

# ESTUDIOS



**Los derechos sucesorios del viudo en Vizcaya y Ayala (II)**  
**La extinción del usufructo vidual legal.**  
**Otros derechos de usufructo en favor del viudo:**  
**el usufructo universal derivado del poder testatorio,**  
**el usufructo poderoso del Fuero de Ayala**  
**y el legado de usufructo universal<sup>1</sup>**

Manuel Calduch Gargallo

Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia  
DEA en Derecho Civil por la Universidad de Zaragoza

Recibido: 03.07.06

Aceptado: 10.10.06

---

**Resumen:** Dentro de la pluralidad de legislaciones civiles que conviven en España, el modelo vasco se convierte en paradigma de la idea, defendida doctrinalmente, de que en aquellos sistemas en los que el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes, suelen concederse amplios derechos sucesorios al viudo, mientras que, en aquellos que parten de un sistema de comunidad, los derechos *mortis causa* que se le conceden o no existen, o son mínimos, puesto que la protección a su posible situación de desvalimiento se obtiene ya a través del régimen económico matrimonial. Éste es el caso del País Vasco, donde rige un sistema legal de comunidad como es el de comunicación foral de bienes. La existencia de este régimen económico matrimonial legal, que concede a los cónyuges medios suficientes para dirigir a la familia en caso de disolución –sobre todo si ésta es debida al fallecimiento de uno de sus miembros y existe descendencia– justifica que los derechos usufructuarios del viudo no tengan por qué ser del alcance de los existentes en Navarra o en Aragón, para permitir una protección suficiente del *súperstite*.

Pues bien, el presente trabajo pretende examinar con cierta profundidad la naturaleza jurídica del usufructo legal previsto en la legislación foral del País Vasco, sus requisitos, objeto y extinción. Asimismo, se examinan otros derechos usufructuarios viduales previstos en esa norma, como el usufructo universal derivado del poder testatorio, el usufructo poderoso del Fuero de Ayala y el legado del usufructo universal.

**Palabras clave:** Usufructo legal vidual en Euskadi.

**Abstract:** *Inside the wide range of Civil Laws which live together in Spain, the Basque regulations are the model for those authors who think that the Marriage Economic Systems of separating goods are accompanied by wide inheritance rights for the widow, whereas in those Marriage Economic Systems with community goods, the mortis causa rights do not exist, or they are fewer because the protection against their hypothetical needy situation can be obtained through the*

---

<sup>1</sup> *A mi madre, que está en el cielo.*

*community goods system. This is the Basque Country case where a Legal Marriage Economic System of common goods, known as «comunicación foral de bienes», is ruled. The existence of this system which gives the spouses enough tools for ruling the family in case of marriage dissolution –above all if this is caused by the death of one of its partners and there are offspring– justifies that widow rights of use and enjoyment do not require to be so extensive that Navarrian's or Aragonian's, in order to achieve an adequate protection to the widow.*

*Therefore this research tries to analyse in depth the right content of the legal use and enjoyment established in the Basque Country Law, its requirements, the enjoyable goods and its extinction. Furthermore, other widow rights of use and enjoyment written in the Law are analysed, like the Full Enjoyment that the Power of Will (the so-called «poder testatorio») provides with, the powerful right of use and enjoyment of the Ayala Law (the so-called «usufructo poderoso del Fuero de Ayala») and the legacy of the Full Enjoyment.*

**Key words:** *Legal widow use and enjoyment in the Basque Country.*

**Sumario:** I. Introducción.—II. La extinción del usufructo viudal legal. A. Introducción. B. Examen particularizado de las causas de extinción. 1. Las ulteriores nupcias. 2. La unión marital de hecho. 3. Tener un hijo no matrimonial con posterioridad a la disolución del matrimonio por muerte del cónyuge, o a la extinción de la pareja de hecho por fallecimiento del compañero. 4. Las causas de extinción del usufructo ordinario. a) La muerte del usufructuario. b) Cumplimiento del plazo o término consignado en el título constitutivo. c) La consolidación de la nuda propiedad. d) La renuncia. e) La pérdida total de la cosa objeto del usufructo. f) La resolución del derecho del constituyente. g) La prescripción. 5. Las causas de indignidad como determinantes de la extinción de la legítima viudal del artículo 58. a) El atentado contra la vida de ascendientes o descendientes del cónyuge, o compañero, llevados a cabo tras el fallecimiento de éste. b) La falta de denuncia de la muerte violenta del cónyuge, o compañero, cuando el conocimiento de ella por parte del supérstite se produce una vez ha entrado en la posesión de los bienes. c) La suplantación, ocultación o alteración del testamento, llevado a cabo tras el fallecimiento del consorte o compañero.—III. Otros derechos de usufructo en favor del viudo. A. El usufructo universal derivado del poder testatorio. 1. Los presupuestos. 2. La extinción. a) Expiración del plazo fijado para el ejercicio del poder testatorio. b) La muerte, imposibilidad o incapacidad sobrevinida del viudo. c) La presentación de la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial. d) Las ulteriores nupcias, la vida marital de hecho y el alumbramiento de un hijo no matrimonial. e) La renuncia. f) Las causas de indignidad para suceder. 1.º El abandono, prostitución o corrupción de los hijos. 2.º El atentado contra la vida de ascendientes o descendientes del cónyuge, posteriores a su fallecimiento. 3.º Las demás causas de indignidad. g) Las causas previstas en el poder. h) La revocación. B. Una referencia al usufructo poderoso del Fuero de Ayala. C. El legado de usufructo universal.—IV. Conclusiones.—V. Bibliografía.

## I. Introducción

El artículo que se inicia con esta introducción forma parte de un estudio más extenso en el que se analizan las instituciones de carácter usufructuario previstas en favor del viudo de forma específica en la Ley 3/1992, del Derecho Civil del País Vasco, en el ámbito de Vizcaya y Ayala.

La primera parte de dicho estudio –que ya ha sido objeto de publicación en esta revista– se centraba en el análisis de la naturaleza jurídica, los requisitos de acceso y el objeto del usufructo legal del viudo previsto en el artículo 58 de la mencionada ley. Ahora, en esta segunda parte del trabajo, se acomete la valoración de este mismo precepto en relación con las causas de extinción del usufructo viudal, examinando también otras instituciones como son el usufructo universal derivado del poder testatorio, el usufructo poderoso del Fuero de Ayala y el legado de usufructo universal.

Una vez puesto de manifiesto el carácter parcial de este artículo, y resaltada, por tanto, la necesidad de que para su adecuada comprensión deba acudir a la lectura del artículo ya publicado al que hemos hecho referencia, entro en la materia que ahora nos interesa.

## II. La extinción del usufructo viudal legal

### II. A. Introducción

Reuniendo los requisitos necesarios para ello<sup>2</sup>, el cónyuge –o compañero– supérstite adquirirá el usufructo viudal. Pero una vez entrado en el disfrute de los bienes del causante puede suceder que el viudo incurra en alguna de las causas que la ley prevé como determinantes de la extinción de su derecho.

En relación con ello, el último párrafo del artículo 58 de la Ley vasca dispone que *«el derecho de usufructo del cónyuge viudo se extinguirá en el caso de ulteriores nupcias o de unión marital de hecho, o de que tuviere durante el matrimonio, o con posterioridad al mismo, un hijo no matrimonial, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa»*.

Pero la afirmación efectuada por este precepto debe ser matizada en varios sentidos. En primer lugar, porque –como ya dijimos en su momento– no todas las causas a las que se refiere pueden conceptuarse como «extintivas» del derecho. Me estoy refiriendo al caso de tener, durante el matrimonio –o mientras la pareja de hecho se halle vigente–, un hijo al margen de él. Como ya expliqué al hablar de los requisitos necesarios para poder acceder

---

<sup>2</sup> Vid. apdo. II. B. de CALDUCH GARGALLO, M., «Los derechos sucesorios del viudo en Vizcaya y Ayala (I). El usufructo legal del viudo en Vizcaya: naturaleza jurídica, requisitos y objeto», en *Estudios de Deusto*, Vol. 55/1, enero-junio 2007.

al usufructo viudal, el nacimiento de un hijo engendrado con otra persona distinta al cónyuge o pareja, concebido mientras exista el matrimonio o la relación estable, necesariamente se debe producir en vida del premuerto. Tener un hijo no matrimonial durante la vigencia del matrimonio, o de la pareja, es un hecho que se produce mientras estas relaciones perviven, es decir, necesariamente antes del fallecimiento del cónyuge, o compañero, y, por tanto, antes de que el derecho al usufructo viudal haya surgido. En consecuencia, si tal hecho tuvo lugar, y el testador no ha dispuesto otra cosa, el viudo no podrá acceder al usufructo. No nos encontramos, por tanto, ante una causa extintiva de un derecho ya nacido, sino ante la ausencia de un requisito necesario para que pueda ver la luz.

Por otro lado, no sólo tendremos que tener en cuenta las causas de extinción que vienen referidas en la Ley 3/1992. No hemos de olvidar que la legítima viudal del artículo 58 consiste en un usufructo. Y siendo éste su objeto, deberemos acudir a lo dispuesto en el artículo 513 del Código civil<sup>3</sup> para determinar, en qué medida, las causas de extinción del usufructo ordinario que allí se contemplan pueden resultar aplicables al caso que nos ocupa. Además, deberemos considerar la posible aplicación de las causas de indignidad como provocadoras de la extinción del usufructo viudal que ya ha nacido. Es decir, tendremos que valorar hasta qué punto aquellos motivos previstos en el artículo 756 del Código civil pueden producirse con posterioridad al fallecimiento del cónyuge o compañero.

## II. B. *Examen particularizado de las causas de extinción*

Pasamos a continuación a examinar, individualmente, las causas de extinción del usufructo viudal legal.

### II. B. 1. LAS ULTERIORES NUPCIAS

Dice el quinto párrafo del artículo 58 de la Ley del Derecho civil del País Vasco que «*el derecho de usufructo del cónyuge viudo se extinguirá en el caso de ulteriores nupcias (...)*».

Al hablar de la naturaleza jurídica del usufructo viudal vizcaíno hemos acordado su carácter sucesorio. La legítima del viudo es un derecho que nace con la muerte del cónyuge, o compañero, y cuyo objetivo fundamental es proteger al superviviente en su nueva situación. Es decir, tiene básicamente un contenido asistencial de base económica: se trata de conceder al viudo los medios materiales necesarios para que pueda mantener un nivel de vida ade-

---

<sup>3</sup> Vid. CELAYA IBARRA, A., «Comentarios al artículo 58 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco», en ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XXVI, Edersa, Madrid, 1997, p. 255.

cuado. A esta finalidad, precisamente, responde, en gran medida, la inclusión de esta causa de extinción<sup>4</sup>. Ello, no obstante, no nos debe hacer olvidar que responde, también, a cierta consideración de la «fidelidad» que se deben los cónyuges, o miembros de la pareja de hecho, entre sí<sup>5</sup>. De alguna manera, el legislador quiere dejar fuera del derecho a aquellos que, tras el fallecimiento de su consorte, o compañero, actúan de manera «infidel» a su memoria. A esta conclusión podemos llegar si tenemos en cuenta el resto de causas de extinción previstas en el artículo 58: así, tener un hijo extramatrimonial después de la disolución del matrimonio por muerte del cónyuge o compañero<sup>6</sup> da lugar a la extinción del derecho en la medida en que, desde la óptica de la ley, es el reflejo de la falta de fidelidad debida al premuerto.

El inciso final del último párrafo del artículo 58 matiza que el derecho de usufructo del cónyuge o compañero viudo se extinguirá «(...) salvo que el testador haya dispuesto otra cosa». A mi juicio, esta puntualización afecta a todos los supuestos que el párrafo contempla. Es decir, es posible que el causante pueda disponer que el nuevo matrimonio no extinguirá el usufructo, y que tampoco lo hará la unión marital de hecho, o la concepción y naci-

---

<sup>4</sup> En otros derechos forales, como el navarro, las nuevas nupcias también son contempladas como causa de extinción del usufructo de fidelidad; pero, en mi opinión, en ese ordenamiento, su inclusión refleja la arista más familiar de esa institución. En la Compilación navarra, junto a las nuevas nupcias, se contemplan otras causas de exclusión, extinción o privación, que permiten llegar a ese resultado. Se habla, por ejemplo, de que no tendrá el usufructo legal de fidelidad el cónyuge que hubiera sido privado de la patria potestad de los hijos comunes, o de que puede ser privado del derecho a instancia de los nudos propietarios si corrompiera a los hijos. Igualmente puede perder el derecho si enajena o grava los bienes que está usufructuando o si incumple obligaciones como la de administrar y explotar los bienes con la diligencia de un buen padre de familia. En todo ello puede observarse que el usufructo de fidelidad se concede con una clara finalidad de mantener unido y cohesionado el patrimonio familiar y también con el objeto de dotar de la suficiente autoridad al viudo para poder regir la familia y sus intereses. Y, por esta razón, los comportamientos que van contra esos principios, deben provocar la inexistencia o la extinción del usufructo de fidelidad. En ese marco es en el que hay que interpretar el aspecto más familiar de las nuevas nupcias como determinantes de la extinción del derecho vidual navarro. Un entorno, como vemos, muy diferente al presentado por el Derecho vasco.

<sup>5</sup> En opinión de CELAYA IBARRA, A., «Comentarios al artículo 58 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco», en ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XXVI, Edersa, Madrid, 1997, p. 255, las nuevas nupcias –y también el resto de las causas de extinción contempladas en el artículo 58– se encuentran fundadas en el carácter familiar del derecho. En mi opinión, más que hablar del carácter familiar, habría que referirse a su carácter «conyugal o de pareja», pues ya hemos comentado en otro apartado que al legislador vasco lo que le preocupa, ante todo, es la relación de los consortes, o miembros de la unión estable, entre sí. De hecho, todas las causas de extinción contempladas se refieren a elementos que enturbian esa relación. Se dejan al margen los incumplimientos que puedan referirse a otros miembros de la familia.

<sup>6</sup> Recordemos que, en nuestra opinión, si el hijo extramatrimonial se tiene vigente el matrimonio, o la relación estable, el derecho no llega a nacer.

miento de un hijo que tenga lugar con posterioridad a su fallecimiento. O que tener un hijo extramatrimonial durante la vigencia de la unión no provoca la exclusión del derecho<sup>7</sup>. Por otro lado, y a pesar de que el precepto se refiere al testador, entiendo que la posibilidad de que el premuerto pueda impedir el resultado extintivo, o excluyente, del derecho del supérstite debe referirse tanto al caso de que la sucesión abierta sea testamentaria como al de que lo sea *ab intestato*. No hemos de olvidar que el artículo 58 se encuentra ubicado dentro del capítulo II, del título III, referido a la sucesión forzosa, y que los derechos del viudo vincularán al causante sea la sucesión testada o no lo sea. A mi entender, nada impedirá que por medio de otros instrumentos diferentes al testamento –siempre y cuando la voluntad del premuerto resulte indubitada– pueda perdonarse la concurrencia de la causa de extinción.

Otro problema que puede plantearse en relación con este supuesto es el de determinar cuándo se contraen nuevas nupcias para entender que éstas dan lugar a la pérdida de la legítima del viudo. El artículo 58 de la Ley vasca dispone que el derecho se extinguirá «*en el caso de nuevas nupcias*». En mi opinión, con estos términos, el legislador quiere poner de relieve que lo importante es el hecho de la celebración del matrimonio. Desde el momento en que se contraen las nuevas nupcias se extinguirá el derecho para el supérstite, salvo que el cónyuge, o compañero, premuerto hubiera dispuesto otra cosa. El hecho de que el nuevo vínculo se disuelva o que sea declarado nulo no afectará a ese resultado. A esta conclusión tenemos necesariamente que llegar si tenemos en cuenta que la mera relación marital de hecho determina la extinción de la legítima viudal. Si la relación de aquellos que se conducen como matrimonio pese a no estar casados produce la pérdida del usufructo, también la de los que se comportan como tales y, además, han contraído nupcias –aun cuando éstas se hayan disuelto con posterioridad o hayan sido declaradas nulas– debe originar la misma consecuencia. Aunque se dictara una resolución judicial que estableciera que el matrimonio no llegó a existir –que era nulo desde su celebración misma– lo cierto es que los contrayentes se habrán comportado como tales y su relación, al menos, deberá ser equiparada a la de los que pasan a formar una unión marital de hecho.

Además, debemos entender que es indiferente la forma en que el matrimonio se contraiga. Así, también el matrimonio secreto debe producir la extinción, si bien deberemos esperar a su inscripción para hacerla valer<sup>8</sup>; pero una vez inscrito, sus efectos se retrotraerán al momento de la celebra-

---

<sup>7</sup> De opinión contraria es CELAYA IBARRA, A., op. cit., p. 255, quien parece defender que la salvedad del testador sólo puede referirse al supuesto de tener un hijo extramatrimonial, durante o con posterioridad al matrimonio, pero no a los casos de nuevas nupcias o unión marital de hecho. En mi opinión, el texto de la norma no impide el perdón de estas causas de extinción.

<sup>8</sup> Salvo que pueda demostrarse la previa unión de hecho y, por esa vía, pudiéramos considerar también extinguido el usufructo.



ción. Lo contrario podría jugar en favor de la mala fe del cónyuge o compañero viudo: si éste celebrara un matrimonio secreto podría seguir disfrutando de su legítima y su posible posterior inscripción no afectaría al derecho disfrutado fraudulentamente desde el momento de las nuevas nupcias, hasta la inscripción.

## II. B. 2. LA UNIÓN MARITAL DE HECHO

Continúa el párrafo 5.º del artículo 58 señalando que el derecho de usufructo del cónyuge viudo<sup>9</sup> se extinguirá en el caso de «(...) *unión marital de hecho*».

La motivación de esta causa de extinción es común a la que guiaba al supuesto de celebración de nuevas nupcias: la legítima viudal pretende proteger al viudo, facilitarle los medios económicos suficientes para que pueda mantener un nivel de vida digno. Por ello, en el momento en el que mantiene una relación estable con otra persona que pueda reportarle ya la necesaria garantía patrimonial para su adecuado sustento, deja de tener sentido –desde el punto de vista del legislador– la atribución del usufructo viudal. Junto a ello, podemos también entender que esta causa de extinción responde a la idea de que el derecho previsto por la ley se otorga presuponiendo la fidelidad que debe regir las relaciones entre los cónyuges o compañeros, incluso más allá de la muerte de uno de ellos, consecuencia que podemos extraer si ubicamos esta causa de extinción dentro del conjunto de las previstas por el artículo 58. A este motivo debe responder, sin duda, el prever como causa de extinción el nacimiento de un hijo extramatrimonial y, a él, presumiblemente, debe hacerlo también, en parte, la causa que ahora estamos estudiando.

Es de destacar la equiparación que el legislador vasco hace de la unión marital y de las nuevas nupcias. Este tratamiento idéntico contrasta con el que opera –o, al menos, operaba– en otros ordenamientos jurídicos y que ha sido objeto de diversas críticas<sup>10</sup>. En mi opinión, es de justicia que ambas

<sup>9</sup> Al que, como sabemos, deberemos asimilar el miembro «viudo» de una pareja estable.

<sup>10</sup> En este sentido, en derecho navarro, el nuevo matrimonio es causa de extinción del usufructo de fidelidad, mientras que la unión marital de hecho debe ser puesta de manifiesto por los nudos propietarios para que provoque la privación del derecho, lo que ha llevado a algunos autores a considerar que, en el segundo caso, declarada la existencia de la relación de hecho, el efecto privativo no se retrotrae al momento de inicio de la vida marital, vid. ARREGUI GIL, J., en «Comentarios a las Leyes 261 y 262», en ALBADALEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T XXXVII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 2001, p. 146. Por su parte, en Aragón, la equiparación entre nuevo matrimonio y vida marital estable a estos efectos se ha producido con la nueva Ley 2/2003. Hasta ese momento –y desde la reforma de 1985–, cabía pacto en contrario con respecto al efecto extintivo en el caso del nuevo matrimonio, pero no en el caso de la vida marital estable. Sobre las críticas a la reforma de 1985, vid. SANCHO REBULLIDA, F., y DE PABLO CONTRERAS,

realidades lleven aparejada la misma consecuencia, pues su resultado es *de facto* el mismo: el establecimiento de una nueva relación. En ambos casos, como hemos anticipado, su fundamento es idéntico: el viudo deja de necesitar la protección legal para su sustento, puesto que dicha protección ya se la proporciona la nueva pareja o cónyuge; y, también en las dos causas, puede observarse la misma «infidelidad» al premuerto.

El problema que puede plantearse con esta causa de extinción es el de su prueba. Porque, en mi opinión, la unión marital a que se refiere este artículo no debe quedar reducida única y exclusivamente a aquellos casos de parejas de hecho reguladas por la Ley 2/2003, de 7 de mayo, y que necesariamente deben inscribirse en un Registro para que queden constituidas. A mi juicio, cualquier unión marital de hecho, aunque no sea de las contempladas por esa norma –y aunque su constancia no quede reflejada en ningún organismo público–, debe producir el efecto extintivo sobre el usufructo viudal. Por ello, mientras que en el caso de las nuevas nupcias –y también en el de las parejas de hecho reguladas por la Ley 2/2003– debe existir una constancia registral de su celebración y, en consecuencia, es fácil determinar el momento a partir del cual el derecho se extingue, no sucede lo mismo en el caso de las uniones maritales de hecho que decidan no inscribirse en lugar alguno. En éstas deberá, en primer lugar, probarse su existencia y, además, tendrá que demostrarse el momento a partir del cual existe la relación como unión estable, pues será a partir de entonces cuando deberemos entender que el usufructo llega a su fin.

Con relación al efecto extintivo, hay que insistir en que, en mi opinión, es posible que el causante disponga en sentido contrario. Esta posibilidad forma parte de la equiparación entre el nuevo matrimonio y la unión marital de hecho como determinantes de la extinción del derecho; situación que, a mi juicio –y como ya he anticipado–, es de justicia. En todo caso, este tratamiento idéntico puede llegar a perjudicar al miembro de la pareja estable no amparada en la Ley vasca de parejas de hecho que «enviuda» de su nuevo compañero, si comparamos su situación con la del supérstite que contrae nuevo matrimonio, o constituye una relación de hecho regida por la Ley 2/2003, y enviuda de su nuevo cónyuge o compañero. En este segundo caso, habiéndose salvado por el primer cónyuge o compañero premuerto el efecto extintivo que supuso su nuevo matrimonio o relación de hecho, el supérstite podrá llegar a acumular dos legítimas viuales, una por cada uno de los cónyuges o compañeros de los que ha enviudado. Sin embargo, en el primer caso, al no generarse un nuevo derecho de usufructo sobre la herencia de

---

P., «Comentarios de los artículos 72 a 88 (La viudedad)», en DELGADO ECHEVERRÍA, J., DGA, *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, vol. II., Zaragoza 1993, pp. 852-853; y ZAPATERO GONZÁLEZ, R., «De la viudedad foral», *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés (Jaca 1985)*, Cortes de Aragón, pp. 239 y ss.

aquél con quien convivió en unión estable no amparada en la Ley 2/2003, solamente se mantendrá este derecho sobre los bienes del primer cónyuge premuerto. No obstante, esta diferencia de tratamiento es la consecuencia lógica del ejercicio de una libre opción del viudo a la hora de formalizar su nueva relación.

## II. B. 3. TENER UN HIJO NO MATRIMONIAL CON POSTERIORIDAD A LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR MUERTE DEL CÓNYUGE, O A LA EXTINCIÓN DE LA PAREJA DE HECHO POR FALLECIMIENTO DEL COMPAÑERO

Dice el apartado 5.º del artículo 58 de la Ley vasca que el derecho de usufructo del cónyuge viudo<sup>11</sup> se extingue en el caso «*de que tuviere durante el matrimonio o con posterioridad al mismo, un hijo no matrimonial (...)*».

Como hemos puesto de manifiesto en otros lugares, la razón de esta causa de extinción hay que buscarla en la concepción del legislador de que los cónyuges, o miembros de la pareja, deben ser fieles el uno al otro. De alguna manera, la Ley quiere dejar fuera del derecho a aquellos que, incluso tras el fallecimiento de su consorte o compañero, actúan de manera «infiel» a su memoria. Es por ello por lo que no sólo los hijos no matrimoniales concebidos durante el matrimonio y nacidos con posterioridad a la muerte del cónyuge, o pareja, provocan la extinción del derecho, sino que también producen ese mismo resultado aquellos que se conciben y nacen tras ese óbito. Por lo tanto, no sólo cuenta la fidelidad en vida del causante, sino también la que se produce una vez éste haya fallecido.

Ya hemos afirmado que tener un hijo no matrimonial con persona distinta al cónyuge, o compañero, durante la vigencia del matrimonio, o de la relación de pareja, debe conceptuarse como una causa de exclusión del derecho más que como una causa de extinción. Si el hijo se tuvo vigente el matrimonio o la relación estable, salvo que el premuerto hubiera salvado esa consecuencia, lo que realmente pasaría es que el supérstite no reuniría los requisitos necesarios para adquirir el derecho y, en consecuencia, éste no llegaría a nacer. Es por ello por lo que, en este apartado, nos vamos a centrar en la segunda parte de la frase antes remarcada; es decir, en aquella que dice que se extinguirá el derecho del viudo en el caso de que tuviere con posterioridad al matrimonio –o a la extinción de la relación de pareja por fallecimiento del compañero– un hijo no matrimonial.

En mi opinión, la redacción de esta parte del precepto no es del todo acertada. Poner como referencia temporal «el matrimonio» para determinar qué hijos dan lugar a la extinción del usufructo viudal es desafortunado. El matrimonio no es un momento temporal concreto, sino un lapso, un periodo

<sup>11</sup> Al que debemos asimilar el compañero «viudo» en las parejas de hecho.

que está compuesto de citas temporales que son las que propiamente pueden servirnos de referencia para fijar los efectos pretendidos. Podemos hablar así de «la celebración del matrimonio<sup>12</sup>» o de «la disolución del matrimonio<sup>13</sup>», para señalar el instante concreto a partir del cual tener un hijo puede producir como resultado la extinción del usufructo viudal. En este caso, el precepto debería haber afirmado que ese efecto se produce si la descendencia se tiene con posterioridad «a la disolución del matrimonio». Pero, evidentemente, no toda disolución del matrimonio –o extinción de la pareja de hecho– resulta relevante a estos efectos, sino que únicamente lo será aquella que tiene lugar por muerte o declaración de fallecimiento del consorte. No hemos de olvidar que si el matrimonio se ha disuelto por otro motivo diferente –o la pareja se ha extinguido por otra causa–, el usufructo legal a favor del viudo no habrá llegado a nacer, puesto que el propio artículo 59 señala que «*carecerá de derechos sucesorios en la herencia de su consorte el divorciado (...)*». Afirmación que incluso resultaba innecesaria puesto que el usufructo se atribuye por el artículo 58 al cónyuge viudo y esa condición, obviamente, no corresponde ni al que se ha divorciado con carácter previo a la muerte del que hasta el momento del divorcio era su cónyuge, ni al que contrajo matrimonio que fue declarado nulo<sup>14</sup>.

Para el precepto, el momento relevante para determinar la extinción del derecho es el del alumbramiento del hijo no matrimonial. Lo importante es que el hijo no matrimonial nazca o durante el matrimonio, o la vigencia de la pareja –lo que provocaría la exclusión del derecho– o con posterioridad a su disolución por muerte del otro cónyuge o compañero –lo que daría lugar a la extinción–. Esto es relevante porque, si atendiéramos al momento de la concepción, los resultados excluyentes o extintivos resultarían diferentes.

Con la redacción vigente, un hijo de persona distinta al cónyuge, o compañero, concebido antes de contraer nupcias, pero nacido tras ellas, daría lugar a la exclusión del derecho, salvo que el premuerto hubiera dispuesto otra cosa. Y un hijo no matrimonial concebido durante el matrimonio, o la vigencia de la unión de hecho, pero nacido con posterioridad al fallecimiento del cónyuge, o compañero, provocaría la extinción del derecho, en lugar de su exclusión; lo que puede resultar relevante si consideramos que, en este segundo supuesto, a pesar de haberse concebido el hijo en vida del consorte, o del otro miembro de la pareja, el viudo puede llegar a entrar en la posesión de los bienes y disfrutar de ellos durante el tiempo que media entre la muerte del causante<sup>15</sup> y el nacimiento del hijo no matrimonial. Quizá, en

---

<sup>12</sup> A la que deberemos equiparar la inscripción de la pareja de hecho en el Registro pertinente.

<sup>13</sup> O extinción de la pareja de hecho.

<sup>14</sup> Al divorcio o la nulidad se asimilarán, a estos efectos, la extinción de la pareja por causa diferente al fallecimiento de uno de sus miembros o al matrimonio de ellos entre sí.

<sup>15</sup> Vid. artículo 440 del Código civil.

ambos casos, hubiera resultado más justo atender al momento de la concepción que al del alumbramiento.

Conviene, por último, poner de relieve que el causante puede disponer que el resultado extintivo consecuencia de tener el supérstite un hijo no matrimonial no se produzca. Incluso ha habido quien ha defendido que esta posibilidad en realidad sólo juega para esta causa de extinción y no para las demás señaladas en el artículo 58, postura que no comparto<sup>16</sup>.

## II. B. 4. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO ORDINARIO

El derecho legitimario del viudo, recogido en el artículo 58 de la Ley 3/1992, del Derecho civil del País Vasco, se materializa en un usufructo. Y puesto que esto es así –y no existiendo normas específicas en el Derecho foral vizcaíno relativas al usufructo ordinario– deberemos atender a lo dispuesto en los artículos 467 y siguientes del Código civil para completar el régimen jurídico del derecho del supérstite.

De ese conjunto normativo nos interesa ahora determinar en qué medida son aplicables las causas de extinción que se recogen en su artículo 513. Pasamos a continuación a examinarlas.

### II. B. 4. a) LA MUERTE DEL USUFRUCTUARIO

Establece el artículo 513.1.º del Código civil que el usufructo se extingue «*por muerte del usufructuario*».

Hemos puesto de relieve que la configuración legal del usufructo del viudo en el Derecho vasco está orientada a su protección. El legislador ha querido asistir al supérstite de manera que el fallecimiento de su cónyuge, o compañero, no comporte para él un empobrecimiento relevante. Lo ha querido amparar ante el probable desvalimiento económico que pudiera ocasionarle su muerte. En definitiva, la Ley está pensando exclusivamente en el propio supérstite y no en los sucesores de éste. Con ese fundamento, resulta claro que la causa de extinción del usufructo ordinario recogida en el n.º 1 del artículo 513 del Cc es plenamente trasladable al usufructo viudal regulado en el artículo 58 de la Ley vasca. Fallecido el titular del derecho, éste se consolidará en los nudos propietarios de los bienes que formaban el patrimonio relicto del premuerto. Es decir, no se transmite a los sucesores del supérstite, sino que retorna a los que lo eran del premuerto o, en su caso, a los que resulten ser nuevos nudos propietarios de los bienes que constituían el caudal hereditario de éste.

Similar resultado produce la declaración de fallecimiento. No hemos de olvidar que el artículo 195 del Cc establece que «*toda declaración de falle-*

<sup>16</sup> Vid. op. cit., p. 255.

*cimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte (...)*»; y que el 196 hace depender de dicha declaración consecuencias tan ligadas a esta última como la apertura de la sucesión. Por ello, podemos afirmar que la declaración de fallecimiento queda asimilada a la muerte como determinante de la extinción del usufructo viudal. Eso sí, deberemos tener en cuenta lo preceptuado por el artículo 197 en el sentido de que *«si después de la declaración de fallecimiento se presentase el ausente o se probase su existencia, recobrará los bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto»*. En este sentido, si el viudo declarado fallecido reapareciera podrá recuperar el usufructo sobre los mismos bienes sobre los que ejercitaba su derecho antes de aquella declaración. Y si algunos hubieran sido enajenados, lo obtenido a cambio se subrogará en la posición de lo transmitido, de tal manera que a ello se extenderá el usufructo viudal. Lo que no podrá reclamarse son los frutos obtenidos durante el tiempo que medie entre la declaración del fallecimiento y su reaparición.

#### II. B. 4. b) CUMPLIMIENTO DEL PLAZO O TÉRMINO CONSIGNADO EN EL TÍTULO CONSTITUTIVO

Señala el número 2.º del artículo 513 del Código civil que el usufructo se extingue *«por expirar el plazo por que se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo»*.

El usufructo viudal del artículo 58 de la Ley vasca es un derecho legal que no puede ser suprimido, condicionado, ni limitado temporalmente por el causante. Forma parte de la sucesión forzosa que debe respetarse por el testador en todo caso. Incluso queda fuera de la posibilidad de apartamiento o exclusión del artículo 54, al no quedar recogido el viudo en la relación del artículo 53<sup>17</sup>. El título constitutivo del derecho es la propia ley y, sólo por las causas de extinción que en ella misma se contemplan, puede extinguirse.

Por ello, no pudiéndose establecer por el causante condiciones, ni términos a este derecho, no tiene aplicación este apartado como causa de extin-

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 237. El artículo 53 de la Ley vasca relaciona como herederos forzosos a los hijos y demás descendientes, y a los padres y demás ascendientes. No menciona, por tanto, al cónyuge, o asimilado. Y, por su parte, el artículo 54 permite que el testador pueda distribuir libremente los bienes que integran la sucesión forzosa entre los sucesores relacionados en el artículo 53, apartando a los que quiera de ellos. Al no incluirse al consorte, o compañero, en el artículo 53, es obvio que no cabe el apartamiento referido en el 54, pese a que nos hallamos ante un sucesor forzoso puesto que el artículo 58 configura su usufructo como un derecho legal que no puede ser suprimido.

ción del usufructo viudal legal. La única condición, señalada por la propia ley, podría venir del ejercicio por parte de los tronqueros de la facultad que les otorga el 4.º párrafo del artículo 58, el cual les permite conmutar el usufructo del viudo, en cuanto afecte a los bienes troncales, por un capital de libre disponibilidad. Se trata de una opción concedida a los sucesores tronqueros por la propia ley y, de hecho, no conlleva propiamente la extinción de la legítima del viudo sino su transformación. Si se cumple «la condición» que la propia ley señala y, por tanto, los tronqueros optan por conmutar el usufructo del supérstite, la legítima de éste dejará de consistir en un derecho de disfrute sobre unos bienes determinados y pasará a materializarse en la adjudicación de un capital del que puede libremente disponerse sin quedar sujeto a las causas de extinción que prevé el propio artículo 58.

#### II. B. 4. c) *LA CONSOLIDACIÓN DE LA NUDA PROPIEDAD*

Dispone el artículo 513.3.º que el usufructo se extingue «*por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona*».

En el caso que nos ocupa, la posibilidad de que tal reunión se produzca afecta a los bienes concretos en los que se produce la consolidación. Es decir, estamos hablando de una causa de extinción del usufructo viudal sobre los bienes concretos a los que la consolidación atañe; y, solamente cuando la reunión de la plena propiedad en unas únicas manos se produzca con respecto a la totalidad del patrimonio usufructuado, podremos contemplar esta causa como extintiva del usufructo viudal en su globalidad.

Puede plasmarse de dos formas diferentes. En primer lugar, puede ocurrir que sea el viudo el que adquiera la nuda propiedad de alguno de los bienes que se encuentra usufructuando. Esto podría ocurrir, por ejemplo, si uno de los herederos transmitiera al viudo la nuda propiedad que pudiera ostentar sobre uno de los bienes concretos usufructuados por el supérstite. En tal caso, dicha adquisición implicará la extinción del usufructo viudal sobre ellos puesto que este derecho se verá absorbido por el más amplio del pleno dominio.

En segundo lugar, podría darse el caso de que la plena propiedad vaya a corresponder a quien, hasta el momento de adquirir el usufructo, ostentaba únicamente la nuda propiedad. Lo más habitual será que esa posición la tenga uno de los herederos del causante. Imaginemos, por ejemplo, que con fundamento en el párrafo cuarto del artículo 58, los herederos tronqueros conmuten el usufructo del viudo sobre los bienes troncales a los que este derecho afecta por una cantidad en metálico. En tal supuesto, se produciría la confluencia en unas solas manos –las del heredero tronquero– de la plena propiedad, pero la extinción del usufructo del viudo sobre el bien concreto se produce, más que por el hecho de la consolidación, como consecuencia directa de la conmutación permitida por la Ley.

También puede suceder que un heredero hubiera transmitido la nuda propiedad de un bien usufructuado por el supérstite, a un tercero. Y puede ser,

además, que ese tercero hubiera acordado con el viudo la renuncia por parte de éste a su derecho, exista o no contraprestación a esa renuncia. Entonces, la consolidación se producirá en la persona del tercero. Pero, al igual que ocurría en el supuesto anterior, la extinción del usufructo no se produce directamente por la consolidación. En este supuesto, será una consecuencia inmediata de la renuncia del viudo a su derecho.

Hemos de repetir que, en cualquier caso, lo que se extingue en todos estos supuestos no es el usufructo del viudo en general, sino el que existe sobre los bienes concretos objeto de la consolidación.

#### II. B. 4. d) *LA RENUNCIA*

El párrafo 4.º del artículo 513 del Código civil señala que el usufructo se extingue «*por la renuncia del usufructuario*».

A esta causa de extinción hemos hecho referencia, parcialmente, en el apartado anterior. La renuncia puede implicar la extinción del derecho del viudo en su conjunto o en lo relativo a determinados bienes. En el primer caso, podremos conceptualizarla como una causa de extinción del usufructo viudal regulado en el artículo 58 de la Ley vasca y, en el segundo, únicamente como productora de la pérdida del derecho en relación con el bien al que se refiera.

La renuncia es una declaración unilateral de voluntad de carácter no recepticio; es decir, no necesita de aceptación para producir efectos. Sin embargo, nada impide, en mi opinión, que ésta se preste a cambio de una contraprestación, sea cual sea la denominación que se le dé. De hecho, la posibilidad de conmutación del derecho del viudo por una cuantía en metálico, recogida en el artículo 58 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco, permite defender la renunciabilidad del derecho a cambio de una contraprestación: si se puede imponer por ciertos herederos la conmutación del usufructo por un equivalente monetario, con más motivo cabrá que el titular del derecho libremente decida renunciar a él a cambio de nada, o a cambio de lo que considere oportuno. Eso sí, a mi juicio, la renuncia deberá expresarse de forma explícita y a través de un medio que pueda resultar suficiente para valorar su validez. En este sentido, no será necesario que se otorgue en escritura pública pero sí debe existir un instrumento adecuado para valorar su certeza. Para ello habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la fuerza probatoria de los documentos privados, así como lo establecido en los artículos 328 a 334 de ese mismo texto legal.

#### II. B. 4. e) *LA PÉRDIDA TOTAL DE LA COSA OBJETO DEL USUFRUCTO*

Dice el número 5.º del artículo 513 del Cc que el usufructo se extingue «*por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo*». El Código está pensando en un usufructo sobre bienes determinados. Solamente cuando la pér-



didada afecte a la totalidad de los bienes que están siendo usufructuados por el supérstite podremos hablar de una extinción de la globalidad de su derecho; pero, aun en estos casos, la extinción vendría provocada no por una causa que diera lugar a la pérdida del derecho en su conjunto, sino como resultado de las extinciones particulares de cada uno de sus objetos.

#### II. B. 4. f) *LA RESOLUCIÓN DEL DERECHO DEL CONSTITUYENTE*

Establece el artículo 513.6.º del Código civil que el usufructo se extingue «por la resolución del derecho del constituyente». Esta causa –como sucedía también con la consolidación o con la pérdida del objeto– está pensada para usufructos sobre bienes determinados. Estaríamos hablando, por ejemplo, de aquellos casos en los que la adquisición por parte del causante de los bienes que componen su patrimonio yacente hubiera sido declarada nula con posterioridad a su fallecimiento y a la entrada del viudo en su uso y disfrute. En realidad, en este caso, de lo que se trataría es de que el premuerto no fue en ningún momento propietario del bien en cuestión y, por ello, difícilmente habrá transmitido derecho alguno a sus sucesores. Podríamos decir que el usufructo no habría llegado a nacer.

Otros casos serían aquellos en los que el causante adquiere la propiedad de un bien pero sometida a una condición resolutoria o a un pacto de retro. En tal supuesto, su adquisición es plenamente válida, pero si la condición o el ejercicio del derecho de retracto por parte del vendedor se produce una vez fallecido el premuerto –y, por tanto, tras haber nacido el usufructo del viudo–, quedaría resuelto el derecho del cónyuge, o miembro de la pareja, que ya ha fallecido, y se extinguiría el del supérstite cuya vigencia se encuentra supeditada a aquél.

En definitiva de lo que se trata es de que nadie puede transmitir a otro más derechos de los que él mismo tiene. Por tanto, si la propiedad estaba sujeta a determinadas afecciones, también lo debe estar el usufructo ligado a aquélla. Y si la adquisición del derecho de propiedad era nula, también debe serlo la adquisición del uso y disfrute por parte del viudo. En ello consiste esta causa de extinción.

#### II. B. 4. g) *LA PRESCRIPCIÓN*

Al hablar de la naturaleza jurídica del usufructo vidual en Vizcaya hemos defendido su carácter sucesorio. Existiendo algunos elementos en su regulación que valoran las relaciones entre los cónyuges, o entre los miembros de la pareja estable<sup>18</sup>, éstos no eliminan su carácter puramente patrimonial, su

<sup>18</sup> Fundamentalmente en la comprensión como causas de extinción de las ulteriores nupcias, la unión marital de hecho, o el tener hijos extramatrimoniales.

exclusiva finalidad de mantener o mejorar la posición económica del viudo. Lo que realmente interesa al legislador es proteger a éste ante una posible situación de desamparo provocada por la muerte de su cónyuge o compañero. No se encuentra vinculado el mantenimiento del derecho con obligación alguna del viudo con respecto a los hijos o descendientes.

Lo anterior es importante a la hora de permitir la enajenación o el gravamen del derecho del supérstite y conecta con la posibilidad de su prescripción. Siendo que el legislador con esta figura lo que ha pretendido es amparar al viudo ante el probable desvalimiento económico que pudiera ocasionarle la muerte de su consorte o compañero; y siendo que está pensando exclusivamente en el propio viudo y no en sus sucesores, debe permitírsele –a diferencia de lo que ocurre en otros derechos viduales– enajenar o gravar el usufructo del que es titular si esto le resulta provechoso<sup>19</sup>. En definitiva, resulta aplicable lo previsto en el artículo 480 del Código civil en el sentido de que el usufructuario puede «*enajenar su derecho de usufructo (...) pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo (...)*»<sup>20</sup>. Y siendo enajenable, hemos de entender que, igualmente, puede ser objeto de gravamen<sup>21</sup>.

El artículo 1936 del Código civil establece que «*son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres*». Habiendo defendido que el derecho contemplado en el artículo 58 es enajenable, deberemos, consecuentemente, entender que es susceptible de prescripción. Lo que implica que, no habiendo entrado en la posesión de los bienes a cuyo disfrute tiene derecho el supérstite, las acciones para reclamar prescribirán en los plazos señalados en los artículos 1961 y ss. del Código civil.

---

<sup>19</sup> La posibilidad de que los herederos tronqueros conmuten el derecho del supérstite por un capital en efectivo no sujeto a las mismas causas de extinción que el usufructo abunda en la idea de que este derecho puede enajenarse.

<sup>20</sup> Es decir, en todo caso, el derecho que haya adquirido el tercero del viudo quedará resuelto por la muerte de éste, que es el momento en el cual tiene fin el usufructo vidual. Sin embargo, en mi opinión, no ocurrirá lo mismo en caso de que la extinción del usufructo se produzca por otra causa: el «fin» del usufructo a que se refiere el artículo 480 del Código civil parece remitir al «término», al «plazo», y éste, en el caso del usufructo vidual, está fijado por la muerte del supérstite. Por lo tanto, no afectarán al usufructo adquirido por el tercero unas posibles nuevas nupcias, una unión marital de hecho o el alumbramiento de un hijo no matrimonial por parte del viudo. A mi juicio, solamente su muerte hará decaer el derecho del tercero.

<sup>21</sup> De la misma opinión para el usufructo vidual recogido en el Código civil es VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentarios al artículo 834 del Código civil», en ALBADALEJO, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XI, 2.ª Ed., Edersa, Madrid 1982, pp. 457-458.

## II. B. 5. LAS CAUSAS DE INDIGNIDAD COMO DETERMINANTES DE LA EXTINCIÓN DE LA LEGÍTIMA VIDUAL DEL ARTÍCULO 58

Al analizar los requisitos que debía reunir el viudo para adquirir el usufructo legal, vimos como, a nuestro juicio, la causa recogida en el número 1 del artículo 756 del Código civil no resultaba aplicable al caso concreto del derecho del viudo. En ese sentido dijimos que, en nuestra opinión, el abandono, prostitución o corrupción de los hijos no podía provocar la exclusión de este derecho, puesto que éste se concibe en Vizcaya como un instrumento para cubrir las necesidades del supérstite y en él se valora, exclusivamente, el desvalimiento en que éste puede quedar con ocasión del fallecimiento de su consorte, o compañero, y la relación de fidelidad debida entre los miembros de la pareja, sin importar las posibles quiebras que pudieran producirse con otros componentes de la familia. El abandono, prostitución o corrupción de los hijos debe dar lugar a la exclusión de la sucesión del padre en la herencia de aquéllos –así son tratados estos comportamientos en el artículo 756.1 del Código civil–, pero no impide, a mi entender, que el viudo pueda adquirir la legítima que le corresponda en la sucesión del premuerto.

Respecto al resto de las causas de indignidad, defendimos su aplicación a este supuesto. Todas ellas provocaban la incapacidad del viudo para adquirir el usufructo; es decir, impedían que éste llegara a nacer. Así, la no prestación de las atenciones debidas al cónyuge o compañero discapacitado determinaba la incapacidad para la adquisición del usufructo viudal. Y, de la misma manera, la existencia de una sentencia de condena por atentar contra la vida del cónyuge –o pareja–, ascendientes o descendientes del premuerto, o por acusar calumniosamente a este último, daba lugar a esa exclusión aun cuando la sentencia recayera con posterioridad al fallecimiento del causante, siempre y cuando el atentado se hubiese producido mientras vivía o hubiera entablado la acción por calumnias antes de su óbito. Sobre la ausencia de denuncia de la muerte violenta del cónyuge –o compañero–, dijimos que, por el juego del artículo 758 del Cc, deberíamos esperar al transcurso del plazo del mes que señala el artículo 756 del mismo texto legal para valorar la capacidad del supérstite, permaneciendo hasta ese momento en suspenso su derecho. Si finalmente se producía esa falta de denuncia pese a su conocimiento, el usufructo no habría llegado a nacer. Y en cuanto a la utilización de la amenaza, fraude o violencia para forzar la voluntad del testador, o para suplantar, ocultar o alterar su testamento, resulta evidente que, si dichos comportamientos se producen con anterioridad a su defunción, deben impedir el acceso al derecho.

Sin embargo, algunos de estos hechos pueden producirse en un momento tal, que no impidan que el usufructo llegue a nacer. Estos supuestos son los que a continuación paso a examinar partiendo de la considera-

ción de que, no obstante no excluir del derecho, sí que van a producir su extinción<sup>22</sup>.

## II. B. 5. a) *EL ATENTADO CONTRA LA VIDA DE ASCENDIENTES O DESCENDIENTES DEL CÓNYUGE, O COMPAÑERO, LLEVADOS A CABO TRAS EL FALLECIMIENTO DE ÉSTE*

Ya hemos dicho que los atentados contra la vida del causante, sus ascendientes o descendientes, producidos antes de su fallecimiento, excluían al que atentó –en este caso al viudo– de su derecho. Y ello, aunque la sentencia de condena por estos hechos haya devenido firme después de su muerte, puesto que el artículo 758 del Código civil lo que dice es que deberemos *esperar*<sup>23</sup> al dictado de esa resolución para determinar si el supérstite tenía capacidad para suceder. Curiosamente, el precepto no establece que debamos *atender* a ese momento –cosa que sí hace en el párrafo anterior–, sino que lo que hace, en mi opinión, es fijar un periodo de espera, transcurrido el cual podremos certificar si el llamado a la sucesión reunía los requisitos necesarios para acceder a ella. Dictada la resolución, sus efectos deberán retrotraerse al momento de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata.

No obstante, existe un supuesto que propiamente no excluirá el derecho del viudo a su legítima. Se trata de aquel en el que el atentado contra los ascendientes o descendientes del causante se produce con posterioridad a su fallecimiento. En este caso, el supérstite, en el momento de la apertura de la sucesión, si no incurre en otras causa de las previstas legalmente, reunirá los requisitos de capacidad necesaria para acceder al usufructo legal de viudedad. La indignidad se producirá una vez ya ha entrado en la posesión de los bienes usufructuados. ¿Debe, en tal caso, mantenerse el derecho ya adquirido del viudo, a pesar de que su conducta sea tan reprobable como lo podía haber sido en vida de su pareja? En mi opinión, contestar afirmativamente a esta pregunta no resulta razonable. En este supuesto deberá entrar en juego la indignidad como determinante de la extinción del derecho ya surgido, produciendo sus efectos desde el momento mismo en el que el atentado tuvo lugar<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Comparto la opinión de ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil. V Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, pp. 87-88, en el sentido de que lo que realmente debe importar es la comisión del hecho indigno y no si ésta ha tenido lugar antes o después de la muerte del causante.

<sup>23</sup> DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «La delación de la herencia», *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Ed. Tecnos, Madrid, 8.ª Ed., 2003, p. 311, consideran que el empleo del término «esperar» implícitamente supone que los hechos deben haber ocurrido antes de la muerte del testador.

<sup>24</sup> Dice ALBALADEJO GARCÍA, M., op. cit., p. 88, que, «*aunque se produzca el atentado bastante después de la muerte del testador, la razón moral contra quien lo comete es del mismo peso para echar sobre él la indignidad, aun en ese caso*». Comparto, con él, la idea de que tal conducta no debe quedar sin el correspondiente castigo de la pérdida del derecho.

II. B. 5. b) *LA FALTA DE DENUNCIA DE LA MUERTE VIOLENTA DEL CÓNYUGE, O COMPAÑERO, CUANDO EL CONOCIMIENTO DE ELLA POR PARTE DEL SUPÉRSTITE SE PRODUCE UNA VEZ HA ENTRADO EN LA POSESIÓN DE LOS BIENES*

Por sus propias características, esta causa de indignidad siempre se ha de producir tras el fallecimiento del causante. Pero como ya dijimos, el artículo 758 del Código civil establece un periodo de espera de un mes<sup>25</sup> de tal forma que, hasta que transcurra éste, el derecho quedará en suspenso. Transcurrido ese mes, si no se ha procedido de oficio y se demuestra que el supérstite conocía la violencia de la muerte de su pareja antes de la finalización de dicho plazo, el derecho no se llegará a adquirir por incurrirse en causa de indignidad incapacitante. En caso contrario, el derecho se habría adquirido con plenitud retro trayéndose sus efectos al momento de la muerte del consorte o compañero.

Pero también en relación con esta causa de indignidad existe un supuesto que no impediría que el viudo adquiriera el derecho. Si el supérstite no conocía la violencia de la muerte cuando entró en la posesión de los bienes usufructuados y reunía los demás requisitos necesarios para la adquisición del uso y disfrute, su capacidad para suceder en el momento de la delación

---

Sin embargo, difiero de la afirmación realizada en la misma página de esa obra de que si el hecho es «*cometido después, borra retroactivamente la aptitud para suceder; y, por tanto, la delación recibida*». En mi opinión, el derecho debe extinguirse a partir del momento en que se produce el atentado, pero sus efectos no deben afectar al disfrute ostentado mientras el viudo era plenamente capaz. Asimismo, DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., op. cit., p. 311, parecen admitir la posibilidad de que el atentado posterior a la muerte del causante pueda determinar la indignidad del sucesor, afirmando que, en tal caso, no habrá incapacidad, sino causa de exclusión. Por su parte LACRUZ BERDEJO, J. L., «Indignidad e incapacidad», *Elementos de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1988, p. 84, también insinúa la posibilidad de que las causas de indignidad sean posteriores al fallecimiento del causante.

<sup>25</sup> En otro lugar hemos puesto de relieve como el momento determinante para decidir sobre si el sucesor ha cumplido con su obligación de denunciar dentro del plazo del mes, a los efectos del artículo 756. 4.º del Cc, es el del conocimiento que éste tiene sobre los hechos. Citamos entonces la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1946 como fundamento de esta opinión. Sin embargo, para fijar el momento hasta el que hemos de esperar para calificar su capacidad conforme al artículo 758 del Código civil, hemos de acudir al de la muerte del causante; es decir, hemos de esperar a que transcurra un mes desde el fallecimiento del premuerto para valorarla, puesto que resulta necesario fijar un punto concreto de partida si no queremos que el derecho de usufructo pueda permanecer indefinidamente en suspenso. Este punto de referencia para el plazo de espera es el que defiende ALBALADEJO GARCÍA, M., «Comentarios al artículo 758 del Código civil» en ALBALADEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. X, vol. 1, Edersa, Madrid, 1987, p. 250 cuando afirma que, en este supuesto, «(...) la indignidad sólo se consume cuando después de la muerte del causante transcurre un mes sin que la haya denunciado el llamado a la sucesión sabedor del caso».

no debe plantear duda alguna. El problema surgirá cuando ese conocimiento se tiene con posterioridad a ese instante y no se procede a denunciar. A mi juicio, tal actitud resulta tan reprobable como la del que omite la denuncia antes de haber entrado en la posesión de los bienes usufructuados y debe, por tanto, verse castigada con la extinción del derecho. Éste, en tal supuesto, habría nacido y se habría disfrutado con pleno derecho puesto que en el momento de su concepción el viudo desconocía la causa violenta del fallecimiento de su consorte o compañero. Si posteriormente se adquiere ese conocimiento y no se procede a la denuncia en el plazo del mes, parece razonable que su derecho deba extinguirse, sin que, por otro lado, deba verse afectado lo legítimamente disfrutado hasta el momento en que se tuvo conocimiento de la existencia de la violencia. Permitir que el supérstite mantuviera el usufructo pese a la falta de denuncia supondría discriminar las indignidades –en mi opinión, inadecuadamente– por el momento de su producción<sup>26</sup>.

## II. B. 5 c) *LA SUPLANTACIÓN, OCULTACIÓN O ALTERACIÓN DEL TESTAMENTO, LLEVADA A CABO TRAS EL FALLECIMIENTO DEL CONSORTE O COMPAÑERO*

Si la suplantación, ocultación o alteración del testamento llevada a cabo por el supérstite tiene lugar antes del fallecimiento de su pareja, es obvio que se producirá la incapacidad para suceder a que se refiere el artículo 756. Sin embargo, lo más normal en estos casos es que dichos comportamientos se produzcan tras la muerte del causante. Si esto es así, y el viudo ha reunido el resto de requisitos exigidos por la Ley, habrá adquirido, inicial y legítimamente, con la muerte de aquél, el usufructo legal a que se refiere el artículo 58 de la Ley vasca. Pero por la misma razón esbozada en los dos casos anteriores, habiéndose producido con posterioridad a esa defunción la suplantación, ocultación o alteración del testamento, considero que, también aquí, tal acción debe contar con el castigo de la extinción del derecho desde el momento en que dichas conductas se llevan a cabo. La misma reprobación moral merece la suplantación, ocultación o alteración, ya se haya producido antes o lo haya sido después del fallecimiento del cónyuge, o del otro miembro de la pareja estable<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> No obstante, debe tenerse en cuenta que la acción para declarar la indignidad del viudo estará sometida al plazo de caducidad de cinco años –a contar desde que el supérstite entró en la posesión de los bienes– a que se refiere el artículo 762 del Código civil.

<sup>27</sup> A este supuesto también se refiere ALBALADEJO GARCÍA, M., op. cit., p. 88, si bien –como he dicho en otro lugar– él atribuye a la declaración de indignidad un efecto retroactivo al momento de la muerte del causante. En mi opinión, en estos casos, la declaración de indignidad privará al sucesor del derecho desde el momento en que se produjo la ocultación, alteración o suplantación.

### III. Otros derechos de usufructo en favor del viudo

Al comenzar el estudio sobre el usufructo viudal contemplado en el artículo 58 de la Ley del Derecho civil del País Vasco, pusimos de relieve como su contenido se encontraba conectado, de alguna manera, con la amplitud de la comunidad de bienes derivada del régimen económico matrimonial legal regulado en el Título IV, del Libro I de dicha Ley. En ese sentido –decíamos– el modelo vasco se convierte en paradigma de aquellos sistemas que compaginan un régimen económico de comunidad con unos derechos hereditarios a favor del viudo que, comparativamente con los previstos en otros ordenamientos, son limitados<sup>28</sup>.

Afirmábamos también que, mientras en Navarra o en Aragón, por ejemplo, los usufructos viudales pretenden atribuir al supérstite los suficientes medios para poder continuar con el ejercicio de la autoridad familiar tras el fallecimiento de uno de los cónyuges, de manera que puedan mantener la unidad y la cohesión de la familia y de su patrimonio, al menos hasta que se produzca la muerte del viudo, no ocurre lo mismo en el caso del usufructo contemplado en el artículo 58 de la Ley vasca. En este último se prima la satisfacción de las necesidades patrimoniales del supérstite, su amparo económico ante la situación que se genera por el fallecimiento de su pareja. Prueba de esa diferencia son las causas de exclusión o extinción que se configuran en los distintos supuestos. Así, en Navarra, es relevante el incumplimiento de los deberes familiares o la corrupción de los hijos, conducta esta última igualmente recogida como causa de extinción en el caso aragonés. Sin embargo, en Vizcaya no resultan determinantes los comportamientos del viudo con respecto a los hijos. Lo que se valora es la nueva situación fáctica del supérstite, que es considerada por el legislador como apta para prescindir del soporte del usufructo; o, en todo caso, la actitud infiel con respecto a la pareja, pero, en este supuesto, lo que se valora es la relación de los cónyuges, o compañeros, entre sí, prescindiendo de los demás miembros de la familia.

Y es que la finalidad familiar que en otros ordenamientos persigue el usufructo de viudedad, en Vizcaya, se alcanza a través del régimen económico matrimonial de comunicación foral. Por ello, el artículo 104 de la misma Ley 3/1992 dice que *«cuando el matrimonio se disuelva por la muerte de uno de los cónyuges, dejando hijos o descendientes comunes, se consolida la comunicación foral y se transforma en comunidad de bienes entre el cónyuge viudo, de una parte, y los hijos o descendientes del premuerto, de otra, hasta la división u adjudicación de los bienes»*. De esta forma se consigue mantener la unidad patrimonial de la familia, al menos, hasta la división y adjudicación del caudal relicto.

---

<sup>28</sup> Vid. CALDUCH GARGALLO, M, «Los derechos sucesorios del viudo en Vizcaya y Ayala (I). El usufructo legal del viudo en Vizcaya: naturaleza jurídica, requisitos y objeto», en *Estudios de Deusto*, Vol. 55/1, enero-junio 2007.

La cohesión del grupo y la atribución de medios suficientes para salvaguardar la *auctoritas* del supérstite para la gestión de los intereses de la nueva comunidad se conseguirá a través de su designación por el causante como comisario.

En relación con las parejas de hecho, hay que poner de relieve que los artículos 5 y 6 de la Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 de mayo, permiten a sus miembros pactar la forma en que deban regirse sus relaciones personales y patrimoniales. Sin embargo, en defecto de tal acuerdo, la norma no establece la aplicación supletoria del régimen económico de comunicación foral, sino que afirma la posibilidad de que aquéllos puedan adherirse a las cláusulas que con carácter general, para las parejas de hecho, se establezcan por la ley. Por tanto, no podemos hablar, en el caso de éstas, de un «régimen económico de comunicación foral» y, en consecuencia, la finalidad familiar a la que éste sirve en el caso de los matrimonios no existe cuando la relación no sea conyugal. Por esa misma razón, aun siendo posible que los miembros de la pareja se nombren recíprocamente comisarios en testamento o pacto sucesorio, tal como prevé el artículo 9.3 de la Ley, tal designación no llevará aparejada –a no ser que se establezca expresamente– la concesión del usufructo universal sobre el caudal relicto. Por todo ello, en mi opinión, las afirmaciones que a continuación se efectúan en relación con este usufructo derivado del otorgamiento del poder testatorio, únicamente son predicables en caso de existir un vínculo matrimonial que, además, se rija por el régimen de comunicación foral.

### III. A. *El usufructo universal derivado del poder testatorio*

El artículo 105 de la mencionada Ley 3/1992, al hablar de la disolución del régimen de comunicación foral por muerte de uno de los cónyuges, incide en la unidad del patrimonio relicto. En esa línea señala que «*si el causante hubiera designado comisario, los bienes permanecerán en comunidad hasta que haga la designación de sucesor*»<sup>29</sup>. Se está refiriendo el precepto a cualquiera que sea la persona designada; es decir, se trate o no del cónyuge, los bienes se mantendrán en comunidad. Y para que, en tal caso, el viudo ostente las suficientes por los herederos, se le atribuye la condición de «*único representante de la herencia y administrador de todo el caudal*». En definitiva, en el supuesto de que el premuerto hubiera designado comisario, el cónyuge dispondrá de los elementos necesarios para mantener la unidad del patrimonio del causante hasta que la herencia sea aceptada.

Pero lo que aquí nos va a interesar es la atribución que la Ley hace al supérstite del usufructo universal del patrimonio relicto, para el caso de que

---

<sup>29</sup> La posibilidad de nombrar comisario para la designación de sucesor se encuentra prevista en los artículos 32 y ss. de la misma Ley.



el designado comisario hubiera sido el propio viudo. En concreto, el segundo párrafo del artículo 105 establece que «*salvo disposición en contrario del testador, el cónyuge viudo, designado comisario único o con otras personas, mientras no haga uso del poder testatorio tendrá además el usufructo del caudal, sin obligación de prestar fianza*»<sup>30</sup>. Lo primero que destaca de este precepto es la amplitud del usufructo que se concede. Ya no nos hallamos ante un derecho limitado a la mitad o a los dos tercios de los bienes del causante, como ocurría con la legítima prevista en el artículo 58. Ahora se extiende a la totalidad de los bienes que componen el caudal relicto del cónyuge. El usufructo recogido en el segundo párrafo del artículo 105 es un usufructo universal, como lo son también los previstos en los ordenamientos navarro y aragonés. Esa extensión del objeto, unida a la comunidad de bienes que tras la muerte del consorte se forma entre los hijos y descendientes sucesores del premuerto y el supérstite, va a permitir desarrollar unos objetivos comunes a los que se persiguen con el usufructo de fidelidad en Navarra o con el derecho de viudedad en Aragón, sobre todo si ese usufructo acaba teniendo un carácter vitalicio. De ser así, el viudo va a contar con los medios adecuados para mantener la *auctoritas* que se requiere para defender

<sup>30</sup> Cuando la designación como comisarios entre los cónyuges es recíproca el artículo 33 la denomina «*alkar-poderoso*». Esta reducción del contenido de lo que se entiende por «*alkar-poderoso*», ha sido criticada por la doctrina por entender que, tradicionalmente, el concepto venía a extenderse «*al viudo al que su cónyuge ha designado comisario, que goza del usufructo universal de los bienes que integran la herencia del cónyuge fallecido y es además el representante y administrador de aquellos bienes con independencia de la forma en que se haya otorgado el poder testatorio (...)* o de *que la designación se haya hecho o no recíprocamente*». Vid., en este sentido, GONZÁLEZ CARAZO, J. L., «El poder testatorio y el testamento por comisario en el Derecho foral de Vizcaya», en VV.AA., *Derechos Civiles de España*, Volumen I, Ed. Aranzadi, 2000, p. 428. Por el contrario, ANGOITIA GOROSTIAGA, V., y GALICIA AIZPURÚA, G., «Las legítimas y la libertad de disposición en la Ley del Derecho civil foral del País Vasco», en VV.AA., *Derechos Civiles de España*, Volumen I, Ed. Aranzadi, 2000, p. 405, entienden que, actualmente, la calificación de «*alkar poderoso*» debe remitirse a la concurrencia de la titularidad del usufructo universal y la representación y administración de los bienes de la herencia por parte del supérstite, con independencia de la forma en que se haga dicha atribución, «*sin perjuicio de que el sentido histórico de la figura y la propia etimología del término apunten a la necesidad de la reciprocidad en el nombramiento*». En opinión de CELAYA IBARRA, A., «Comentarios al artículo 58 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco», en ALBADALEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XXVI, Edersa, Madrid, 1997, p. 175, no es acertada la aclaración que la Ley hace sobre el concepto de «*alkar-poderoso*». Para este autor, el término se utiliza popularmente para referirse al viudo comisario que goza del usufructo universal con independencia de la forma en que se le haya conferido. En todo caso, hay que dejar constancia que la previsión del artículo 33 y, por tanto, el concepto legal de «*alkar poderoso*» debe entenderse extendido actualmente también a las parejas de hecho, pues la posibilidad de que sus miembros se nombren recíprocamente comisarios queda recogida expresamente en el artículo 9.3 de la Ley 2/2003.

los intereses familiares más allá del óbito del premuerto y hasta que él mismo fallezca.

### III. A.1. LOS PRESUPUESTOS

Según ese artículo 105, y su ubicación, podemos afirmar que el superviviente debe reunir una serie de presupuestos para acceder por Ley al usufructo universal de los bienes. En primer lugar, hemos de tener en cuenta que este precepto se encuentra incardinado dentro del capítulo III, del título IV, del Libro I, que es el que se refiere a la disolución del régimen de comunicación de bienes. Es por ello por lo que el primer requisito que debe concurrir es el de la aplicación del régimen económico-matrimonial de comunicación foral. Si el matrimonio se rige por un régimen de separación de bienes, o por cualquier otro que hubieran pactado los cónyuges diferente al que supletoriamente establece la Ley, el precepto no será aplicable al viudo.

Además, es necesario que el premuerto haya dejado hijos o descendientes comunes con el viudo —quienes deberán añadir la condición de ser sus sucesores— pues solamente en ese caso se produce la consolidación de la comunicación foral, transformándose en comunidad de bienes entre el cónyuge viudo y esos hijos o descendientes. Y es a esta comunidad de bienes a la que se refiere el artículo 105 al hablar de la designación de comisario por el causante<sup>31</sup>. Esta norma se refiere a que, en tal caso, esa comunidad se mantendrá en tanto no se designe sucesor por el comisario, correspondiendo la representación y administración de la herencia al viudo, salvo disposición en contrario del testador.

Asimismo, se requiere que el superviviente haya sido designado por el premuerto como comisario único o junto con otras personas. En tal caso, no sólo le corresponderá esa representación y administración, sino que también dispondrá en usufructo de los bienes, hasta que se haga uso del poder y se designe sucesor conforme a lo prevenido en los artículos 32 y ss.

Pero también se exige que el causante no haya dispuesto nada en contra de que esto sea así. Es decir, la Ley atribuye el usufructo universal sobre todos los bienes del premuerto al cónyuge casado en régimen de comunicación foral que tenga con él descendencia común, pero siempre y cuando el propio causante no haya manifestado su voluntad contraria a que esto suceda. Por tanto, la voluntad del premuerto para que este derecho pueda nacer juega su papel de dos maneras: en primer lugar, porque mediante la designación que haga del cónyuge como comisario va a permitir que entre en juego

---

<sup>31</sup> Vid. GONZÁLEZ CARAZO, J. L., op. cit., p. 438. Igualmente, PIEDRABUENA MOLINA, P., «La comunicación foral de bienes en Vizcaya» en VV.AA., *Derechos Civiles de España*, Volumen I, Ed. Aranzadi. 2000, pp. 357-358. Ambos refieren el usufructo del caudal a este supuesto.

la previsión legal; y en segundo, porque si se pronuncia en sentido contrario, ese efecto inicialmente previsto queda frustrado.

### III. A.2. LA EXTINCIÓN

Si se dan todos los presupuestos mencionados en el apartado anterior, el cónyuge ostentará el usufructo universal. Pero otro tema diferente es hasta cuándo. El propio artículo 105 determina que el derecho se disfrutará «*mientras no haga uso del poder testatorio*», lo que supone que, ejercitado éste, el usufructo llega a su fin. Esto nos conduce a la cuestión de la duración del poder.

Sin embargo, no sólo el uso del poder determinará la pérdida del usufructo. También tendremos que acercarnos a las demás causas de extinción de aquél previstas en el artículo 48, puesto que éstas provocarán que el propio derecho del cónyuge viudo, atribuido en el artículo 105, decaiga.

#### III. A.2.a) EXPIRACIÓN DEL PLAZO FIJADO PARA EL EJERCICIO DEL PODER TESTATORIO

El artículo 44 de la Ley 3/1992 establece que «*el comitente podrá señalar plazo para el ejercicio del poder testatorio. Si el comisario fuese el cónyuge, el poder podrá serle conferido por plazo indefinido o por los años que viviere*». Por lo tanto, en primer lugar, para determinar la duración del poder habrá que estar a la voluntad manifestada por el causante. Si éste ha fijado un plazo, a él deberemos atender. Transcurrido éste, tanto el poder como el usufructo, se extinguirán. El número 1 del artículo 48 reitera este carácter extintivo del transcurso del plazo.

Observamos que el legislador ha incluido dentro de este precepto la posibilidad de que el poder tenga carácter vitalicio cuando el comisario designado sea el cónyuge<sup>32</sup>. Con ello se conecta con la tradición vizcaína de prórroga indefinida del «*alkar-poderoso*». Si así fuera –si el poder hubiera sido concedido hasta que el supérstite falleciera– la autoridad familiar de éste se vería enormemente reforzada, pues no sólo ostentaría la titularidad de la mitad de la comunidad que le pertenece, sino que, además, sería el representante y administrador de la otra mitad –la que comprende la herencia del premuerto– y tendría, de por vida, su usufructo. La finalidad de mantener unida y cohesionada la familia y su patrimonio, al menos durante el tiempo de vida del supérstite, se habría alcanzado en su plenitud mediante la combinación del régimen económico matrimonial de comunicación foral y el otorgamiento del poder testatorio a favor del viudo con carácter indefinido. Deberemos

<sup>32</sup> Posibilidad que, hoy en día, y tras la entrada en vigor de la Ley 2/2003, debe entenderse extendida a las parejas de hecho.

tener en cuenta que el artículo 46 de la Ley vasca permite al comisario ejercitar el poder testatorio por actos *mortis causa*, sin más limitaciones que las impuestas por la ley al testador, lo que va a permitirle –si hace uso de esta facultad, y el «*alkar poderoso*» lo detenta vitaliciamente– disfrutar del conjunto del patrimonio del premuerto hasta el final de sus días.

El artículo 44 sigue afirmando que «*a falta de señalamiento de plazo, éste será de un año desde la muerte del testador, o desde la declaración judicial de su fallecimiento, si todos los sucesores fueren mayores de edad; en otro caso, desde que alcanzaren la mayoría de edad todos ellos, sin que sea suficiente, a estos efectos, la emancipación*». Es decir que, ante el silencio del comitente, debe entenderse que el plazo para poder designar sucesor –y, por tanto, para que, en su caso, se extinga el usufructo universal que hubiera podido corresponder al viudo– es de un año<sup>33</sup>. Éste, dependiendo de si los descendientes comunes que sean sucesores del premuerto son o no mayores de edad, se contará o desde la muerte o declaración del fallecimiento del causante, o desde el momento en que el menor de esos descendientes cumple los dieciocho años. Llegado ese día se extingue el poder testatorio y, por ende, el usufructo universal. Digamos, sin embargo, que la extinción de este usufructo universal por la expiración del plazo establecido para su ejercicio, no es óbice para el mantenimiento de la legítima que corresponde al cónyuge conforme a lo prevenido en el artículo 58, si se dan los presupuestos para ello.

Habrà que tener en cuenta, también, que la Disposición Transitoria Tercera señala que si los poderes testatorios entre los cónyuges se otorgaron antes de la entrada en vigor de la Ley, la designación de comisario a favor del cónyuge implica la atribución del usufructo vitalicio aun después de utilizado el poder. Aun no existiendo plazo fijado por el comitente y, conforme a la arraigada tradición vizcaína, el deseo de conceder el usufructo con carácter universal debe entenderse implícito en aquellos poderes otorgados a favor del cónyuge antes del 7 de noviembre de 1992. Pero, además, el uso del poder en esos casos –y a diferencia de lo previsto con carácter general en el artículo 105– no extinguirá el derecho del viudo<sup>34</sup>.

### III. A.2.b) LA MUERTE, IMPOSIBILIDAD O INCAPACIDAD SOBREVENIDA DEL VIUDO

Si estas tres causas se producen con anterioridad a que el viudo haga uso del poder testatorio, éste se extinguirá. Y si el poder se extingue hay que con-

<sup>33</sup> GONZÁLEZ CARAZO, J. L., op. cit., pp. 446-447, califica este plazo de caducidad.

<sup>34</sup> Por otro lado, esta Disposición Transitoria no limita su alcance. Por ello, podría interpretarse que, en todo caso, existiendo un nombramiento de comisario a favor del viudo, con independencia del régimen económico matrimonial que lo rija y de la existencia de descendencia común, el supérstite gozará del usufructo universal. La Ley parece presumir, en estos supuestos, la existencia de un legado de usufructo universal de contenido parejo al previsto en su artículo 61.

siderar que también debe hacerlo el usufructo universal recogido en el artículo 105, puesto que para que éste entre en juego, el cónyuge debe tener la condición de comisario. Perdida ésta por declinación del poder, también decae el usufructo. En el caso de la muerte, la consecuencia deriva directamente de este hecho. En los otros dos supuestos se tratará de un efecto producido por la desaparición de las condiciones necesarias para desempeñar la labor de comisario. Y puesto que el usufructo va directamente ligado al ejercicio de tal función, la imposibilidad o la incapacidad para llevarla a cabo deben provocar su extinción<sup>35</sup>. La capacidad que deberá tener el cónyuge comisario es la general para contratar y obligarse. Y, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley vasca, el momento relevante para valorarla será el del ejercicio del poder testatorio. Por tanto, si tras el otorgamiento del poder testatorio, y antes de su ejercicio, el supérstite es declarado incapaz, se producirá una causa sobrevenida que extinguirá el mencionado poder y, con ello, el usufructo.

### III. A.2.c) LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA DE SEPARACIÓN, DIVORCIO O NULIDAD MATRIMONIAL

El apartado 3 del artículo 48 de la Ley 3/1992 recoge un supuesto de extinción del poder específico para el caso del cónyuge comisario. En concreto, se trata de «*la presentación de la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial después de otorgado el poder testatorio*».

Recordemos aquí que el artículo 59 de la Ley vasca determina la carencia de derechos sucesorios del consorte divorciado o separado por causa a él imputable. Y que, por otro lado, el artículo 58 refiere el derecho de usufructo legitimario al viudo; en consecuencia, se exige la vigencia de la relación en el momento de la muerte del cónyuge. Por tanto, la declaración de nulidad determinará también la inexistencia de esa legítima.

Para el caso del poder testatorio –y, por ende, para el del usufructo universal contemplado en el artículo 105– las exigencias son mayores. No será necesario que exista una sentencia firme de divorcio, nulidad o separación. Y, además, será indiferente la culpabilidad o inocencia del supérstite en esta última. Bastará con que cualquiera de los dos cónyuges haya presentado la demanda con posterioridad al otorgamiento del poder para que éste se entienda extinguido y no haya lugar para el usufructo universal contempla-

<sup>35</sup> GONZÁLEZ CARAZO, J. L., op. cit., pp. 451-452, considera que no existe causa de extinción del poder testatorio cuando existan varios comisarios y la muerte, incapacidad o imposibilidad no afecta a todos. Siendo esto cierto, en mi opinión, si el afectado es el comisario cónyuge, para él sí que se extinguirá el poder y, en consecuencia, también debe decaer el usufructo que a él va unido. Ello con independencia de que la posibilidad de designar sucesor por los demás comisarios pueda llevarse a efecto.

do en el artículo 105<sup>36</sup>. Y ello con independencia del resultado final del pleito, porque lo que el legislador parece estar valorando es la confianza que debe reinar entre poderdante y apoderado. Sin embargo, si la concesión del poder ha sido posterior a la presentación de la demanda deberemos entender que el supérstite podrá hacer uso, en su momento, del poder testatorio<sup>37</sup>. Y si, finalmente, en tal caso, el proceso no termina con sentencia que determine la nulidad o disolución del matrimonio, podrá también conservar el usufructo universal<sup>38</sup>.

Si, pese a haberse extinguido el poder –y, por tanto, el usufructo–, se cumplen los presupuestos necesarios, podrá el viudo acceder a la legítima del artículo 58. Es decir, tendrá derecho a ella si finalmente no hay sentencia firme que declare la nulidad, divorcio o separación por causa a él imputable.

### III. A.2.d) *LAS ULTERIORES NUPCIAS, LA VIDA MARITAL DE HECHO Y EL ALUMBRA- MIENTO DE UN HIJO NO MATRIMONIAL*

También el número 4 del artículo 48 recoge un supuesto exclusivamente predicable del cónyuge comisario. En concreto establece que se extingue el poder testatorio de éste cuando «*contraiga ulteriores nupcias, lleve vida marital de hecho o tenga un hijo no matrimonial, salvo que el testador hubiera dispuesto expresamente lo contrario*».

Vemos que la causa de extinción del poder testatorio coincide, en parte, con la prevista en el último párrafo del artículo 58 en relación con la legítima usufructuaria del viudo, cuando dispone que el derecho se extingue «*en el caso de ulteriores nupcias o de unión marital de hecho o de que tuviere durante el matrimonio, o con posterioridad al mismo, un hijo no matrimonial, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa*».

---

<sup>36</sup> En realidad nos encontramos ante un supuesto en el que el usufructo universal no llegaría a nacer puesto que la causa de extinción del poder testatorio se daría con anterioridad al fallecimiento del causante.

<sup>37</sup> Coincido con GONZÁLEZ CARAZO, J. L., op. cit., p. 452, en que si las demandas son anteriores al poder, no existe causa de extinción «*ya que el testador habría otorgado el poder a su cónyuge sabiendo que alguno de ellos ha presentado ya demanda de separación, divorcio o nulidad*».

<sup>38</sup> No hay que olvidar que el artículo 105 concede el usufructo del caudal al cónyuge viudo. Por tanto, si existiera sentencia de nulidad o divorcio –aun cuando se mantuviera el poder testatorio por haberse otorgado con posterioridad a la presentación de la demanda– no podrá accederse al usufructo por carecer de la condición de «viudo» en el momento de la muerte del causante. Sin embargo, en el supuesto de encontramos ante una demanda de separación presentada con anterioridad a la concesión del poder, aun cuando la sentencia acordara la separación, en mi opinión, deberá mantenerse el derecho del supérstite al usufructo universal, pues el vínculo no estaría disuelto y, por tanto, subsistiría la condición de «cónyuge viudo».

En consecuencia, las nuevas nupcias y la vida marital provocarán la extinción tanto de la legítima del viudo, como del poder testatorio que se le hubiera podido otorgar y el usufructo universal que a él iría acompañando.

La diferencia entre ambos preceptos la hallamos en la consideración del alumbramiento de un hijo no matrimonial. En mi opinión, lo relevante para la extinción del poder testatorio y el usufructo universal no es que el cónyuge tenga un hijo no matrimonial, sino que lo tenga sin conocimiento del causante. Si en el momento en el que el comitente nombra a su cónyuge comisario es conecedor de que éste tiene un hijo no matrimonial, y pese a ello le otorga el poder, no podrá alegarse que el alumbramiento produce la extinción puesto que, *de facto*, el causante habrá dispuesto expresamente dicho otorgamiento a pesar del conocimiento de la existencia de un hijo extramatrimonial de su consorte. Para que ésta tenga lugar, deberemos encontrarnos ante un hijo no matrimonial tenido con posterioridad al fallecimiento del causante, o, si es con anterioridad, con desconocimiento de éste. Sin embargo, el artículo 58 hace relevante la tenencia del hijo no matrimonial tanto antes, como después del matrimonio, y sin aludir al conocimiento que el causante pueda tener de los hechos<sup>39</sup>. Si el premuerto quiere evitar tal resultado, así lo deberá establecer expresamente. En caso contrario, se producirá la extinción. Podríamos, por ello, encontrarnos con la extraña circunstancia de que existiendo un hijo no matrimonial anterior al otorgamiento de un poder testatorio, el viudo se viera excluido de la legítima usufructuaria del artículo 58 y, sin embargo, mantuviera el derecho más amplio –que, *de facto*, absorbe al anterior– del usufructo universal que pudiera corresponderle con base en el artículo 105 de la Ley vasca.

En los tres casos –nuevo matrimonio, vida marital de hecho, y tenencia de un hijo no matrimonial–, se admite que el causante impida la extinción de los derechos afectados si así lo dispone expresamente<sup>40</sup>.

### III. A.2.e) LA RENUNCIA

Esta causa de extinción del poder testatorio es común con la que prevé el artículo 513.4.º del Código civil como causa de extinción del usufructo

<sup>39</sup> Vid. las críticas a esa redacción en apdos. II. B.3 de CALDUCH GARGALLO, M., «Los derechos sucesorios del viudo en Vizcaya y Ayala (I). El usufructo legal del viudo en Vizcaya: naturaleza jurídica, requisitos y objeto», en *Estudios de Deusto*, Vol. 55/1, enero-junio 2007, y, sobre todo, II. B.3 de este artículo.

<sup>40</sup> Ésta parece ser la opinión de GONZÁLEZ CARAZO, J. L., op. cit., p. 453, con relación al poder testatorio –y, en consecuencia, debe entenderse también que con relación al usufructo universal–, criterio que comparto. Como dijimos ya en otro lugar, no es del mismo pensamiento en relación con la legítima del artículo 58.

CELAYA IBARRA, A., op. cit., p. 255, parece entender que esta posibilidad sólo cabe para el caso de tener hijos no matrimoniales. Ya manifesté, en su momento, mi desacuerdo con esta interpretación.

ordinario y que, conforme a lo indicado en su momento, también puede provocar la extinción de la legítima del viudo regulada en el artículo 58 de la Ley vasca, razón por la cual lo expresado entonces debe aplicarse aquí con las necesarias adaptaciones<sup>41</sup>.

Como dispone el artículo 39 de la Ley 3/1992 «*el cargo de comisario es, en todo caso, voluntario (...)*». Y, siendo esto así, es lógico que quepa su renuncia. Nada establece el artículo 48 sobre la forma en que debe prestarse pero, en mi opinión, bastará cualquier medio siempre que éste permita acreditar adecuadamente su voluntad inequívoca<sup>42</sup>.

En todo caso, la renuncia al poder determinará la extinción del usufructo universal que le acompaña, conforme al artículo 105, pero en modo alguno condiciona el derecho legitimario que pudiera corresponder al viudo.

### III. A.2.f) LAS CAUSAS DE INDIGNIDAD PARA SUCEDER

La configuración de las causas de indignidad para suceder como determinantes de la extinción del poder testatorio en el artículo 48 pone de relieve la idea, antes apuntada, de la confluencia de objetivos entre el sistema de disolución previsto en el régimen de comunicación foral cuando existen hijos o descendientes comunes y se otorga el mencionado poder a favor del cónyuge –sobre todo si éste tiene carácter vitalicio–, y las instituciones viduales de otros ordenamientos forales. En concreto, el apartado 6 de este precepto dispone que se extingue el poder testatorio –y, en consecuencia, también el usufructo universal a él adherido– «*por incurrir el comisario, para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas que dan lugar a la indignidad para suceder*».

Ya hemos visto que la Ley 3/1992 no hace referencia a las causas de indignidad como provocadoras de la extinción del usufructo legal del artículo 58. Su aplicación la hemos tenido que deducir del carácter sucesorio de la institución. Pero afirmada esa naturaleza estrictamente sucesoria, que incide fundamentalmente en la satisfacción de intereses patrimoniales del superviviente, también dedujimos que la indignidad relevante para determinar esa extinción era aquella en la que incurría el viudo en relación con el causante. Dijimos entonces que lo que importaba al legislador era el comportamiento que había mantenido el superviviente con su pareja, y no cualquier otro tipo de actitud que pudiera referirse a otros miembros de la familia de éste<sup>43</sup>.

A diferencia de lo anterior, la Ley sí se refiere a las causas de indignidad como causantes de la extinción del poder testatorio. Muy probablemente el

<sup>41</sup> Vid. apdo. II. B. 4. d) de este trabajo.

<sup>42</sup> GONZÁLEZ CARAZO, J. L., op. cit., pp. 453, admite, incluso, la renuncia tácita.

<sup>43</sup> Salvo –claro está– la que consistiera en el atentado contra la vida de descendientes y ascendientes del cónyuge, pues ésta sí que se encuentra prevista en el artículo 756.1 como determinante de la indignidad para suceder al propio causante.



legislador ha considerado necesario incluir expresamente esta referencia, dado que el otorgamiento del poder no atribuye, de por sí, directamente, un derecho sucesorio al apoderado y, en consecuencia, era conveniente aclarar su aplicación a este supuesto. Sin embargo, hemos de tener en cuenta que, para el caso de que el comisario sea el cónyuge, la concesión del poder sí que lleva aparejada la concesión de un derecho que, a nuestro juicio, es de naturaleza sucesoria, como es el caso del usufructo universal al que se refiere el artículo 105. Este hecho determinaría que, aunque no se hubiera previsto la indignidad como productora de la extinción del poder testatorio, a nuestro entender, hubiéramos tenido que contemplarla como determinante, al menos, de la pérdida del usufructo que aquel poder hace nacer para el viudo.

Pero lo que, en mi opinión, resulta realmente de destacar en la incorporación de esta causa de extinción es la referencia que en ella se hace a los descendientes del causante. Según dispone el artículo 48, el poder testatorio se extingue no sólo por incurrir en indignidad para con el causante, sino también por hacerlo con respecto a «*sus descendientes*». Con ello se introduce un elemento diferenciador con relación al normal funcionamiento de las causas de indignidad; circunstancia que, para el caso de que el comisario sea el cónyuge, incide en la finalidad familiar perseguida por la comunidad formada entre el supérstite y los hijos y descendientes comunes del causante, máxime cuando se nombra comisario al propio cónyuge, y aún más si el poder tiene carácter vitalicio. Si el supérstite es indigno con respecto a los hijos o descendientes del causante<sup>44</sup>, no es sólo que no tenga capacidad para sucederles, sino que tampoco podrá mantener el poder que le confirió el premuerto para designar sucesor y, por ende, perderá el usufructo universal que pudiera estar ostentando sobre su patrimonio relicto. Vemos, por tanto, un cierto componente familiar en la combinación de estas tres instituciones<sup>45</sup>, que las diferencia del estrictamente sucesorio que caracteriza a la legítima del artículo 58.

Siendo esto así, resultará que todas las causas de indignidad contempladas en el artículo 756 del Código civil determinarán la extinción del poder testatorio y, en consecuencia, provocarán que el usufructo universal que a él va unido o no llegue a nacer, o se extinga. No verá la luz el usufructo contemplado en el artículo 105 de la Ley vasca si la causa que provoca la extinción del poder testatorio tiene lugar con anterioridad al fallecimiento del causante<sup>46</sup>. Y

---

<sup>44</sup> Hemos de entender que es indiferente que sean comunes o no, pues la ley no hace, en este caso, tal distinción.

<sup>45</sup> Régimen de comunicación foral habiendo hijos o descendientes comunes, poder testatorio y usufructo universal.

<sup>46</sup> Y, además, se producen o con posterioridad al otorgamiento del poder, o –en el supuesto de que lo sea con anterioridad a ese momento– con desconocimiento del poderdante, pues, de no ser así, debería entenderse que media el perdón a que se refiere el artículo 757 del Cc.

si, por el contrario, la indignidad se produce tras la muerte del consorte, por regla general, la extinción del poder llevará consigo la del usufructo universal que, en principio, ya habrá nacido. En mi opinión, para el caso que nos ocupa, se despejan todas las dudas que existen en el derecho sucesorio general sobre la viabilidad de la aplicación de las causas de indignidad producidas tras el fallecimiento del causante<sup>47</sup>: si son relevantes para determinar la extinción del poder testatorio las causas de indignidad incurridas para con los descendientes del premuerto, es evidente que éstas pueden tener lugar una vez éste haya fallecido. Y no hay que olvidar que la extinción del poder testatorio lleva aparejada la del usufructo universal.

Una vez planteado cuándo las causas contempladas en el artículos 756 del Código civil privarán del acceso al usufructo universal y cuándo determinarán su extinción, no voy a hacer un recorrido exhaustivo sobre la relación recogida en ese precepto. Sí que conviene, sin embargo, referirse a aquellos casos cuya aplicación era dudosa para el supuesto de la legítima viudal contemplada en el artículo 58 de la Ley 3/1992, y que tienen consecuencias seguras sobre el usufructo universal referido en el 105 de esa misma Ley.

---

<sup>47</sup> Por ejemplo, DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., op. cit., p. 308, dice que «en los supuestos en los que la causa de indignidad se dé con posterioridad a la muerte del causante, no habrá incapacidad para suceder sino causa de la exclusión de la herencia si se ha aceptado ya (...)», pareciendo admitir, por tanto, la posibilidad de que las causas de indignidad sean relevantes aunque se produzcan tras el fallecimiento del causante. Sin embargo, en la pág. 311 de la misma obra afirma que la enumeración de las excepciones a la regla general fijada en el artículo 758 de que hay que atender al tiempo de la muerte de la persona cuya sucesión se trate «parece que cierra toda posibilidad de que existan otras causas de indignidad posteriores a su muerte», pero añade al final de esa misma página que parece admitirse «la hipótesis de que la causa de indignidad puede ocurrir una vez muerto el testador» en los casos de los números 1.º, 2.º, y 6.º del artículo 756. Por su parte, LACRUZ BERDEJO, J. L., «Indignidad e incapacidad», *Elementos de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1988, p. 84, considera que la indignidad como tal no impide el acceso a la condición de heredero, sino que determina la resolución de esa posición. Es decir, para este autor, la indignidad funciona siempre como causa de extinción, puesto que el derecho a la herencia ya se habría adquirido. Ahora bien, en pág. 79, op. cit., reconduce la posibilidad de que las causas de indignidad se produzcan tras la apertura, o incluso aceptación de la herencia, al supuesto contemplado en el artículo 756.4.º. Sin embargo, en la pág. 84, parece admitir la opción de que se produzcan tras la muerte del causante, cuando dice que «(...) evidentemente hay delación cuando la causa de indignidad se produce tras la muerte del causante». No hay que olvidar que este autor defiende que la indignidad no impide que haya delación y, con esta última frase, nos quiere dejar claro que esto es aún más evidente en los casos en los que la causa se produce tras la muerte del causante. Por su parte, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil. V Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, pp. 88-89, sí que admite la posibilidad de que determinadas causas de indignidad se produzcan con posterioridad a la muerte del causante.

### III. A.2.f) 1.º *EL ABANDONO, PROSTITUCIÓN O CORRUPCIÓN DE LOS HIJOS*

El primero de esos supuestos es el contemplado en el número 1.º del artículo 756 Cc, que es el que habla de la indignidad de «*los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos*». Entendimos en su momento que esta causa no determinaba la incapacidad para adquirir la legítima viudal, puesto que estaba pensada para aquellos casos en los que los padres que han abandonado, prostituido o corrompido a sus hijos son llamados a la sucesión de éstos. Por ello, y entendiendo que la legítima del artículo 58 de la Ley vasca es un derecho sucesorio cuya finalidad es la de proteger al viudo de sus posibles necesidades económicas, y que no está concebida como un instrumento para el mantenimiento de la cohesión y la unidad familiar, concluimos su inaplicación para aquel supuesto.

La situación, sin embargo, es absolutamente diferente para el usufructo universal ligado al otorgamiento del poder testatorio. Y ello porque la indignidad para suceder al descendiente determina la extinción del poder; y produciendo este resultado debe también, o impedir el nacimiento, o extinguir el usufructo universal del artículo 105. Si el supérstite ha corrompido, abandonado o prostituido a los hijos o al resto de descendientes del causante, no sólo será indigno para suceder a éstos, sino que, conforme a lo dispuesto en el artículo 48.6 de la Ley 3/1992, verá extinguido el poder testatorio que le concedió el premuerto. Lo que ineludiblemente afectará a su posible derecho al usufructo universal.

### III. A.2.f) 2.º *EL ATENTADO CONTRA LA VIDA DE ASCENDIENTES O DESCENDIENTES DEL CÓNYUGE, POSTERIORES A SU FALLECIMIENTO*

En relación al número 2.º del artículo 756, también defendimos que el único supuesto que no funcionaba como una causa determinante de que el derecho del viudo al usufructo legitimario del artículo 58 no llegara a nacer, era el de los atentados contra la vida de los ascendientes o descendientes del cónyuge<sup>48</sup> llevados a cabo tras el fallecimiento de éste. Dijimos que, en tales supuestos, el viudo ya había entrado en posesión de los bienes usufructuados puesto que era capaz en el momento de la apertura de la sucesión; y, por tanto, el posterior atentado contra la vida de los ascendientes o descendientes del premuerto no habrían impedido su acceso al usufructo. Para concluir que, al menos, sí debían provocar su extinción, tuvimos que considerar que esa conducta resultaba tan reproachable se hubiera realizado antes o después del fallecimiento del causante y que, en consecuencia, no resultaba razonable concluir lo contrario<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Al que asimilábamos, en aquel supuesto, el compañero de la pareja estable.

<sup>49</sup> Vid. apdos. II. B.4.b) de CALDUCH GARGALLO, M., «Los derechos sucesorios del viudo en Vizcaya y Ayala (I). El usufructo legal del viudo en Vizcaya: naturaleza jurídica, requisitos y objeto», en *Estudios de Deusto*, Vol. 55/1, enero-junio 2007, y II. B.5.a) de este artículo.

El problema es radicalmente diferente en el caso que nos ocupa, y la solución ofrecida por el artículo 48 de la Ley vasca elimina cualquier tipo de duda sobre el efecto extintivo que los atentados contra los ascendientes o los descendientes del cónyuge, producidos tras el fallecimiento de éste, producen sobre el poder testatorio y, por ende, sobre el usufructo universal que necesariamente le acompaña.

Así, y en virtud del propio artículo 48, la indignidad en relación con los descendientes del causante –se produzca antes o después del fallecimiento de éste– determina la extinción del poder testatorio, perdiéndose, con ello, la condición de comisario, e impidiéndose así la aplicación del segundo párrafo del artículo 105. Por ello, el atentado contra la vida de esos descendientes –ratificado por la correspondiente condena en juicio como exige el artículo 756.2.º– necesariamente producirá ese resultado. Pero, además, el atentado contra los ascendientes de ese descendiente del cónyuge –que son también los ascendientes de éste– producirá ese mismo resultado, puesto que, conforme al 756.2.º, esas acciones hacen a su autor indigno de suceder a los descendientes y, por tanto, de acuerdo con el artículo 48.6 de la Ley vasca, provocan la extinción del poder testatorio otorgado por el premuerto y el fin del usufructo universal. En definitiva, la relevancia de los atentados contra los descendientes del cónyuge, y también la de los llevados a cabo contra sus ascendientes (por serlo también de sus descendientes), deriva directamente de la previsión del artículo 48 de la Ley 3/1992: si el poder testatorio (y el correspondiente usufructo universal) se extingue por incurrir en causa de indignidad con respecto a los descendientes del cónyuge, los atentados contra la vida de ese descendiente –y también los atentados contra sus ascendientes conforme al artículo 756.2.º del Código civil– provocarán esa extinción.

### III. A.2.f) 3.º *LAS DEMÁS CAUSAS DE INDIGNIDAD*

Con respecto al resto de las causas de indignidad, su funcionamiento como determinantes de la extinción del poder testatorio –y por tanto, del usufructo universal– es similar al que tienen como provocadoras de la frustración del nacimiento de la legítima del artículo 58 de la Ley vasca. Por ello, nos remitimos para su estudio a lo dicho con relación a ésta. Únicamente hay que hacer hincapié en las dos características específicas de su configuración:

- 1.º) La primera, que el artículo 48 determina que no solamente sea relevante la indignidad del viudo con respecto al premuerto, sino también aquella que se refiera a los descendientes de éste. Por lo tanto, no sólo se extinguirá el poder –provocando los ineludibles efectos sobre el usufructo universal a él unido– cuando el cónyuge comisario hubiera acusado calumniosamente al causante de un delito castigado con pena grave de prisión, sino también cuando tal declaración se hubiera referido a alguno de sus descendientes. Y lo mismo cabe

decir de la falta de denuncia de la muerte violenta, o de la utilización de la amenaza, fraude o violencia para obligar a hacer testamento, cambiarlo, revocarlo, impedir hacerlo, o suplantarlo, ocultarlo o alterarlo. O de la no prestación de las atenciones debidas reguladas en los artículos 142 y 146 del Código civil con respecto al cónyuge o a un descendiente discapacitado. Todas estas conductas producen el resultado de la extinción del poder testatorio –y su correspondiente consecuencia sobre el usufructo universal – ya se refieran al propio consorte premuerto, ya se refieran a cualquiera de sus descendientes. Recordemos que, en el caso de la legítima viudal, la indignidad relevante era la del supérstite en relación con su cónyuge, pero no la que pudiera existir con respecto a otros miembros de la familia.

- 2.º) La segunda característica peculiar del funcionamiento de las causas de indignidad en el artículo 48 se encuentra estrechamente ligada a la anterior. Si resulta relevante la indignidad con respecto a los descendientes, aquellos actos que quepa calificar de indignos respecto a éstos que se produzcan tras el fallecimiento del causante deben necesariamente provocar la extinción del poder y del usufructo universal. Con ello se supera, en cierta medida, la polémica doctrinal existente sobre la trascendencia de las causas que se hubieran llevado a cabo tras la muerte del causante. El legislador vasco ha entendido que, al menos, determinados comportamientos ejecutados una vez fallecido el consorte deben provocar la pérdida del poder y del derecho. Si se llevan a cabo antes de la muerte del cónyuge, impedirán el nacimiento del usufructo universal y, si tienen lugar tras ella, darán lugar a su extinción. No existe, por tanto, duda alguna de que ciertos comportamientos posteriores al fallecimiento del causante tienen relevancia sobre la pervivencia de este derecho.

### III. A.2.g) *LAS CAUSAS PREVISTAS EN EL PODER*

El número 7 del artículo 48 de la Ley 3/1992 hace referencia a las causas fijadas por el propio comitente en el poder, como determinantes de la extinción. De la misma forma que el artículo 44 le permite señalar un plazo para su ejercicio –transcurrido el cual debe entenderse extinguido–, también se le permite fijar las condiciones y parámetros que estime convenientes para encauzar el uso del poder. Así, el causante puede señalar otras causas de extinción diferentes a las fijadas por la propia ley que provoquen la extinción del poder y que, en consecuencia, frustren el nacimiento del usufructo viudal o causen su extinción si es que su alumbramiento ya había tenido lugar.

### III. A.2.h) *LA REVOCACIÓN*

Es el número 8 y último de la ley el que se refiere a la revocación como causa de extinción del poder. Se trata de una causa de extinción que es

común al resto de apoderamientos. Si existe la posibilidad de revocar cualquier tipo de mandato, también debe caber esa opción con el poder testatorio.

El precepto no exige una forma específica para la revocación, razón por la cual deberá admitirse cualquier medio para llevarla a cabo, siempre y cuando quede constancia de la voluntad incontrovertible del causante en este sentido<sup>50</sup>.

### III.B. *Una referencia al usufructo poderoso del Fuero de Ayala*

El artículo 140 de la Ley del Derecho civil del País Vasco, ubicado dentro del Título I del Libro II que es el dedicado al Fuero de Ayala<sup>51</sup>, dispone que «*el usufructo poderoso atribuye al usufructuario, además del contenido propio del derecho de usufructo, la facultad de disponer a título gratuito, “inter vivos” o “mortis causa”, de la totalidad o parte de los bienes, a favor de todos o algunos de los hijos o descendientes del constituyente del usufructo*».

Partiendo de esta descripción, vemos que el llamado usufructo poderoso del Fuero de Ayala tiene importantes concordancias con el poder testatorio cuando éste es otorgado a favor del cónyuge en el caso de matrimonio con descendencia común que se rige por el régimen económico matrimonial de comunicación foral. Sin embargo, como vamos a ver a continuación, entre ambas instituciones existen también importantes diferencias.

La primera diferencia que observamos se encuentra en el papel de la voluntad del causante sobre la atribución del usufructo. En el caso vizcaíno, el premuerto ha procedido a nombrar comisario al consorte, y por este solo hecho la Ley determina en su artículo 105 que, salvo disposición contraria del propio testador, el viudo tendrá la administración y representación del caudal hereditario hasta que no se acepte la herencia por aquellos que hayan sido designados sucesores por el comisario. Asimismo, tendrá el usufructo de todo el caudal mientras no haga uso del poder testatorio. En el caso ayalés, sin embargo, es el propio causante el que atribuye el usufructo y la facultad de disposición; es decir, el usufructo no es una consecuencia que deduzca la Ley del otorgamiento del poder y la existencia de un régimen de comunicación foral –como ocurre en Vizcaya– sino que lo concede directamente el causante.

Una segunda divergencia la encontramos en el titular del derecho. En el caso vizcaíno el usufructo universal únicamente corresponde al cónyuge<sup>52</sup>. Sin

---

<sup>50</sup> Vid. GONZÁLEZ CARAZO, J. L., op. cit., p. 454, quien se refiere a las capitulaciones matrimoniales, pacto sucesorio, testamento notarial, ológrafo e incluso «*hil-buruko*».

<sup>51</sup> Conforme al artículo 131, el Fuero de Ayala se aplica en todo el término de los municipios de Ayala, Amurrio y Okondo, y en los poblados de Mendieta, Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti, del municipio de Artziniega.

<sup>52</sup> Y, como hemos dicho repetidamente, no a todo cónyuge sino sólo al casado en régimen de comunicación foral con descendencia común con el premuerto.

embargo, en derecho ayalés, puede recaer en cualquier persona con independencia de los vínculos familiares que le relacionen con el constituyente. Podemos decir que, con ello, se desvincula esta institución del componente familiar que históricamente la había caracterizado, y se refuerza su esencia sucesoria<sup>53</sup>. Por lo tanto, este usufructo no es una institución específica del viudo ayalés sino que alcanza a cualquier persona que pueda ser designada por el causante. Incluyendo, también, al miembro «viudo» de la pareja de hecho.

La tercera diferencia se encuentra en el ámbito personal de aquellos que pueden resultar destinatarios de los bienes que componen el caudal hereditario. En el caso del poder testatorio vizcaíno, el comisario puede disponer de los mismos bienes con las mismas atribuciones que el causante. Debe respetar las legítimas establecidas en los artículos 55 y 56, y la troncalidad del artículo 57, pero puede distribuir libremente los bienes entre los sucesores forzosos, atribuyendo todo a uno y apartando a los demás. Y, por supuesto, podrá atribuir los bienes de libre disposición como tenga por conveniente. Sin embargo, en el caso del usufructo poderoso, si nada establece el causante, solamente podrá disponerse entre los hijos y descendientes de éste. Y sólo si expresamente así lo ha establecido el premuerto, conforme al artículo 141, podrá atribuir bienes a otras personas que estén fuera de ese grupo, pero siempre y cuando sean de las señaladas por el causante.

Dado que la institución de la que estamos hablando no es exclusiva del viudo y, además, no es consecuencia de una atribución legal sino de la voluntad del causante, no vamos a profundizar más sobre ella, pues su ámbito queda fuera de lo que perseguimos con este estudio.

### III. C. *El legado de usufructo universal*

Aun cuando el objeto de este trabajo es analizar las fórmulas previstas por la Ley para proteger al viudo al margen de la voluntad del causante –caso de la legítima del artículo 58–, o dependiendo de ésta pero como consecuencia de una previsión estrictamente legal –supuesto del usufructo universal concedido por la Ley en su artículo 105 si el causante hubiera decidido nombrar comisario al cónyuge–, resulta necesario realizar una escueta referencia a la figura del legado. Y ello por dos razones fundamentales: la de la equiparación que la ley establece sobre las causas de extinción de este legado con las establecidas para el usufructo legitimario; y la de la conexión del origen de su previsión legal, con los inconvenientes que puede presentar el otorgamiento del poder testatorio<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> ANGOITIA GOROSTIAGA, V. y GALICIA AIZPURÚA, G., «Las legítimas y la libertad de disposición en la Ley del Derecho civil del País Vasco», en VV.AA., *Derechos Civiles de España*, Volumen I, Ed. Aranzadi. 2000, p. 381.

<sup>54</sup> Resulta, además, curiosa la ubicación legal de la regulación de este legado dentro del capítulo II, del Título III, que se refiere a la sucesión forzosa, siendo que el derecho que por

En este segundo sentido, una de las principales críticas que ha recibido el *alkar poderoso* como institución foral que permite el mantenimiento del usufructo universal sobre los bienes del premuerto, y su representación y administración, mientras no se hiciera uso del poder, era la de fomentar el no ejercicio de éste. Si el cónyuge supérstite mantiene el usufructo únicamente en el supuesto de que no proceda a designar sucesor, será muy probable que se retraiga de llevar a cabo tal designación y retrase dicha decisión hasta su propio testamento. Con el fin de permitir compaginar el nombramiento de sucesor, con el otorgamiento de un usufructo universal que proteja al viudo ante la nueva situación generada por el fallecimiento de su consorte, sin necesidad de designarle comisario, la Ley de Derecho civil del País Vasco posibilita en su artículo 61 legar ese derecho de uso y disfrute, con independencia de que se haya nombrado o no comisario al cónyuge<sup>55</sup>. Hay que tener en cuenta, además, que el otorgamiento de un legado de usufructo universal es perfectamente viable, en nuestra opinión, en el caso de que la relación entre causante y legatario no tenga carácter conyugal sino que responda a la constitución de una pareja de hecho conforme a los parámetros de la Ley 2/2003, de 7 de mayo. No hay que olvidar que el artículo 9 de esta norma equipara éstas a las casadas con relación al régimen sucesorio y, por tanto, sirve de soporte al otorgamiento de tal legado en favor del miembro supérstite de la pareja estable. Insistimos, no obstante, en la conveniencia de proceder a una nueva redacción de los preceptos de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco afectadas por la Ley de 2003.

En concreto, dispone ese precepto que *«el testador podrá legar a su cónyuge el usufructo universal de sus bienes, que se extinguirá por las mismas causas que la legítima del artículo 58. Este legado será incompatible con el legado de la parte de libre disposición, pero si el testador los dispusiere de modo alternativo, la elección corresponderá al cónyuge viudo»*. Conviene

---

él se concede no es una imposición de la Ley al testador sino que es el resultado directo de la voluntad del causante. Quizá el hecho de su incompatibilidad con el legado de la parte de libre disposición y la obligación impuesta por el legislador al viudo de tener que elegir entre uno de los dos en caso de que el testador los haya dispuesto de modo alternativo, puedan motivar la decisión de tratar aquí un asunto como éste.

<sup>55</sup> Así lo ponen de relieve CELAYA IBARRA, A., «Comentarios al artículo 105 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco», en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XXVI, Edersa, Madrid, 1997, p. 478, y GONZÁLEZ CARAZO, J. L., «El poder testatorio y el testamento por comisario en el Derecho foral de Vizcaya», en VV.AA., *Derechos Civiles de España*, Volumen I, Ed. Aranzadi. 2000, pp. 438-439. Por su parte, ANGOITIA GOROSTIAGA, V., y GALICIA AIZPURÚA, G., op. cit., pp. 396-397, consideran esta figura como una *«innovación que amplía el ámbito de la libre disposición del causante vizcaíno (...) a fin de consolidar la situación material del cónyuge supérstite en todos aquellos supuestos en que, por ser otro el régimen de bienes del matrimonio, la disolución de éste por muerte de uno de los cónyuges no conlleva la consolidación de la comunicación foral»*.



resaltar que el posible usufructo que puede atribuirse al consorte –o al miembro de la pareja estable asimilado a él– con base en este precepto no se encuentra limitado –como ocurre en el que acompaña al poder testatorio– a los supuestos en los que el matrimonio se rige por el régimen de comunicación foral de bienes y deja, a la muerte de uno de ellos, descendencia común. El legado de usufructo universal es posible concederlo a cualquier cónyuge, con independencia de si se ha pactado un régimen económico de separación de bienes u otro cualquiera diferente al previsto por la ley en defecto de acuerdo. Y también, como hemos visto, es posible concederlo al compañero de la pareja de hecho.

En principio, nada impide que el legado conceda el derecho con carácter temporal. En tal caso, a mi juicio, la extinción del usufructo por el transcurso del plazo de concesión debe dar paso al mantenimiento del derecho de uso y disfrute sobre la mitad de todos los bienes del causante o sobre los dos tercios de ellos, dependiendo de si existen o no ascendientes o descendientes con los que se concurra en la sucesión. Esto debe ser así porque la única incompatibilidad explícitamente declarada por el artículo 61 es la del legado que en él se contempla con el de la parte de libre disposición. No se trata, por tanto, de que el sucesor deba optar entre la legítima y el legado de usufructo universal: el primer derecho forma parte de la sucesión forzosa y, en consecuencia, debe respetarse en el caso de que el usufructo universal tenga límite temporal. Pero si el legado se otorga con carácter vitalicio, la incompatibilidad con la legítima del artículo 58, es absoluta, dado que su amplio contenido absorbe el más restringido de esta última.

Quizá sea esta estrecha relación entre la legítima del viudo y el legado de usufructo universal la que haya determinado que las mismas causas que dan lugar a la extinción de la primera, sean recogidas por el artículo 61 como determinantes de la pérdida del segundo. Esta absoluta equiparación se fundamenta en la idéntica razón de ser de ambas instituciones: la fidelidad y confianza mutua que debe regir la relación de la pareja<sup>56</sup> y la necesidad de proteger al viudo ante la nueva situación económica que le puede generar el fallecimiento de su cónyuge o compañero. Por ello, las nuevas nupcias, la unión marital de hecho o el alumbramiento de hijos no matrimoniales provocan la extinción tanto de la legítima viudal como del legado de usufructo universal. Para su estudio reconduzco al lector a lo dicho al hablar de los supuestos y las causas de extinción del usufructo legitimario<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Vid. CELAYA IBARRA, A., «Comentarios al artículo 61 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco», en ALBADALEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XXVI Edersa, Madrid, 1997, p. 262.

<sup>57</sup> Vid. Apdos. II. B.3 de CALDUCH GARGALLO, M., «Los derechos sucesorios del viudo en Vizcaya y Ayala (I). El usufructo legal del viudo en Vizcaya: naturaleza jurídica, requisitos y objeto», en *Estudios de Deusto*, Vol. 55/1, enero-junio 2007, y II. B. 1, 2 y 3 del presente trabajo.

Pero la ley introduce un motivo más que puede dar lugar a la extinción del legado. Esta causa añadida queda a disposición de la voluntad del viudo, quien puede elegir entre conservarlo o darlo por extinguido si sus preferencias se orientan hacia el legado de la parte de libre disposición. En concreto, la norma dice que «*es incompatible con el legado de la parte de libre disposición, pero si el testador los dispusiere de modo alternativo la elección corresponderá al cónyuge viudo*»<sup>58</sup>. De la lectura de este texto, parece desprenderse que la posibilidad de opción del supérstite únicamente existirá en el caso de que el premuerto hubiera previsto ambos legados de modo alternativo. Sin embargo, en mi opinión, no hará falta que el testador haga una expresa disposición de forma alternativa. El simple hecho de que haya previsto un legado de usufructo universal y otro de la parte de libre disposición, ambos a favor del viudo –aunque lo hubiera previsto de forma acumulativa– obligará a éste a tener que ejercitar la opción. De otra manera no puede resolverse la incompatibilidad que, en todo caso, opera entre ambos legados, según el tenor literal del precepto.

Hay que recordar aquí que, según el artículo 55 de la Ley 3/1992, los bienes de libre disposición en Derecho vizcaíno alcanzan a una quinta parte de la totalidad de los bienes del testador si existen descendientes y si hay bienes no troncales suficientes para cubrir tal porcentaje. Si no hay descendientes, pero sí ascendientes, dispone el artículo 56 que los bienes de libre disposición alcanzan la mitad del caudal hereditario, siempre que esos bienes no sean troncales. Todo ello determinará que, según sea el importe de los bienes de libre disposición, pueda interesar más o menos al viudo ejercitar la opción sobre un legado u otro.

#### IV. Conclusiones

A continuación vamos a realizar una recapitulación sobre las principales conclusiones a las que hemos llegado en este artículo y que –no lo olvidemos– son una continuación de las ya expresadas en el precedente artículo publicado en esta misma revista sobre la naturaleza jurídica, requisitos y objeto del usufructo viudal legal de Vizcaya.

- En relación con la extinción del usufructo viudal legal, lo primero que cabe destacar es que ni todas las causas contempladas en el artículo 58 de la Ley 3/1992 pueden catalogarse como extintivas del derecho (pues tener un hijo no matrimonial durante la vigencia del matrimonio es un hecho que necesariamente se produce antes de que el derecho de usu-

---

<sup>58</sup> Referencia que deberá entenderse que incluye al miembro supérstite de la pareja de hecho.

fructo viudal haya surgido y, en consecuencia, no es una causa de extinción de éste, sino un elemento impeditivo de que el derecho mismo llegue a nacer), ni son sólo las allí recogidas las que pueden provocar la extinción (pues debe también considerarse la posible aplicación de las causas de extinción del usufructo ordinario contempladas en el artículo 513 del Código civil, y las causas de indignidad del artículo 756 del mismo texto legal).

- Con respecto al análisis concreto de las causas, la primera de las que habla el artículo 58 de la Ley 3/1992, es la de contraer nuevas nupcias. En relación con este tema hemos defendido la posibilidad de que el premuerto haya podido disponer en sentido contrario al efecto extintivo según la referencia recogida en el inciso final del último párrafo del artículo 58 que entendemos aplicable a todos los supuestos previamente enumerados. También hemos afirmado que lo que efectivamente determina la extinción del derecho es el acto de celebración del matrimonio, con independencia de que éste, posteriormente, fuera declarado nulo.
- El mismo tratamiento que las nuevas nupcias recibe la unión marital de hecho. En nuestra opinión, la unión marital no debe quedar reducida, en este caso, a la relación de pareja de hecho regulada por la Ley 2/2003, sino a cualquier otra siempre y cuando pueda probarse su existencia y el momento a partir del cual funciona como tal relación estable.
- También dice el apartado 5.º del artículo 58 que el derecho de usufructo del cónyuge viudo se extingue en el caso de que durante el matrimonio o con posterioridad a él se tenga un hijo no matrimonial. Ya hemos dicho al respecto que si se tiene durante el matrimonio, en realidad, no estamos ante una causa de extinción sino ante el incumplimiento de un requisito necesario para que el derecho llegue a nacer. También hemos destacado lo desacertado de la redacción del precepto que debería haber hablado no de tener un hijo con posterioridad «al matrimonio», sino de tenerlo con posterioridad «a la disolución del matrimonio». Además también hemos puesto de relieve que la redacción vigente atiende al momento del alumbramiento del hijo, lo que puede provocar determinadas situaciones paradójicas que se hubieran evitado si el punto de referencia no fuera el del alumbramiento sino el de la concepción. Por último, como hemos puesto de relieve en los dos casos anteriores, el premuerto también puede disponer que no se produzca el resultado extintivo del derecho de usufructo como consecuencia de tener el supérstite un hijo no matrimonial.
- En relación con las causas de extinción del usufructo ordinario contempladas en el artículo 513 del Código civil, entendemos que la muerte del supérstite provoca la extinción del usufructo legal del viudo, no transmitiéndose el derecho a sus sucesores, sino a los que lo eran del

- viudo. Y el mismo resultado produce la declaración de fallecimiento, si bien teniendo en cuenta la aplicación de lo preceptuado en el artículo 197 del Cc.
- No parece, sin embargo, que tenga aplicación al caso del usufructo legal del viudo la expiración del plazo o el cumplimiento de la condición resolutoria (art. 513.2.º Cc) que no puede ser condicionado ni limitado temporalmente por el causante.
  - En cuanto a la consolidación de la nuda propiedad, efectivamente puede suceder que usufructo y nuda propiedad pasen a coincidir en unas únicas manos, dando como resultado la extinción del derecho si bien lo que se extinguirá propiamente será el usufructo sobre los bienes concretos que hayan sido objeto de consolidación y no el usufructo viudal en general.
  - La renuncia al derecho, para que sea efectiva como extintiva de éste debe, en mi opinión, expresarse de forma explícita y a través de un medio que pueda resultar suficiente para demostrar su validez, ya sea escritura pública, ya sea otro tipo de documento con fuerza probatoria con arreglo a los artículos 326 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
  - La pérdida total de la cosa determinará la extinción del usufructo viudal en su conjunto únicamente cuando afecte a la totalidad de los bienes usufructuados.
  - En cuanto a la resolución del derecho del constituyente, se trata de que nadie puede transmitir a otro más derechos de los que él mismo tiene. Al igual que la causa anterior, es un supuesto de extinción de usufructo sobre bienes determinados.
  - Entendemos, por último, que el viudo puede enajenar o gravar su derecho si esto le resulta provechoso puesto que su finalidad es la de ampararle económicamente. En consecuencia, siendo un derecho enajenable y gravable, hemos considerado que es prescriptible, siendo los plazos para reclamarlo los señalados en el art. 1961 y siguientes del Cc.
  - En cuanto a la aplicación de las causas de indignidad al usufructo viudal, ya fue tratada su aplicación como excluyente del derecho al hablar de sus requisitos en el precedente artículo publicado en esta misma revista sobre la naturaleza jurídica, requisitos y objeto del usufructo viudal legal de Vizcaya. Como determinantes no de la exclusión sino de la extinción del derecho ya nacido podemos decir lo siguiente:
    - a) En cuanto al atentado contra la vida, el único supuesto que no funciona como excluyente sino como extintivo del derecho ya nacido es el del atentado contra los ascendientes o descendientes del causante producidos con posterioridad al fallecimiento de éste.
    - b) La falta de denuncia de la muerte violenta del cónyuge o compañero sólo funciona como extintiva del derecho cuando el conocimiento de ella por parte del supérstite se produce una vez ha entrado en

- la posesión de los bienes. En caso de que ese conocimiento hubiera tenido lugar en un momento anterior funcionaría como excluyente del derecho por lo que éste no habría llegado a nacer.
- c) La suplantación, ocultación o alteración del testamento sólo tendrán trascendencia como extintivas del derecho ya nacido cuando tengan lugar tras el fallecimiento del cónyuge o compañero; en los demás casos habrán provocado que el derecho no llegue a nacer.
- d) Los demás supuestos contemplados en el artículo 756 del Cc, o no tienen aplicación para el caso del usufructo legal del viudo (supuesto del 756.1), o sólo tienen trascendencia, por su propia idiosincrasia, como excluyentes del derecho.
- Por lo que se refiere al usufructo universal del poder testatorio, entendemos que su virtualidad sólo se da cuando la relación del premuerto con el viudo era matrimonial (no, por tanto, en los casos de pareja de hecho reguladas por la Ley 2/2003), habiéndose generado hijos comunes entre ambos y cuyo régimen económico matrimonial fuera el de comunicación foral. Pues bien, en estos casos, si el testador hubiera nombrado comisario al viudo, éste tendrá un usufructo que ya no se encuentra limitado a la mitad o los dos tercios de los bienes del causante –como ocurría en el usufructo del artículo 58 de la Ley 3/1992– sino que abarca la totalidad de sus bienes con lo que se consigue dotar al viudo de un instrumento fundamental para la defensa de los intereses familiares. Y esa posición la mantendrá mientras el comisario no designe sucesor en la herencia del causante.
  - El usufructo viudal derivado del poder testatorio se extingue –como acabo de decir– por la designación del sucesor y, además, por una serie de causas contempladas en el artículo 48 de la Ley 3/1992 en virtud de las cuales el propio poder del que se deriva el usufructo también se extingue. Sobre estas causas hay que destacar lo siguiente:
    - a) Sobre la fijación del plazo para ejercer el poder: el legislador ha previsto la posibilidad de que el poder tenga carácter vitalicio cuando así lo haya decidido el testador y el comisario sea el cónyuge, situación que enlaza con la tradición vizcaína de prorroga indefinida del *alkar-poderoso*. Si el causante no hubiera señalado plazo debe entenderse que éste será el de un año a contar desde su muerte o la declaración de su fallecimiento si los sucesores fueran mayores de edad, o en otro caso, desde que todos ellos alcanzaran la mayoría de edad.
    - b) Sobre la muerte, imposibilidad o incapacidad sobrevenida del viudo: si estas causas se dan antes del ejercicio del poder testatorio, éste quedará extinguido y también lo hará el usufructo universal recogido en el artículo 105 de la Ley 3/1992, puesto que para que éste se mantenga el cónyuge debe tener la condición de comisario.
    - c) Frente al requisito genérico para que el supérstite pueda acceder a los derechos sucesorios de que los cónyuges no se encuentren divor-

ciados o separados por causa imputable al viudo, la Ley introduce mayores exigencias en el caso del poder testatorio y, por tanto, del usufructo universal que lo acompaña. En este caso no será necesario que exista una sentencia firme de nulidad, divorcio o separación, sino que bastará con que cualquiera de los dos cónyuges haya presentado la demanda con posterioridad al otorgamiento del poder para que éste se extinga y, por tanto, no haya lugar al usufructo. Y ello con independencia de la culpabilidad o inocencia del superviviente. Ahora bien, si el poder testatorio se ha otorgado con posterioridad a la presentación de la demanda, el apoderado podrá hacer uso de él en su momento y, si, finalmente, no hubiera recaído sentencia de nulidad ni divorcio, también podrá acceder al usufructo universal.

- d) Salvo que el testador hubiera dispuesto lo contrario, las nuevas nupcias y la vida marital de hecho provocan la extinción tanto de la legítima del viudo como del poder testatorio que se le hubiera podido otorgar y del usufructo universal que a él iría acompañado. El número 4 del artículo 48 habla también de la extinción como consecuencia de tener un hijo no matrimonial. En mi opinión, lo relevante para la extinción del poder testatorio no es que el cónyuge tenga un hijo no matrimonial, sino que lo tenga sin conocimiento del causante, ya sea por haberlo tenido con posterioridad a su fallecimiento, en cuyo caso provocará la extinción del usufructo universal, ya sea porque habiéndolo tenido con anterioridad, el causante lo desconocía, en cuyo caso se puede decir que el derecho al usufructo universal no habrá llegado a nacer. El tratamiento en este punto es diferente al que efectúa el artículo 58 en relación con la extinción de la legítima usufructuaria, lo que literalmente podría llevar a la extraña circunstancia de que, existiendo un hijo no matrimonial anterior al otorgamiento de un poder testatorio, el viudo se viera excluido de la legítima del artículo 58 y, sin embargo, mantuviera el más amplio derecho del usufructo universal que pudiera corresponderle en virtud del artículo 105.
- e) Al contrario de lo que sucede en el artículo 58 de la Ley 3/1992 en relación con el usufructo legal del viudo, el artículo 48 menciona expresamente que el poder testatorio –y, en consecuencia, el usufructo universal a él ligado– se extingue por incurrir el comisario en causa de indignidad para suceder. Es de destacar en este punto que la ley hace relevante no sólo la indignidad del comisario en relación con el causante sino también la indignidad en relación con sus descendientes, circunstancia que para el caso de que el comisario sea el cónyuge incide en la finalidad familiar perseguida por el régimen de comunicación foral. Del estudio que hemos realizado hemos concluido que todas las causas de indignidad (incluida la del 756.1 del

- Código civil) van a resultar relevantes a la hora de determinar la extinción del poder testatorio, y que este hecho puede originar o que el usufructo universal no llegue a nacer –supuesto en que la causa de indignidad tenga lugar con anterioridad al fallecimiento del causante– o que se extinga –caso de que la causa de indignidad tenga lugar después de su muerte–, posibilidad esta última que tiene absoluto respaldo en el tenor literal del artículo 48.6 de la Ley foral.
- El artículo hace también referencia al usufructo poderoso del Fuero de Ayala, institución que tiene concordancias con el poder testatorio pero que también mantiene diferencias con esa figura. La primera de ellas radica en que el usufructo que aquí se concede no es una consecuencia que la ley deduzca del otorgamiento de un poder, sino que lo concede directamente el causante. La segunda estriba en que el usufructo ayalés puede recaer en cualquier persona, con independencia de sus vínculos familiares con el causante. Además, en el caso del Fuero de Ayala, la facultad de disponer atribuida al usufructuario sólo lo es en favor de los hijos y descendientes del causante, salvo previsión expresa del premuerto conforme al artículo 141 de la Ley 3/1992.
  - Por último se ha querido también dejar constancia de la previsión por parte del artículo 61 de la Ley de Derecho civil del País Vasco del denominado legado de usufructo universal, figura que va a depender de la voluntad del causante pero que tiene la virtualidad –frente al poder testatorio– de permitir compaginar el nombramiento de sucesor, con el otorgamiento de un usufructo universal a favor del viudo y de poder extender su aplicación a un abanico de supuestos más amplios que los acogidos bajo el usufructo universal derivado de aquel poder, tales como los matrimonios no regidos por el régimen económico matrimonial de comunicación foral, o las relaciones de pareja de hecho acogidas a la Ley 2/2003.

## V. Bibliografía

- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil. V Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, pp. 82-88.
- , «Comentarios a los artículos 756, 757 y 758 del Código Civil», en ALBALADEJO M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por, T. X, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 2001 pp. 196-254.
- ANGOITIA GOROSTIAGA, V. y GALICIA AIZPURÚA, G., «Las legítimas y la libertad de disposición en la Ley del Derecho civil del País Vasco» en VV.AA., *Derechos Civiles de España*, Volumen I, Ed. Aranzadi. 2000, pp. 373-410.
- ARREGUI GIL, J., «Comentarios a las Leyes 253, 261 y 262 de la Compilación navarra» en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al*

- Código civil y Compilaciones forales*, T XXXVII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 2001, pp. 30-54 y 132-150.
- CELAYA IBARRA, A., «Comentarios a los artículo 32 al 48, 53 al 64 y 104 a 107 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco», en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XXVI, Edersa, Madrid, 1997, pp. 161-202, pp. 226-269 y pp. 471-484.
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., «La legítima y la mejora», *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Ed. Tecnos, Madrid, 8.ª Ed., 2003, pp. 417-447.
- , «La delación de la herencia», *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesione*), Ed. Tecnos, Madrid, 8.ª Ed., 2003, pp. 303-319.
- GONZÁLEZ CARAZO, J. L., «El poder testatorio y el testamento por comisario en el Derecho foral de Vizcaya», en VV.AA., *Derechos Civiles de España*, Volumen I, Ed. Aranzadi. 2000, pp. 411-455.
- GULLÓN BALLESTEROS, A., «El párrafo 3.º del artículo 820 del Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1961, pp. 875-895.
- , «La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo», *Anuario de Derecho Civil*, 1964, pp. 583-619.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., «Cuestiones fundamentales de viudedad foral navarra», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XL, septiembre-octubre 1964, núm. 436-437, pp. 553-584.
- , en «La legítima del cónyuge viudo», *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1988, pp. 500-506.
- , «Indignidad e incapacidad», *Elementos de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1988, pp. 78-85.
- LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., «Comentarios a los artículos 72 a 86», en ALBADALEJO, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T XXXIII, vol 2.º Edersa, Madrid, 1990, pp. 282-404.
- PIEDRABUENA MOLINA, P., «La comunicación foral de bienes en Vizcaya», en VV.AA., *Derechos Civiles de España Volumen I*, Ed. Aranzadi. 2000, pp. 341-361.
- PUIG BRUTAU, J., «Incapacidad, prohibición e indignidad para suceder», *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, vol. 1, 2.ª Ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1975, pp. 126-150.
- SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., «Comentarios a los artículos 72 a 88 (La viudedad)» en DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, DGA, *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, vol. II, Zaragoza, 1993.
- VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentarios a los artículos 807 y 834 a 857 del Código Civil», en ALBADALEJO, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XI, 2.ª Ed., Edersa, Madrid 1982, pp. 30-48 y 446-516.



ZABALO ESCUDERO, M.<sup>a</sup> E., *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1993.

ZAPATERO GONZÁLEZ, R., «De la viudedad foral» en *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés (Jaca 1985)*, Cortes de Aragón, 1986, pp. 239 y ss.

