quedan, como causas específicas de desheredación del cónyuge, las siguientes:

- «1.^a Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales.
- 2.^a Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme al artículo 169 (modificado, tras la Reforma del 81, actual art. 170 CC).
- 3.^a Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge.
- 4.^a Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación.»

Éstas son las causas específicas de desheredación del cónyuge. Pero, por lo que respecta a las causas comunes con la indignidad sucesoria, son las siguientes: «El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima» (art. 756.2.º). «El que hubiese acusado al testador de delito al que la ley señale pena no inferior a la de presidio o prisión mayor, cuando la acusación sea declarada calumniosa» (art. 756.3.º). «El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo» (art. 756.5.º).

La referencia al artículo 756.6.º hay que entenderla referida al ordinal 5.º, ya que el artículo 756 contenía, antes de la Ley de 26 de mayo de 1978, que lo reformó, siete números o apartados, de los cuales el 6.º consideraba causa de desheredación «la amenaza, el fraude o la violencia para obligar al testador a hacer testamento o a cambiarlo». Tras la Reforma, al haberse suprimido una causa del elenco del antiguo artículo 756, la anterior 6.^a ahora es la 5.^a. Es evidente que el legislador no pretendió modificar, en este punto, las causas de desheredación: la actual referencia, interpretada literalmente, constituye un simple error material por omisión, que el intérprete será el que deba corregir.

2.1. Análisis de las causas de desheredación del cónyuge.

Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales: el texto de esta causa de desheredación del cónyuge vino dado por la Reforma operada en el Derecho de Familia en el año 1981.

La primera nota que hay que destacar de esta causa es que el incumplimiento de deberes conyugales se presenta en alternativa, o grave, o reiterado, pero menos grave.

Un segundo aspecto que hay que destacar es que los deberes conyugales a los que hace referencia esta causa de desheredación vienen enunciados en los artículos 66, 67 y 68 de nuestro CC, a los que aludo a continuación.

Efectivamente; el artículo 66 del CC se refiere a la igualdad de derechos y deberes de marido y mujer. Ya el artículo 32 de la Constitución consagró esta igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, así como, de una manera indirecta, también lo hizo el artículo 14 del Texto Constitucional.

La intención del legislador, en este punto, era la de puntualizar que, en el marco del matrimonio o de la vida conyugal y de las relaciones que genera, marido y mujer son iguales; iguales en derechos, iguales en deberes.

Como expresaba LACRUZ BERDEJO¹, para llegar al resultado de este precepto, bastaba con no tratar desigualmente a los esposos en la nueva normativa. Pero era tan larga y continua la tradición de la superioridad marital y la obediencia de la mujer, que parecía necesario extenderle, expresamente, un certificado de defunción. Este principio de igualdad lleva consigo, mientras no se haya convenido algo distinto entre los cónyuges, el igual poder de uno y otro en la adopción de decisiones conyugales y familiares, constituyendo su infracción o transgresión causa de desheredación del cónyuge.

Por su parte, el artículo 67 del CC establece una serie de deberes, que pueden quedar enunciados de la siguiente forma:

1.º Deber de colaboración y auxilio: los cónyuges se deben la colaboración o cooperación precisa para hacer frente a las necesidades de ambos y a las individuales de cada uno de ellos. Este deber tiene un contenido patrimonial, ya que los cónyuges se deben recíprocamente alimentos, según el artículo 143 del CC, y en la extensión expresada en el artículo 142, es decir, lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, gastos de embarazo y parto. Este deber comprende, por tanto, no sólo los auxilios necesarios para la vida. Su transgresión constituye causa de desheredación.

Puede generar cierta polémica el enunciado del deber de ayuda y socorro mutuo conyugal. ¿Cuándo se entiende infringido este deber y, en consecuencia, cabe la desheredación del cónyuge infractor?

Hay que resaltar que este deber, aunque impuesto a ambos esposos por igual, no es igual en cada uno: supone el de ayudar al otro en la medida de las posibilidades del que ayuda y las necesidades del ayudado, y en las circunstancias y la forma señaladas por la costumbre y las concepciones sociales vigentes. Según LACRUZ, que mantiene a ultranza una posición conservadora a este respecto, si bien matizada por la normativa igualitaria, hay que distinguir netamente, a estos efectos, entre marido y mujer y, en particular, la obligación de mutuo socorro supone, para la esposa, habitualmente, la de asistir al marido en el mantenimiento de la familia y cuidado del hogar con un trabajo razonable y conforme a las necesidades de todos y a las circunstancias y posición económica familiares.

¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil*, Tomo V, Derecho de Sucesiones, Bosch, Barcelona, 1982.

2.º El deber de respeto recíproco: este deber entraña el reconocimiento de una esfera de libertad y seguridad en cada uno de los cónyuges, a salvo de las injerencias del otro. El respeto debido se entiende y extiende a las esferas física y psíquica, constituyendo su trasgresión causa de desheredación.

El artículo 67 del CC establece, asimismo, el deber de actuar en interés de la familia, entendido éste como un interés superior y distinto al individual propio de cada cónyuge. Su incumplimiento puede acarrear, igualmente, la desheredación del cónyuge infractor.

Según el artículo 68 del CC, los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad. Este deber podría entenderse, a simple vista, como desplegado en una actitud negativa, consistente en no cometer adulterio con otra persona. Pero, en realidad, esta obligación jurídica quedaría muy restringida, como en otra ocasión expuse ², si la conceptuáramos así. Por ello, hay que estimar, y de conformidad, además, con el espíritu del sistema normativo que rige las relaciones conyugales y familiares, que la expresión «guardarse fidelidad» viene referida al total comportamiento de los cónyuges, implicando una conducta social sin equívocos, reveladora de la recíproca entrega personal que preside la emisión del consentimiento en el marco del matrimonio.

Establece, asimismo, el artículo 68 que los cónyuges están obligados a vivir juntos, presumiendo el precepto siguiente que, salvo prueba en contrario, los cónyuges viven juntos. El incumplimiento, sin causa justificada, de este deber jurídico, se puede sancionar con la desheredación del cónyuge incumplidor. El deber de vivir juntos tiene, asimismo, un carácter instrumental, ya que es un medio para cumplir mejor los otros deberes citados, aunque, naturalmente, hay que resaltar que cabrá el pacto de vivir separados siempre y cuando el resto de los deberes que exige la vida matrimonial se cumpla efectivamente.

3.º El deber de mutua ayuda entre los cónyuges y el de mutuo socorro es tratado en dos preceptos consecutivos del CC, los artículos 67 y 68. Esta reduplicación proviene de la Reforma de 1975 y plantea el problema de distinguir entre uno y otro término. En cualquier caso, es evidente que su trasgresión es causa de desheredación para el cónyuge incumplidor. Una Sentencia de 4 de diciembre de 1959 declaró que «el mutuo auxilio comprende no sólo los deberes referentes al auxilio físico, sino también a los que entrañan ayuda moral, afecto mutuo, estimación, aunque la idea de socorro mutuo no puede encontrar en la ley medidas eficaces bastantes para asegurar su perfecto cumplimiento, porque su índole las hace de naturaleza verdaderamente incoercible en muchos de sus aspectos a la acción de la ley civil, siendo el auxilio físico de los alimentos el único verdaderamente sancionado por el Código».

Según algún sector de la doctrina española ³, son infracciones del deber de respeto los ataques a la esfera de la personalidad de un cónyuge, en sus múltiples facetas: anomalía en la vida sexual que pretenda imponer uno de los dos al otro, la imposición de opiniones políticas, los obstáculos al ejercicio profesional, la oposición a las prácticas religiosas, el comportamiento social deshonroso para

² ROMERO COLOMA, Aurelia María: *El matrimonio y sus crisis jurídicas. Problemática civil y procesal*, Serlipost, Barcelona, 1990.

³ LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Editorial Civitas, Madrid, 1982.

el otro cónyuge, la violación del secreto de la correspondencia, la imposición de prácticas anticonceptivas como condición para el débito conyugal, las lesiones resultantes de malos tratos de obra, etc.

Finalmente, constituye una infracción del deber de respeto manifestar y propagar noticias acerca de la vida matrimonial.

Todos estos comportamientos citados, si son graves o reiterados, pueden constituir causa de desheredación.

Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad (segunda causa de desheredación del cónyuge):

El reformado artículo 170 de nuestro CC establece que «el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial».

Este precepto civil hay que ponerlo, necesariamente, en relación con el artículo 154, que establece que «la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía y procurarles una formación integral. 2. Representar y administrar sus bienes».

El hoy derogado artículo 105 del CC enumeraba una serie de actos que constituían transgresión de los deberes respecto de los hijos: conato para corromper a los hijos o prostituir a las hijas y la connivencia en su corrupción o prostitución. También había que incluir los actos del hoy derogado artículo 171: tratar a los hijos con excesiva dureza o darles órdenes, consejos o ejemplos corruptores.

Esta causa amparaba, asimismo, a los hijos de cualquiera de los cónyuges que conviven en el hogar familiar, sean habidos de anterior matrimonio, extramatrimoniales o adoptivos. Se extiende, por tanto, según ya expuse hace algunos años ⁴, la protección legal de los niños que estén bajo la dependencia de los cónyuges y que tengan vínculos de sangre o adoptivos con alguno de los esposos.

¿Cuándo cabe hablar de causa de desheredación del cónyuge fundamentada en el incumplimiento de deberes paternofiliales?

La respuesta, en cualquier caso, ha de venir configurada por la trascendencia que supone el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores. Nuestra Jurisprudencia ha sido, en este extremo, prolífica a la hora de configurar supuestos. Así, enumera una serie de comportamientos que pueden sintetizarse de la siguiente forma:

- a) Cuando existen insultos y malos tratos habituales entre los cónyuges, se está incumpliendo el deber de educación y formación integral de los hijos, ya que esta conducta no les bene-

⁴ ROMERO COLOMA, Aurelia María: *El matrimonio y sus crisis jurídicas*, obra citada.

ficia ni es el mejor ejemplo que debe dárseles. Generalmente, en estas Sentencias se suele considerar culpables a ambos cónyuges, pero caben supuestos en los que sólo la actuación de un cónyuge dé lugar a estas situaciones, perjudiciales para el hijo, incurriendo el infractor en causa de desheredación.

- b) Cuando el progenitor deja desatendido al hijo menor por falta de la prestación de los alimentos necesarios para su sustento y desarrollo.
- c) Cuando uno de los cónyuges deja de aportar voluntariamente los recursos económicos necesarios, tanto por lo que respecta al hogar y sus atenciones, como las referidas a los hijos, o si desatiende la dedicación al hogar y a los hijos, por lo que concierne a alimentación, vestido, limpieza, etc.
- d) La corrupción o prostitución de los hijos.
- e) Explotación del hijo en la mendicidad (esta conducta, hoy en día, constituye, asimismo, delito tipificado en el CP).
- f) La reclusión permanente del hijo en el propio domicilio.
- g) Los malos tratos que excedan del adecuado uso de la facultad correctora. Hay que tener en cuenta, en relación con este extremo, que la facultad correctora es propia de todo progenitor con respecto a sus hijos. Pero cuando esta facultad correctora deja de serlo y se convierte en facultad punitiva, estaríamos, a mi juicio, entrando en el marco de esta causa de desheredación del cónyuge que actuare de esta manera tan poco beneficiosa para los hijos.
- h) Los insultos y vejaciones hacia los hijos. Naturalmente, este supuesto constituye delito.

Todos estos supuestos están recogidos por Javier PÉREZ MARTÍN ⁵.

Hay que resaltar, siguiendo esta línea trazada, que el artículo 39.3 de nuestra Constitución señala la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos, habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en todos aquellos casos en que legalmente proceda.

Por su parte, ENTRENA KLETT aborda un elenco o listado de conductas constitutivas de incumplimiento por parte de los progenitores de su función de patria potestad, que, desde mi punto de vista, constituyen causa de desheredación del esposo que incurriera en las mismas. Este catálogo de conductas pueden resumirse en las siguientes:

- a) La corrupción o prostitución de los hijos.
- b) La explotación económica de estas conductas.
- c) La explotación del hijo en la mendicidad.
- d) La reclusión permanente en el propio domicilio.

⁵ PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: *El procedimiento contencioso de separación y divorcio*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1997.

- e) La inadecuada alimentación. Este supuesto me parece muy importante y estimo, además, que ha cobrado una especial relevancia en la actualidad.
- f) La falta de cuidados médicos.
- g) La privación de vestido.
- h) La privación de educación.

Los malos tratos que excedan del adecuado uso de la facultad correctora, etc. ⁶.

Este catálogo de conductas se asemeja bastante al que ha quedado expuesto anteriormente y que elaboró PÉREZ MARTÍN, si bien me interesa, sobre todo, la inclusión de dos supuestos de gran trascendencia práctica: la inadecuada alimentación y la falta de cuidados médicos. Sin embargo, me llama la atención, y dejo constancia de ello, que no aparece, en estos listados de ambos autores, un supuesto, quizás el más frecuente en la práctica, por desgracia, y que es la falta o ausencia de amor, de cariño y respeto de un progenitor hacia su hijo o hijos, de un clima de desafecto y falta de diálogo, comprensivo y abierto, en que algunos progenitores, desafortunadamente, incurren en las relaciones paternofiliales y que, a mi juicio, es sintomático de que la patria potestad no se está ejerciendo adecuadamente.

Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge (tercera causa de desheredación del cónyuge):

Del parentesco nace, dentro de ciertos límites y con el concurso de determinadas circunstancias, un deber legal que viene denominándose, con cierta equivocidad, «obligación» o «deuda» de alimentos.

El artículo 142 de nuestro CC dispone que «se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo».

El Código Civil establece, como sabemos, la obligación de mutua ayuda y mutuo socorro entre los esposos (arts. 67 y 68), y la de los padres de «tener en su compañía, alimentar y educar» a sus hijos, según el artículo 154.1.º, obligación esta que les compete, precisamente, en cuanto titulares de la patria potestad.

Mucho se ha discutido si se trata de una obligación distinta de la de alimentos legales de los artículos 142 y siguientes del CC y con propio régimen, o bien de una cualificación de ésta o, en

⁶ ENTRENA KLETT, Carlos María: *Matrimonio, separación y divorcio*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1981.

otras palabras, si los artículos 68 y 154.1.º deben entenderse incluidos en el artículo 143, o si se trata de institutos distintos, de modo que la prestación de alimentos legales sólo comenzaría a funcionar cuando cesasen el deber de socorro entre cónyuges –por la separación– o el deber de crianza de los hijos, por la mayoría de edad de éstos.

La tesis dominante, en nuestro país, opta por la distinción entre la obligación de mantenimiento del cónyuge o los hijos menores y la más estricta de alimentos. En particular, como afirman LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA ⁷, el deber de los padres de cuidar y educar al hijo sería esencialmente diverso del deber alimentario común: el primero no es recíproco entre padres e hijos, sino exclusivamente propio de aquéllos, a diferencia del deber de prestar los alimentos en caso de necesidad y, además, no está condicionado al extremo de la carencia; al contrario, el hijo de corta edad, aun teniendo bienes suyos, como no está en situación de proveer a todas sus exigencias, tiene siempre necesidad de cuidados personales, que han de serle prestados por el alimentante.

Todo ello no excluye la aplicación, a las obligaciones de mantenimiento específicas del cónyuge y el titular de la patria potestad, de aquellos preceptos y soluciones de los alimentos legales compatibles con su particular naturaleza, ni que el derecho de los alimentos exista en estado latente, subyaciendo al derecho más amplio del cónyuge.

La obligación alimenticia, según PUIG PEÑA ⁸, propiamente dicha sólo surge cuando, cumplida la más amplia de alimentación del menor, educación, instrucción, colocación, etc., el hijo se encuentre necesitado, independientemente de la edad del mismo.

Habría que plantearse ahora la problemática que suscita la separación matrimonial. ¿Qué sucede en estos supuestos? La cuestión, sin duda, no es baladí. Tengamos en cuenta que se trata de determinar cuándo se puede producir la desheredación entre cónyuges. A este tema hay que responder que el deber conyugal de socorro mutuo, *ex* artículo 68 del CC, se reduce al deber de alimentos cuando la unidad de vida se rompe y durante la preparación y sustanciación del proceso de separación, divorcio y nulidad matrimonial.

Plantea, sin embargo, algunas dudas el tema referido a la separación de hecho de los cónyuges. El Tribunal Supremo, por lo que a este respecto se refiere, en diversas sentencias, que ya han quedado desfasadas y que responde a una mentalidad conservadora, ha declarado que carecía de acción para reclamar alimentos la mujer que vive de hecho y por su voluntad fuera del domicilio conyugal y que, en general, no existe este derecho cuando la separación es por exclusiva voluntad del reclamante, pero que subsiste si es de mutuo acuerdo.

Otras Sentencias algo más modernas, de 28 de febrero de 1969 y 17 de junio de 1972, rectificaron la anterior doctrina jurisprudencial, declarando que «la separación de hecho libremente consentida entre los esposos, si bien implica una situación anómala e incompatible con los deberes matrimoniales que impone el artículo 56 (en la actualidad, art. 68 CC), lo que origina el que sus consecuencias no

⁷ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS: *Elementos de Derecho Civil*, Derecho de Sucesiones, Tomo V, obra citada.

⁸ PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho Civil español*, Madrid, 1963.

sean jurídicamente protegibles, no por ello les priva de un modo genérico y sin atender a las circunstancias personales que concurran en cada caso concreto del derecho a recibir alimentos de su consorte, conforme a las normas contenidas en los artículos 142 y siguientes del Código mencionado, pues a) ningún precepto condiciona la exigibilidad de la deuda alimentaria de los cónyuges al cumplimiento del deber de vivir juntos o la limita al supuesto de que la separación se haya decretado judicialmente; y b) incluso la circunstancia de no acudir a la vía judicial para recabar la separación del matrimonio, no justifica por sí sola la pérdida del derecho conferido por el número 1.º del artículo 143, al poder ser debida a razones tan encomiables como el deseo de evitar el escándalo y perjuicios familiares a que la intervención de los Tribunales pudiera dar lugar».

Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiere habido entre ellos reconciliación (cuarta causa de desheredación del cónyuge):

Aquí parece oportuno recordar que ya el artículo 756.2.º del CC establece que la condena en juicio por haber atentado contra la vida del testador es causa de indignidad para suceder. Ahora, ya no se habla de condena en juicio, sino que basta el atentado contra la vida del esposo para constituirse en causa de desheredación. A este respecto, PUIG PEÑA matizaba afirmando que esta causa de desheredación desaparece en tanto medie reconciliación entre los cónyuges, o bien surja el perdón tácito que nace con la convivencia bajo un mismo techo.

3. REFERENCIA A LA DESHEREDACIÓN DEL CÓNYUGE SEPARADO DE HECHO

Problemática aparte plantea, sin duda, la cuestión de la desheredación del cónyuge separado de hecho.

Lo primero que hay que destacar a este respecto es que la ley incidió sobre la redacción del artículo 855 del CC, ofreciendo una regulación del número primero de ese precepto, fijando, en efecto, el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales como justa causa para desheredar al cónyuge. Pero fue la Ley de 15 de enero de 1996 la que perfiló el precepto, suprimiendo el párrafo final, puesto que se exigía que los esposos no vivieran bajo el mismo techo para que pudiera ser operativa la desheredación, lo cual resultaba, a juicio de FERNÁNDEZ GONZÁLEZ REGLERAL⁹, manifiestamente desajustada con las previsiones del artículo 87 del CC.

De la lectura del artículo 855 del CC, y a la vista del sistema instaurado por la Ley de 7 de julio de 1981, se desprende la negativa a admitir la separación como determinante de la posibilidad de que el testador desherede al cónyuge con el que rompió su relación, tal como parece indicarlo la Sentencia de 25 de noviembre de 2002, en la que se refuta tal efecto de la separación de hecho por sí: «La separación de hecho no puede ser considerada como causa de exclusión de la legítima viudal (art. 834 CC). Y en tal sentido es indicativo el propio comportamiento del esposo que deshereda expresamente a la esposa en el testamento –con asesoramiento del Notario, al que reglamentariamente

⁹ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María Ángeles: «La desheredación del cónyuge separado de hecho», *Actualidad Civil*, número 40, Madrid, 3-9 noviembre, 1997.

competente asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se propongan— en lugar de invocar la separación de hecho como causa de exclusión de la legítima viudal. Consiguientemente, invocada como causa de desheredación la causa 1.^a del artículo 855 del CC —haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales—, si es el propio marido el que se ausenta no puede apreciarse el incumplimiento grave o reiterado de tales deberes conyugales».

Etelvina VALLADARES RASCÓN ponía de manifiesto, a este respecto, que, en la separación de hecho por mutuo acuerdo, difícilmente cabe advertir que exista una violación del deber de convivencia, cuando ello ha sido querido por ambos cónyuges, dada la validez de los pactos conyugales encaminados a suspender la vida en común ¹⁰. En esta misma situación se encuentra quien decide separarse unilateralmente de su cónyuge consintiendo el otro, *ex* artículo 82.5 del CC, supuesto este que el legislador trata de modo semejante al mutuo acuerdo a los efectos de instar las medidas judiciales. En estos casos, los cónyuges separados no podrán lograr que la ruptura de la convivencia sea base suficiente para hacer valer su voluntad de exclusión de cualquier derecho sucesorio al cónyuge, ya que propiamente no hay incumplimiento del deber de vida en común. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL afirmaba que el tinte sancionador que se liga a las taxativas causas de desheredación, que privan al legitimario de participar en la herencia, abocan a que sólo cuando exista un efectivo incumplimiento de ese deber se aprecie la concurrencia de tal causa. Ello supone que el caso queda reducido a la separación de hecho unilateral e impuesta injustificadamente por uno de los esposos, no aceptada por el otro ¹¹. Pero esta situación, a juicio de María Ángeles EGUSQUIZA BALMASEDA resultará de difícil apreciación si se ha mantenido durante largo tiempo y se ha aceptado, evolucionando el primigenio estado en un acuerdo tácito sobre la separación ¹².

Esta misma autora se plantea una cuestión importante y con relevancia práctica: ¿qué sucederá en el caso de que se invoque la infracción de otros deberes conyugales, como la denegación del socorro mutuo, o la prestación de alimentos, que requiere la concurrencia de los requisitos conocidos de los artículos 142 y siguientes del CC (necesidad del reclamante y medios del que los presta)?

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL también se pregunta por la problemática que pudiera plantear la convivencia *more uxorio*, encontrándose de hecho ya separados los esposos. Este supuesto, sin duda frecuente en la práctica, tal como he podido tener ocasión de comprobar, no parece, sin embargo, que tenga más trascendencia a los efectos de la desheredación, entendida como vulneración del deber de fidelidad conyugal, porque, si la separación de hecho por mutuo acuerdo o la libremente consentida hacen cesar el deber de fidelidad, y sólo puede ser invocada por el cónyuge que no motivó la separación (art. 82.1 CC), cuando la separación ha tenido una larga duración temporal, ese deber debería quedar relevado para ambos, tal como han señalado, con toda razón, MORO ALMARAZ y SÁNCHEZ CID ¹³.

¹⁰ VALLADARES RASCÓN, Etelvina: *Nulidad, separación y divorcio. Comentarios a la Ley de Reforma del Matrimonio*, Madrid, 1982.

¹¹ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A.: «La desheredación del cónyuge separado de hecho», artículo citado.

¹² EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles: *La sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2002.

¹³ MORO ALMARAZ, M.J. y SÁNCHEZ CID: *Lecciones de Derecho de Familia*, editorial Colex, Universidad de Salamanca, 2002.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1988 denegó que constituyera, por sí, justa causa de desheredación el hecho de que la esposa estuviese separada de hecho del causante, aunque *obiter dicta* reconoció la pérdida de su condición de legitimaria. Por su parte, una Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 25 de noviembre de 2002, incidió, de nuevo, en este controvertido tema, tal como se puede apreciar a través de la lectura de sus Fundamentos Jurídicos: «En el testamento se deshereda a la esposa... al amparo de la causa 1.^a del artículo 855 del CC –haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales–, y a las dos hijas Ana y Trinidad de acuerdo a la causa 1.^a del artículo 853 del mismo cuerpo legal –haber negado sin motivo legítimo los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda–. Del artículo 850 del CC resulta que la prueba de ser cierta la causa de la desheredación corresponderá a los herederos del testador si el desheredado lo negare; lo que supone que la certeza de la causa de desheredación expresada por el testador se presume *a priori* pero sólo extrajudicialmente, con carácter provisional e interino; procesalmente no alcanza siquiera valor *iuris tantum*, pues cede en cuanto el desheredado no se conforma con ella, incumbiendo su prueba a los herederos del testador» (Fundamento de Derecho Tercero).

«De lo actuado parece que no puede llegarse a conclusión distinta de la que se hace en la sentencia apelada; señalándose como puntos relevantes, respecto de la esposa, que es el marido el que se ausenta del domicilio conyugal en Venezuela, estableciéndose en Santa Cruz de Tenerife, en tanto la esposa y las dos hijas continúan en dicho país, no hay separación legal. La separación de hecho no puede ser considerada como causa de exclusión de la legítima viudal (art. 834 CC). Y en tal sentido es indicativo el propio comportamiento del esposo que deshereda expresamente a la esposa en el testamento –con asesoramiento del Notario, al que reglamentariamente compete asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se propongan–, en lugar de invocar la separación de hecho como causa de exclusión de la legítima viudal. Consiguientemente, invocada como causa de desheredación la causa 1.^a del artículo 855 del CC –haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales–, si es el propio marido el que se ausenta no puede apreciarse el incumplimiento grave o reiterado de tales deberes conyugales.» (Fundamento Jurídico Cuarto)

Una Sentencia, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias, de 18 de diciembre de 1999 rechazó la desheredación del cónyuge supérstite al entender que si bien «existió una previa separación de hecho de los cónyuges que, más que al abandono del hogar familiar por parte de la esposa, parece tener su origen en un recíproco deterioro del afecto conyugal». Esta sentencia matizó declarando que «desde luego no existe una prueba concluyente de la infracción grave por parte de la aquí demandante de los deberes de respeto y socorro establecidos en el artículo 67 del CC. Y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 850 del CC y en la jurisprudencia dictada en su aplicación, la carga de probar cumplidamente la existencia de las causas de desheredación invocadas por el testador corresponde al heredero que sostiene la validez del testamento (...) En todo caso, las causas de desheredación, como también subraya la doctrina y la Jurisprudencia, deben ser objeto de interpretación restrictiva por aplicación del principio general de derecho *odiosa sunt restringenda* y porque, de entenderlo de otra forma, supondría eliminar el sistema de legítimas establecidas a favor de los herederos forzosos. En este sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1975 y de 11 de febrero de 1988».

Es evidente, tal como puede observarse de la lectura de algunas sentencias sobre esta problemática, que, no existiendo pruebas concluyentes, no se llega a estimar la causa de desheredación

invocada, coadyuvando a ello, asimismo, la interpretación restrictiva de la institución de la desheredación, según he venido señalando en páginas anteriores.

Respecto a la acreditación de la causa de desheredación del cónyuge basada en el incumplimiento de los deberes conyugales, se abunda en la idea de que en la sucesión ha de defenderse al legitimario-cónyuge: «...los numerosos testigos propuestos por la parte actora manifiestan unánimemente que la señora P. atendió y cuidó a su esposo durante el período de tiempo en que estuvo enfermo, compaginando el trabajo de peluquera con el cuidado que requería su esposo, y destinando los ingresos que obtenía con la explotación del negocio de peluquería a atender las necesidades y gastos familiares y médicos.

“Es un hecho reconocido por la parte demandada que el señor T.C., tras su última salida del hospital, tomó la decisión de abandonar el domicilio conyugal y trasladarse a vivir a Lluçmajor con sus padres, por lo que fue el expresado señor T.C. quien incurrió en la causa legal de separación del número 1 del artículo 82 del Código Civil, de abandono injustificado del hogar.”

“... en su disposición primera, el testador deshereda a su cónyuge doña Rosa P.B., con base en las causas señaladas en los números 1 y 3 del artículo 855 del Código Civil, por haber incumplido grave y reiteradamente los deberes conyugales y por haber negado los alimentos a su cónyuge.”

“...la concurrencia de las expresadas causas, al haber sido negadas por la demandante, corresponde a los herederos del testador.”

“Este Tribunal, a la vista de la prueba practicada, estima que los demandados no han conseguido acreditar la concurrencia en la señora P.B. de las causas de desheredación invocadas, máxime teniendo en cuenta que, como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de junio de 1993, se impone una interpretación restrictiva de la institución de la desheredación, no sólo porque así lo proclama el artículo 848 del CC, sino también por la doctrina contenida en una abundante jurisprudencia, orientada en la defensa de la sucesión legitimaria.”»

Curiosamente, una tesis opuesta a la que vengo comentando hasta ahora acoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 10 de diciembre de 2001, aceptando la eficacia de la desheredación imputada al cónyuge. La interpretación que esta Sentencia realiza procede de una separación judicial, no de hecho, aduciendo el esposo la reconciliación. La doctrina de esta Sentencia asigna al heredero los efectos negativos de la carencia de prueba sobre la causa de la desheredación, pero –aquí está la novedad que hay que apuntar– otorga a la manifestación realizada por el causante en el testamento presunción de veracidad respecto al motivo de la desheredación: «Una vez formalizada esta expresa declaración de voluntad en modo solemne y fehaciente, en concurrencia y con el cumplimiento de todos los requisitos legales, formales y sustantivos, la negación de la causa de desheredación corresponde al desheredado (art. 850), lo cual habrá de realizarse desarrollando una actividad probatoria indubitada y determinante en forma tal que tenga virtualidad suficiente como para contravenir y destruir la presunción de veracidad contenida en aquel documento solemne por el que se formalizó la susodicha declaración de desheredación. Dicho en otros términos: sólo podrá dejarse sin efecto aquella voluntad solemnemente manifestada si a quien le incumbe la prueba acredita que se han producido hechos o actos que por su contenido sean excluyentes y contrarios a aquélla».

Hay que partir de la idea de que las causas de desheredación conyugal se fundan en la desarmonía de la propia relación matrimonial –que incide, asimismo, en todo el ámbito de la vida familiar y, en concreto, de la paternofamiliar–. Cuando los deberes incumplidos son los de fidelidad, respeto y ayuda o socorro mutuos, puede ocurrir que se produzca efectivamente un distanciamiento afectivo y hasta físico de la pareja y que, de hecho, lleve vidas separadas, viviendo incluso en domicilios distintos. La cesación de la convivencia, en estos supuestos, va a constituir una consecuencia inmediata y directa de las infracciones conyugales cometidas por uno de los esposos, por lo que serán éstas, y no la separación de hecho, las constitutivas de causa de desheredación. En estos casos, hay que tener en cuenta que, si el cónyuge ofendido por la conducta del otro abandona el hogar, no podrá éste invocar como causa de desheredación la separación de hecho y el incumplimiento del deber de convivencia, por la razón, bien sencilla, de que, existiendo causa razonable, cesa el deber de convivir con el otro esposo, según establece el artículo 105 del CC («no incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y, en el plazo de 30 días, presenta demanda de separación»). En este último supuesto, será precisamente el cónyuge que deje el hogar quien, ante las ofensas del otro esposo, podrá desheredarle por aplicación del número 1.º del artículo 855 del CC.

Antes de la Reforma del Derecho de Familia por Ley 30/1981, de 7 de julio, toda causa de separación implicaba la actuación contraria a Derecho y culpable de uno de los esposos. Pero, con la Reforma, se pretendió dejar sin efecto este sistema de separación-sanción, estableciendo un régimen de separación basado en causas objetivas que, si bien ciertamente no se consiguió implantar de manera total, sí supuso la introducción de una serie de causas de separación que, siendo de carácter objetivo, no hacían referencia a la conducta culpable de uno de los cónyuges ni, por tanto, al incumplimiento de deberes conyugales. En consecuencia, como ha señalado María Ángeles FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL¹⁴, fue preciso modificar el apartado 1.º del artículo 855 del CC, que, en adelante, pasaría a considerar causas de desheredación no todas las causas de separación, sino sólo las que implicasen incumplimiento de los deberes conyugales o, en otras palabras, las causas de desheredación culposas previstas en los números 1.º y 2.º del artículo 82 del CC, impidiendo así la desheredación cuando concurriesen las demás causas de separación.

A juicio de esta autora, la modificación era lógica, sobre todo si se tiene en cuenta que las causas de desheredación parecen llevar implícita la idea de un comportamiento punible del desheredado, digno de sanción; por tanto, en función de este criterio, sólo una actuación culpable por parte de uno de los cónyuges, como lo es el incumplimiento de deberes conyugales, justificará la procedencia de la desheredación conyugal, y no cualquier causa de separación matrimonial.

Por todo ello, se hace preciso y oportuno determinar en qué casos la separación de hecho produce violación del deber de convivencia, porque sólo entonces podrá ser aducida como causa de desheredación.

También hay que señalar que, antes de la Reforma del Derecho de Familia en el año 1981, el abandono del hogar constituía causa de desheredación, incurriendo en ella el cónyuge que abandonaba y no precisamente el abandonado.

¹⁴ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A.: «La desheredación del cónyuge...», citado.

Tras la Reforma, puede desheredarse al cónyuge que incumple el deber de convivir con el otro, o sea, al igual que se decía en la legislación anterior, el cónyuge que abandona el hogar.

Naturalmente, hay que hacer la salvedad, a este respecto, de que la idea de abandono del hogar ha de suponer una interrupción de la convivencia sin justa causa, porque, en caso contrario, no estaríamos ante una infracción del deber de convivencia.

En consecuencia, no en toda separación de hecho puede apreciarse incumplimiento del deber de convivencia, ni es, por tanto, causa de desheredación. Hay que matizar adecuadamente para afirmar que la ruptura de la convivencia ha de ser impuesta al otro cónyuge o por un esposo al otro de una manera injustificada. En este supuesto, la causa de desheredación prevista en el artículo 855.1.º del CC recae sobre el cónyuge que impuso la separación y no sobre el que la sufrió o al que le fue impuesta de manera arbitraria e irrazonable.

Cabe plantearse qué sucede cuando la separación de hecho ha sido establecida, de común acuerdo, por ambos cónyuges. Un sector doctrinal, al frente del cual tenemos a LACRUZ BERDEJO¹⁵, afirmaba contundentemente que la materia de convivencia es indisponible; los cónyuges pueden estar de acuerdo en no vivir juntos en absoluto, por tiempo definido o indefinido, pero no pueden pactarlo con eficacia sino a lo más como medio de concluir el matrimonio, no para permanecer en él.

A mi juicio, la cuestión no está tan clara como la plantean algunos autores. El artículo 105 del Código Civil establece que no hay abandono del hogar, ni infracción, por tanto, del deber de convivencia, cuando la salida del domicilio por uno de los cónyuges se produce por causa razonable. ¿Cabe entender que el pacto, de común acuerdo entre los esposos, es una causa razonable, o entraríamos ya de lleno en el ámbito de causa de desheredación?

La problemática que presenta esta cuestión es ardua, sin duda, pero, en todo caso, habrá que determinar si el mutuo acuerdo de los cónyuges en la separación de hecho se considera causa justificada, permitiendo el alejamiento físico y, por ende, no produciendo violación del deber de convivencia, deber de convivencia que viene establecido como deber de los esposos en el marco de la relación matrimonial.

Otro sector doctrinal, más en armonía con las Reformas del Derecho de Familia y con una visión más progresista de este tema, afirmaba que entender que los cónyuges están obligados a vivir juntos, sin que pudieran separarse por su propia decisión ni aun por mutuo acuerdo, era una tesis que difícilmente podía ser mantenida en la actualidad y, sobre todo, de cara a las Reformas últimamente citadas.

GETE-ALONSO Y CALERA comentaba que el deber de convivencia se relaciona con dos extremos: la presencia de un domicilio conyugal y el mantenimiento continuado de la misma, y estos extremos pueden ser objeto de pacto entre los cónyuges durante el matrimonio, admitiendo incluso que esos pactos se realicen antes de la celebración de las nupcias, si bien este extremo es más controvertido, citando una Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1983, que señaló que, aunque el deber de convi-

¹⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis: «Los deberes recíprocos del artículo 68 del Código Civil y su significado actual», en el *Libro homenaje a Luis Martín Ballesteros*, Zaragoza, 1983.

vencia sigue siendo de orden público, *ex* artículo 68 del CC, no incurre en causa legal de separación el cónyuge que se alejó del hogar, cuando la separación se opere por acuerdo o mutuo disenso¹⁶.

Parece evidente que la separación por sí sola no implica el incumplimiento del deber de convivencia, sino que será, en todo caso, la inexistencia de una causa justificada la que lo producirá. La obligación que tienen los esposos de vivir juntos sólo se infringe o incumple cuando existe voluntad unilateral e injustificada por parte de uno de los cónyuges de no vivir con el otro.

Desde mi punto de vista, si existe acuerdo entre los esposos en vivir separados, no hay incumplimiento del deber de convivencia, ya que hay un mutuo acuerdo previo. La transgresión del artículo 68 del CC sólo se produciría si uno de los esposos abandona al otro, deja de vivir con el otro cónyuge, sin existir un previo acuerdo a este respecto. Aquí será cuando, con toda justicia, pueda hablarse de causa de desheredación.

Una cuestión polémica se plantea también FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL al preguntarse si la separación impuesta por uno de los cónyuges y simplemente aceptada o tolerada por el otro para evitar males mayores puede asimilarse a la separación por mutuo acuerdo y, por lo tanto, excluiría la facultad de desheredar.

A primera vista, la cuestión es dudosa y presupone entrar a debatir diversos extremos polémicos: ¿estaríamos ante un abandono consentido?, ¿es un abandono aceptado por uno de los cónyuges que, deseando proseguir con la convivencia, decide, sin embargo, no oponerse a la separación deseada por el otro, con la intención, probable, de alcanzar, en un futuro próximo, una posible reconciliación?

El texto civil nos da una pauta para llegar a una interpretación en este supuesto práctico: el artículo 82.5.º, párrafo 2.º, del CC califica de mutuo acuerdo a la separación cuando, requiriendo uno de los cónyuges al otro para que la acepte, éste ni se opone a la misma ni presenta demanda de separación en el plazo de seis meses. Aquí, el silencio y la pasividad del cónyuge requerido frente a la nueva situación impuesta por su consorte va a determinar, a juicio del legislador, que la separación pueda ser considerada de mutuo acuerdo, encajando, de este modo, en la causa de separación legal prevista en el primer párrafo del artículo 82.5.º, que permite a cualquiera de los esposos separados de hecho por mutuo acuerdo solicitar la separación una vez transcurridos seis meses desde el comienzo de la misma.

Hay que concluir, a la vista de lo expuesto anteriormente, que la separación de hecho conyugal sólo será causa de desheredación cuando encaje en el concepto de abandono, pero entendido este abandono como la separación unilateral e injustificada impuesta por uno de los esposos, y no aceptada por el otro. En este supuesto, se apreciará el incumplimiento del deber de convivencia por uno de los cónyuges. Esta transgresión del deber impuesto en el CC es, como no podía ser menos, causa de desheredación.

Por último, y con relación a este tema, hay que resaltar que la reconciliación de los cónyuges hace cesar la desheredación efectuada, dejando sin causa ésta. Naturalmente, deberá ser acreditada mediante hechos inequívocos.

¹⁶ GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

4. DEBER DE FIDELIDAD, SEPARACIÓN DE HECHO CONYUGAL Y DESHEREDACIÓN

La separación conyugal, como sabemos, deja subsistentes todos los deberes matrimoniales, exceptuando, naturalmente, el de convivencia. Por tanto, los artículos 67 y 68 del CC, referidos a la mutua ayuda, mutuo socorro, actuar en interés de la familia persisten y, en concreto, el deber de fidelidad parece que habría que entenderlo subsistente. En este sentido, el artículo 83 del CC dispone que «la sentencia de separación produce la suspensión de la vida en común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica».

Por lo tanto, la Sentencia de separación (separación judicialmente declarada) no va a dispensar a los esposos de los deberes de fidelidad, respeto y socorro y ayuda mutuos, en cuanto que estos deberes, que son plenamente jurídicos, van a entenderse subsistentes.

¿Qué sucede con la separación de hecho? El párrafo 2.º del artículo 82.1.º del CC recoge una salvedad importante a este planteamiento, estableciendo que «no podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue».

Si analizamos en profundidad estos dos preceptos, resulta auténticamente llamativo que el legislador exonere del deber de fidelidad a los cónyuges separados de hecho por mutuo acuerdo o al cónyuge abandonado, pero que guarde silencio cuando la separación es judicial, porque parece que en este último supuesto el deber de fidelidad se va a mantener. Pero esta afirmación inicial resulta contradicha si nos detenemos en el examen de los preceptos indicados con cierta profundidad.

Tal como, con agudeza, ha puesto de relieve FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL¹⁷, el párrafo 2.º del artículo 82.1.º no exonera a los cónyuges del deber de fidelidad, sino que se limita a evitar que la infidelidad conyugal pueda ser invocada, en los casos que se expresan, como causa de separación judicial. Esto quiere decir que, si los cónyuges están separados de hecho por mutuo acuerdo, la infidelidad de uno de ellos no podrá ser alegada por el otro para solicitar la separación judicial, y lo mismo cabe decir cuando la infidelidad sea imputable al cónyuge abandonado.

Pero si los cónyuges están judicialmente separados, ya no cabe invocar infidelidad para separarse, porque la separación ya se ha producido y no sería preciso invocar ninguna causa para conseguir un efecto que ya los ex esposos tienen en la mano.

En consecuencia, en los casos en que la separación de hecho se produjo de mutuo acuerdo, subsiste el deber de fidelidad entre los esposos, si bien la ley excluye la infidelidad como causa de separación, aunque se mantiene como trasgresión o quebrantamiento de dicho deber matrimonial. Por tanto, al seguir constituyendo infracción de un deber conyugal, hay que hacer entrar este supuesto

¹⁷ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A.: «La separación de hecho conyugal y la legítima del cónyuge viudo», *Actualidad Civil*, Madrid, 1996.

de lleno en el número 1.º del artículo 855 del CC y, por tanto, como causa de desheredación. Se suspende el deber de convivencia en este supuesto, pero el resto de los deberes conyugales persiste y su violación por parte de uno de los esposos le hace incurrir en causa de desheredación.

5. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA REFERIDA A LA DESHEREDACIÓN DEL CÓNYUGE

Parece oportuno, una vez llevado a cabo el estudio doctrinal propiamente dicho sobre las causas específicas de desheredación del cónyuge, hacer una reseña de aquellas Sentencias más interesantes que, a mi juicio, han sido dictadas en nuestro país referidas a las desheredación del cónyuge.

- *Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2003*: «Los recurrentes, que son hijos del primer matrimonio contraído por el testador Don Miguel e instituidos herederos en el testamento que otorgó el 25 de abril de 1994, plantean el recurso de casación integrado con un solo motivo para denunciar haberse infringido el artículo 855.1.º del CC, combatiendo la sentencia recurrida que acogió la acción de impugnación testamentaria que ejercitó D.^a Alicia –segunda esposa del causante con la que había contraído matrimonio (sin descendencia)– y decretó la nulidad de la cláusula de desheredación de dicha demandante, cláusula testamentaria que literalmente dice: “Deshereda a su esposa, por incumplimiento de los deberes conyugales”, la que cumple de principio las previsiones exigidas en el artículo 849 del CC, pues no se trata de indeterminación en la desheredada como interpretan los juzgadores de instancia; ya que la desheredada resulta perfectamente identificada, sin que sea preciso relatar y menos detallar los hechos que provocan la desheredación, presentándose la voluntad de desheredar como decidida y suficientemente patente, lo que aquí sucede (...)»

«Procede examinar si se da el supuesto legal de desheredación previsto en el número 1.º del artículo 855, que contempla el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales. La sentencia de apelación atendió básicamente al relato fáctico contenido en la demanda de separación que planteó el esposo-testador en fecha 1994 y no como debía a las pruebas obrantes en las actuaciones, no habiendo recaído sentencia de separación y sólo Auto de 1 de octubre de 1994 de medidas provisionales.»

«No obstante, respetando el *factum* que se establece como demostrado, quedaron acreditadas que las relaciones del matrimonio no eran buenas, pero esto no es relevante a efectos de concurrir incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales y sí ha de tenerse en cuenta que se sentó como demostrado que la demandante regresó a España en el año 1992, dejando a su marido en Venezuela, el que sufría una grave enfermedad diagnosticada como cáncer maligno (...)»

«Dicha enfermedad hubo de afrontarla sólo el referido testador y no consta acreditado que la esposa se hubiera trasladado a Venezuela en algún momento para atenderlo. No cabe aceptar los razonamientos que contiene la sentencia en recurso de que no pudo la demandante socorrer y ayudar a su marido, por habérselo impedido los hijos de éste, pues se presenta razonamiento ilógico ya que residían

en España y su padre se encontraba en Venezuela, contando la actora con toda la libre disponibilidad para trasladarse a dicho país, si esa hubiera sido su voluntad, que no lo fue y prestar en momentos tan graves asistencia cumplida –moral, física, apoyo, comprensión y demás– a lo que estaba obligada conforme disponen los artículos 67 del CC –“ayudarse mutuamente”– y 68 –“socorrerse mutuamente”–.»

«Se trata de efectivo incumplimiento grave y reiterado, no desvirtuado por el hecho de haberse promovido demanda de separación, que precisaba sentencia y los derechos sucesorios del cónyuge viudo se mantienen en conformidad al artículo 834.»

- *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de septiembre de 2001*: «... El artículo 834 establece la legítima del cónyuge viudo en el usufructo del tercio destinado a mejora. Señalando por su parte el artículo 813 que el testador no podrá privar a sus herederos de la legítima salvo en los casos que establece la ley, por su parte el artículo 814 del CC viene a establecer la imposibilidad de establecer gravámenes sobre la legítima salvo con relación al usufructo del viudo.

“En el testamento otorgado en fecha 1 de febrero de 1985 la cláusula discutida priva al cónyuge viudo de su legítima sin que conste ni se haya acreditado en los autos la concurrencia de alguna causa que permita su desheredación, dicha cláusula. Cualquiera que sea la interpretación que quiera dársele, supone la privación de la legítima al cónyuge viudo, exclusión que en base al artículo 813 debe entenderse nula y por lo tanto ineficaz.”»

Comentario a la sentencia: se pone de manifiesto en esta última Sentencia una cuestión que es bien sabida: hay que acreditar la concurrencia de las causas de desheredación del cónyuge. No se puede, sin más, privarle de la legítima que le corresponde. Se exige, como no podía ser menos, la demostración fehaciente de las causas de desheredación. Su sola invocación es, por sí misma, motivo de denegación.

- *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de febrero de 2000*: «... Las relaciones conyugales y paternofiliales no fueron buenas, hasta el punto de presentar el 28 de febrero de 1990 D. Francisco denuncia en la Comisaría de Policía contra su esposa D.^a Carmen y su hijo D. Francisco por una supuesta agresión, la cual fue tramitada por el Juzgado de Instrucción número 14 de los de Madrid dando lugar al Juicio de Faltas... que concluyó por sentencia absolutoria de 25 de abril de 1990 (...). Finalmente, con motivo de unos supuestos malos tratos a D. Francisco por su esposa D.^a Carmen y por sus hijos..., se suscitó una reyerta entre éstos y D.^a Vicenta –la mujer que se encargaba del cuidado y la atención del Sr. D. Francisco–, siguiéndose ante el Juzgado de Instrucción número 3 actuaciones de Juicio de Faltas..., que terminaron con Sentencia de 25 de octubre de 1990 por la que fueron condenados D.^a Carmen, D. Francisco Javier, D. Carlos –otro hijo– y D.^a Vicenta.

“D.^a Carmen y sus hijos se marcharon del domicilio conyugal en el año 1987, dejando solo a su esposo y padre, D. Francisco, quien se hallaba operado de pulmón y precisaba asistencia de otra persona. Aprovechando que éste se encontraba en el hospital regresaron en los primeros días del mes de febrero de 1990.”

“Numerosos vecinos dirigieron el 13 de febrero de 1990 escrito firmado al Concejal Presidente de la Junta Municipal del Distrito de Hortaleza, denunciando la situación en que se hallaba D. Francisco, a causa de los malos tratos que le inferían su mujer e hijos, siendo dichos vecinos los que tenían que hacerse cargo de su atención, cuidado y alimentación, a fin de que ponderase tales circunstancias y adoptase alguna medida...”

“D. Francisco el 12 de junio de 1990, en escritura pública... autorizada por el Notario... otorgó testamento abierto..., en el que desheredaba total y expresamente a su esposa D.^a Carmen y a sus cuatro hijos..., fundándose la desheredación de su esposa en la causa 1.^a del artículo 855 del CC, y la de sus hijos en la causa 2.^a del mismo Código en su artículo 853...”

“D. Francisco falleció el 30 de enero de 1991.”

“D.^a Carmen, en su solo nombre e interés, promovió el 13 de mayo de 1994 juicio declarativo de menor cuantía, en el que negando el concurso de causa legal de desheredación, así como su falta de expresión (pese a lo antes expuesto), ejercitaba las acciones de impugnación de testamento y de petición de herencia (...)”

“El 16 de junio de 1997 la Ilma. S^a Magistrada-Juez de 1.^a Instancia dictó sentencia por la que, considerando que D.^a Carmen y los hijos de ésta y de D. Francisco ejercitaban la acción de impugnación del testamento y de la institución de heredera de la demandada D.^a Vicenta, tras valorar la prueba practicada, declaró no haber lugar a la pretensión de la parte actora.”

“El 25 de junio de 1997 el Procurador de los Tribunales D. José Ramón Gayoso Rey, en representación de D.^a Carmen y OTROS presentó recurso de apelación contra la sentencia que desestimaba la demanda (...)”

“Centrada, pues, esta resolución en la decisión de si es o no ajustada a la causa expresa invocada –1.^a del art. 855 CC– la desheredación de D.^a Carmen, la imparcial valoración de la prueba vertida en las actuaciones, expuesta y resumida en el apartado a) del Fundamento de Derecho Primero de esta resolución, revela el incumplimiento grave por aquélla de los deberes que el matrimonio le demandaba respecto a su esposo, con arreglo a cuanto instituyen los artículos 67 y 68 d), principalmente, del CC, y correlativamente el justo y no arbitrario ejercicio por el testador de la facultad que, en relación al antes indicado precepto, le confieren los artículos 848 y siguientes del mismo Cuerpo legal.”

“Por ello se desestima el recurso de apelación deducido por D.^a Carmen contra la Sentencia del Juzgado de 1.^a instancia.”»

Comentario a la sentencia: tal como se puede apreciar de la lectura de esta sentencia, quedó probado, fehacientemente, que la esposa había incurrido en un incumplimiento, grave y reiterado, de los deberes para con su esposo. Se barajan, efectivamente, los artículos 67 y 68 del CC, en cuanto que estos preceptos son los más relevantes a efectos de determinar si se ha producido, o no, una trasgresión de los deberes conyugales, origen y causa que pudiera motivar, legalmente, la desheredación del cónyuge infractor.

• *Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 18 de diciembre de 1999*: «(...) Tampoco resulta adecuadamente acreditada la causa invocada en el testamento para la desheredación de la esposa del testador, del artículo 855.1.º del CC, de haber incumplido grave o reiteradamente sus deberes conyugales como resulta de las pruebas practicadas y de las obrantes en el juicio de separación anterior en el que no llegó a dictarse sentencia por el fallecimiento de D. Francisco, que el juzgador *a quo* valora acertadamente, existió una previa separación de hecho de los cónyuges que, más que abandono del hogar familiar por parte de la esposa parece tener su origen en un recíproco deterioro del afecto conyugal. Desde luego no existe una prueba concluyente de la infracción grave por parte de la aquí demandante de los deberes de respeto y socorro establecidos en el artículo 67 del CC. Y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 850 del Código y en la jurisprudencia dictada en su aplicación, la carga de probar cumplidamente la existencia de las causas de desheredación invocadas por el testador corresponde al heredero que sostenga la validez del testamento (SSTS de 11-02-1988 y 31-10-1995, entre otras). En todo caso, las causas de desheredación, como también subraya la doctrina y la jurisprudencia deben ser objeto de interpretación restrictiva por aplicación del principio general de Derecho *odiosa sunt restringenda* y porque, de entenderlo de otra forma, supondría eliminar el sistema de legítimas establecidas a favor de los herederos forzosos. En este sentido, se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1975 y de 11 de febrero de 1988».

Comentario a la sentencia: vuelve a incidir esta última sentencia en que constituye un requisito ineludible que el heredero que sostiene la validez del testamento pruebe cumplidamente la existencia de las causas de desheredación. Hay que resaltar que, en este sentido, la carga probatoria puede resultar excesivamente gravosa, pero entenderlo de otra forma supondría dar al traste con todo el sistema de legítimas establecido en el CC.

• *Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 25 de febrero de 1997*: «Primero. La parte recurrente insiste en esta alzada en que se dan todos los presupuestos que prevé el artículo 855.1.º *in fine* del CC para que se estime válida la causa de desheredación de doña Ángeles T.P. que contiene el testamento abierto otorgado por su esposo don Daniel M.S., reiterando que la convivencia entre los cónyuges duró apenas un mes desde la fecha en que contrajeron matrimonio civil, 14 de julio de 1989; situación que se mantuvo hasta la muerte de don Daniel M.S. (...) viviendo cada uno en sus respectivos pueblos natales, don Daniel en Navaconcejo (Cáceres) y doña María Ángeles en El Puerto de Santa María (Cádiz) y, como acertadamente expone el Juzgador de instancia, en ningún momento ha acreditado la representación de doña Brígida M.S., hermana de don Daniel y a quien éste instituyó heredera única y universal en testamento abierto el día 29 de enero de 1992, la veracidad o certeza de la causa de desheredación pues a ella incumbía probar tal extremo (...), aportando como único medio probatorio al respecto sendos certificados de empadronamiento, uno referido a don Daniel M. del Ayuntamiento de Navaconcejo (...), y el otro a doña Ángeles T. del Ayuntamiento del Puerto de Santa María (...), donde aparecen empadronados respectivamente en las citadas localidades desde 1986, por el contrario existe en autos abundante prueba documental, que aparece consignada por el Juez de Instancia en su resolución y a la que nos remitimos por mor de no ser reiterativos, añadiendo además la obrante en los folios 258 a 264 y 265 a 298, que desvirtúa la alegación de no convivencia entre los entonces cónyuges, pues como se explica, si apenas vivieron un mes juntos como dice la heredera, que don Daniel M. señalara en las cuentas de las que indistintamente era titular doña Ángeles, tanto el domicilio del Puerto de Santa María como el de Navaconcejo, domicilios que coinciden con los

certificados de empadronamiento de ambos en sus localidades y que los mismos se mantengan desde el año 1989 hasta la actualidad. A lo contenido en la prueba documental a la que hemos hecho referencia con anterioridad, se suma el resultado de la prueba testifical obrante en autos que viene a corroborar el contenido de la documental, testifical que al decir del recurrente es la única que tuvo en cuenta el juzgador *a quo* para desestimar sus pretensiones, lo que no es cierto pues basta una somera lectura de su resolución para estimar que el Juez valoró toda la prueba existente en autos, sin que por otra parte sea de recibo la alegación del apelante sobre la prueba diabólica que se le impone por el CC, sobre la circunstancia de acreditar un hecho negativo, pues si como alegó en su demanda el señor vivió toda su vida en Navaconcejo, pueblo pequeño de la provincia de Cáceres del que era natural, debía tener amigos en éste, o vecinos del lugar, que pudieran acreditar tal extremo, así como aportar otras pruebas de las admitidas en derecho con tal fin, lo que no ha hecho, limitándose como hemos dicho con anterioridad a acreditar tal extremo con las citadas certificaciones de empadronamiento, documental que este Tribunal, al igual que hizo el Juez de Instancia, no estima suficiente para acreditar la no convivencia, no sólo por existir otras pruebas que evidencian lo contrario, sino también porque la experiencia cotidiana viene a demostrar que existen matrimonios que teniendo el domicilio conyugal en una localidad, ello no es óbice para que se encuentren empadronados alguno de ellos, o los dos, en localidades distintas a la del domicilio conyugal, bien por razones sentimentales de nacimiento, bien por motivos profesionales e incluso políticos o electorales, sin que tal circunstancia ponga en duda la convivencia conyugal. Además olvida el recurrente que el artículo 850 del CC impone a los herederos del testador la carga de acreditar, desde el momento que el desheredado no se conforme con ella, que la causa de desheredación es cierta, cual sucede en el caso que nos ocupa, pues doña María Ángeles T.P., desheredada por su marido, niega la verdad de la imputación y solicita la declaración de nulidad de la disposición testamentaria que la desheredó, por lo que no habiendo probado la heredera del testador que la causa es cierta, procede desestimar este motivo de recurso y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada que declara la nulidad de la cláusula de desheredación.»

6. REFERENCIA A LA RECONCILIACIÓN Y AL PERDÓN EN SEDE DE DESHEREDACIÓN DEL CÓNYUGE

La facultad de desheredar no prescribe ni caduca por mucho tiempo que haya transcurrido entre la comisión del acto, que es su causa justificativa, y el otorgamiento del testamento.

Sin embargo, sí cabe, como no podía ser menos, el perdón del ofendido o agraviado o la reconciliación entre el causante y el ofensor. Al fin y al cabo, es potestativo del agraviado renunciar a la facultad de desheredar, de manera expresa o tácita.

Es importante señalar que, una vez concedido, el perdón es irrevocable, no pudiendo, lógicamente, surtir efectos ya la causa que, en su día, fuera perdonada.

Así, el artículo 856 del CC establece que «la reconciliación posterior del ofensor y del ofendido priva a éste del derecho a desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha».

En sede de desheredación del cónyuge, la reanudación de la vida en común implica o presupone reconciliación entre ellos. Para ROYO MARTÍNEZ¹⁸, la reconciliación es el restablecimiento de relaciones correspondientes a la índole del parentesco, con aquiescencia del causante agraviado. La renuncia tácita puede resultar del simple hecho de que el causante otorgue testamento sin hacer uso de la facultad de desheredar.

Asimismo, se planteaba ROYO MARTÍNEZ si la atribución de bienes por vía de donación o de legado implica perdón. En este sentido, hay que estimar que la donación posterior a la causa de desheredación ha de interpretarse, generalmente, como perdón, al igual que el testamento también posterior y beneficioso para el autor de la ofensa.

Si el desheredado impugna la desheredación alegando que ha sido perdonado, la carga de la prueba ya no corresponderá a los herederos, sino que será de la incumbencia de aquél.

VALLET DE GOYTISOLO estimaba que, tratándose de cónyuges, el hecho material de su convivencia bajo el mismo techo constituye una presunción que sólo cede ante prueba en contrario de la reanudación de la comunidad de vida o, en otras palabras más expresivas, de su reconciliación¹⁹.

Según FOSAR BENLLOCH²⁰, la reconciliación no se da de un cónyuge respecto a otro, sino entre ambos, porque ambos tienen que estar interesados en la restauración de su vida matrimonial.

DÍEZ-PICAZO definía la reconciliación como aquel acto jurídico en virtud del cual los cónyuges, libre y voluntariamente, hacen cesar la situación jurídica de separación e implantan de nuevo una situación de plena comunidad de existencia, que constituye, evidentemente, un negocio jurídico bilateral, por cuanto la reconciliación sólo se consigue cuando concurre el común consentimiento de los interesados²¹.

La Reforma introducida por la Ley 1/1996, de 15 de enero, que suprimió el controvertido párrafo final del artículo 855 del CC: «Para que las causas que dan lugar a la separación personal lo sean también de desheredación, es preciso que no vivan los cónyuges bajo el mismo techo», no ha supuesto que se eliminen los efectos de la reconciliación, que aparecen previstos, con carácter general, en el artículo 856 del CC, según el cual «la reconciliación posterior del ofensor y del ofendido priva a éste del derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha».

Los errores de interpretación a que llevó la confusa redacción del precepto citado motivó su supresión, avalado, además, por la circunstancia de que la Reforma del Derecho de Familia, por Ley de 7 de julio de 1981, suponía, prácticamente, el inicio de una nueva etapa en la normativa sobre el matrimonio y sus crisis jurídicas.

¹⁸ ROYO MARTÍNEZ: *Derecho sucesorio mortis causa*, Sevilla, 1951.

¹⁹ VALLET DE GOYTISOLO: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, Tomo I, Madrid, 1974.

²⁰ FOSAR BENLLOCH: *Estudios de Derecho de familia. La separación y el divorcio en el Derecho español vigente*, editorial Bosch, Barcelona, 1982.

²¹ DÍEZ-PICAZO: *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, editorial Tecnos, Madrid, 1998.

El artículo 87 del CC supuso la posibilidad de que, aun viviendo los cónyuges bajo el mismo techo, no se interrumpiera, con ello, la cesación de la convivencia, cuando la restauración de la vida en el mismo domicilio obedeciera a razones de necesidad, al interés de los hijos o a un intento de reconciliación por parte de los cónyuges.

Para que exista reconciliación, es evidente que no puede bastar con la voluntad, unilateral, de uno solo de los esposos. Este planteamiento, de admitirse, sería absurdo.

La reconciliación puede producirse en cualquier momento, cuando se hubiese iniciado ya el procedimiento de separación, en cuyo caso pone fin al pleito, o incluso cuando ya hubiese recaído sentencia de separación, dejando ésta sin efecto. Una vez separados los cónyuges, no hay problema alguno en que procedan a su reconciliación, porque, en nuestro sistema jurídico, lógicamente, la separación judicial no es definitiva y, como el vínculo subsiste, los cónyuges podrán, por su sola voluntad, hacer cesar los efectos de la misma, tal y como previene el artículo 84 del CC.

El artículo 856 del CC sólo se refiere, de manera exclusiva, a la reconciliación entre ofensor y ofendido, pero no alude a los efectos del perdón o remisión unilateral de este último. ¿No tiene efectos jurídicos, por tanto, el perdón o remisión del ofendido? La interpretación que hay que dar sobre este extremo no es la literal precisamente, ya que, en efecto, no deben negarse efectos al perdón del causante en esta materia. En consecuencia, si el cónyuge ofendido manifiesta su voluntad de perdonar al ofensor y de rehabilitarle para suceder, está perdiendo, para el futuro, la facultad de desheredar, o dejando sin efecto la desheredación ya hecha, cuando ésta fue realizada.

ALBALADEJO, con agudeza, distinguía entre el perdón del acto ofensivo y el perdón de la propia indignidad para suceder, que es, al fin y al cabo, lo que de verdad rehabilita la sucesión del indigno²². Piénsese, en este aspecto, que la intención del cónyuge ofendido sea la de perdonar, no la ofensa recibida, sino precisamente la sanción prevista en la Ley, es decir, la desheredación del ofensor, tanto la ya hecha como la que aún esté por hacer, porque pudiera suceder que el ofendido quisiera echar en olvido el acto ofensivo en sí mismo, pero no sus consecuencias legales, lo cual, si bien es un poco absurdo e incluso extraño, cabe que sea posible. Sobre esta polémica cuestión se ha pronunciado VALLET DE GOYTISOLO afirmando que hay que distinguir entre la remisión o perdón jurídicamente eficaz y el perdón moral o de conciencia²³.

Es bien extraño que el ofendido quiera perdonar el acto ofensivo en sí mismo, pero no su correspondiente sanción legal. Lo usual será perdonar tanto el acto ofensivo como sus consecuencias; de otro modo, ¿de qué serviría, jurídicamente al menos, el perdón del causante?

El perdón del cónyuge ofendido, tal como ha expresado FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL²⁴, no implica la reconciliación de los esposos ni, por lo tanto, el restablecimiento de la comunidad de

²² ALBALADEJO, Manuel: «Comentario al artículo 756», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo X, volumen 1.º, Edersa, Madrid, 1987.

²³ VALLET DE GOYTISOLO: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, obra citada.

²⁴ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A.: «La desheredación del cónyuge separado de hecho», artículo citado.

vida, con lo que cabe que, aun persistiendo el abandono, si medió perdón del cónyuge abandonado, se elimine la posibilidad de desheredar. De ello resulta que, en la práctica, será altamente improbable, aunque puede suceder, y que no puede negarse eficacia jurídica al perdón concedido. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que, con el perdón, ni siquiera se exige que el cónyuge ofendido olvide la ofensa recibida, sino que simplemente restablezca la capacidad del otro para suceder, si bien, en la práctica, el que no olvida la ofensa recibida difícilmente levantará el castigo impuesto al ofensor.

Controvertida resulta también la cuestión de si la remisión o perdón debe ser expresa o puede llegar a deducirse de hechos inequívocos. El artículo 856 del CC guarda silencio sobre este extremo y, además, ni siquiera menciona el perdón como medio de rehabilitar al desheredado. Estimo que habrá que aplicar el artículo 757 del CC, referido, en realidad, a las causas de indignidad, que establece que «dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento o si, habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público».

Según VALLET DE GOYTISOLO²⁵, el artículo 856 debe ser completado con el 757, porque el primero está referido sólo a la reconciliación, mientras que el segundo sí recoge la remisión o el perdón de la indignidad. Admite este jurista que el perdón puede ser tanto expreso como tácito y que ambos extinguen la causa de desheredación.

Cabe preguntarse, no obstante, cuándo se entiende que se ha producido perdón tácito. A ello habría que contestar que siempre que, conocida la causa de desheredación, el causante realizare testamento a favor del ofensor, nombrándole heredero o legatario. En este supuesto, la causa de desheredación quedaría remitida, si bien cabe que el testamento sea, más tarde, revocado. En cualquier caso, cuando la desheredación se contiene en un testamento hecho por el ofendido y éste es revocado por otro posterior, incluyendo esta vez al desheredado, ello constituye, asimismo, una forma de perdón tácito y, en consecuencia, queda extinguida la desheredación.

Fuera de estos casos, el perdón debe ser expreso, tal como previene en el artículo 757, que obliga a remitir expresamente al indigno y al desheredado, a través de documento público.

²⁵ VALLET DE GOYTISOLO: *Apuntes de Derecho sucesorio*, Madrid, 1954.