

LA DEROGACIÓN DEL DERECHO DE CONMUTACIÓN*

Giulia Castellani

Avvocato e Dottore di Ricerca in Diritto Privato Europeo Università di Verona

Sumario:

1. Introducción. Observaciones.
2. La función y la naturaleza del derecho de conmutación.
3. La posición del Tribunal Constitucional.
4. Un caso práctico donde la conmutación hubiera sido de utilidad.
5. Conclusiones. Observaciones.

Resumen:

La Ley 10 de diciembre de 2012, n. 219 y el relativo Decreto de desarrollo han introducido en nuestro ordenamiento jurídico el principio de unificación jurídica del *status* del hijo.

Evidenciado el carácter innovador de dicho principio, con el presente escrito se pretende desarrollar una breve, y al mismo tiempo provocadora, reflexión en relación a un específico aspecto objeto de la reforma, es decir la derogación del derecho de conmutación.

En dicha perspectiva, en primer lugar es de utilidad analizar la sentencia n. 335/2009 emitida por el Tribunal Constitucional, por la que se establece que el derecho de conmutación no podía considerarse contrario a los preceptos constitucionales. Dicha sentencia representa el punto de partida a la hora de comprobar la utilidad actual del derogado instituto de la conmutación, en la medida en la que pueda garantizar un razonable equilibrio de los diferentes intereses en juego en el tema sucesorio.

Abstract:

Law 219 of 10 December 2012 and its implementing decree introduced in our legal system the principle of unification of child's legal status.

This paper aims to examine a specific aspect of this reform, namely the repeal of the commutation right.

Firstly it will be necessary to retrace the Constitutional Decision No. 335/2009, under which the commutation right could not be considered contrary to the constitutional precepts. This judgment represents therefore the starting point, in order to verify the role that this repealed institution could continue to play.

Palabras claves:

Derecho de conmutación, Derogación, Principio de unificación jurídica del *status* del hijo, Derecho de familia

Key words:

Commutation right, Repeal, Principle of unification of child's legal status, Family law

1. Introducción. Observaciones.

El punto de partida del presente escrito es la Ley 10 de diciembre de 2012, n. 219, por la que se establecen las *Disposiciones en materia de reconocimiento de los hijos naturales*. Esta ley y el sucesivo decreto de desarrollo (Decreto Legislativo 28 de diciembre 2013, n. 154 entrado en vigor

* El presente escrito ha sido realizado en el ámbito del proyecto “*Famiglia e responsabilità genitoriale tra riforme e intervento pubblico nell'Europa del sud*”, financiado dentro del programa de investigación 2015 promocionado por la Universidad de Verona.

el 7 de febrero de 2014¹) han modificado profundamente la regulación de la filiación, reconociendo la validez del principio de la unificación jurídica del status del hijo.

Dicha reforma, tal y como se puede apreciar, ha surgido en un momento histórico de gran complejidad de la institución familiar, junto al que podríamos denominar como modelo tradicional de familia (es decir, la familia creada sobre el matrimonio) se han ido uniendo variados modelos familiares. Se pone en evidencia, como el legislador, incidiendo en el tema de la filiación, en realidad, con dicha reforma se ha visto afectada la totalidad de la regulación de familia.

Concretamente, se pone de manifiesto el artículo 71 del Decreto Legislativo n. 154/2013 que tras varias modificaciones en materia sucesoria, ha derogado la previsión normativa del artículo 537 punto 3 del Código Civil². Se trata del precepto que regulaba el derecho de conmutación, es decir, la facultad reconocida a los hijos nacidos de un matrimonio, en caso de concurso sucesorio con los hijos nacidos fuera del matrimonio, de satisfacer la cuota de estos últimos en dinero o en bienes inmuebles heredados.

Con la nueva regulación en materia de filiación, la facultad de conmutación ha sido derogada en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de que la reciente sentencia del Tribunal Constitucional (sentencia n. 335 del 2009)³ haya ratificado su conformidad con los principios constitucionales.

En este contexto conviene analizar la función y la naturaleza del derecho de conmutación⁴, así como los puntos de la anteriormente citada sentencia del Tribunal Constitucional, con la finalidad de comprobar si el derogado instituto de la conmutación, en la medida en que pueda garantizar un razonable equilibrio de los diferentes intereses en juego en el tema sucesorio, podría hoy en día ser todavía de utilidad, sin que ello suponga perjudicar el principio de unidad del status del hijo.

¹ La Ley 219/2012 establece que los términos “hijos legítimos” e “hijos naturales”, en los casos que resulten respectivamente de aplicación, deben ser sustituidos por el término “hijo”, delegando en el Gobierno la actividad de armonizar la disciplina sucesoria y de donaciones al principio de unidad del estatus del hijo.

² Según determinada corriente doctrinal dicha norma debía de considerarse ya implícitamente derogada teniendo en cuenta la Ley 219/2012. En estos términos, cfr., MICHELE SESTA, “Stato unico di filiazione e diritto ereditario”, en *Rivista di Diritto Civile*, 2014, 1, p. 13; MIRZIA BIANCA, “L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. n. 219 del 2012”, en *Giustizia Civile*, 2013, 5–6, pp. 2015 y ss.; VITTORIO SANTARSIERE, “Le nuove norme sui figli nati fuori dal matrimonio. Superamento di alcuni aspetti discriminatori”, en *Giurisprudenza di Merito*, 2012, 3, p. 522; ENRICO MATANO, “Profili successori della legge 219/2012”, escrito desarrollado en el Congreso del 12 de Abril de 2013 *Sull'unificazione dello stato giuridico dei figli: quadro generale della riforma e delle sue prospettive. Contra* GIOVANNI BONILINI, “L'abrogazione della norma concernente il diritto di commutazione”, en *Famiglia e Diritto*, 2014, 5, pp. 520 – 521. Este último, excluyendo el hecho de que haya sido derogado tácitamente, se pregunta sobre la aplicación del artículo 537 tercero c.c. en los casos de sucesiones iniciados entre la entrada en vigor de la Ley 219/2012 y el Decreto Legislativo 154/2013, en virtud del principio general que establece que la ley reguladora de la sucesión es aquella ley vigente al momento de su apertura.

³ Trib. Cost., 18 de diciembre de 2009, n. 335, publicada, entre otras, en *Nuova giur. civ. commentata*, 2010, I, pp. 567 e ss.

⁴ LUIGI MENGONI, “Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima”, en *Tratt. dir. civ. e comm.*, iniciado por ANTONIO CICU e FRANCESCO MESSINEO y continuado por LUIGI MENGONI, Giuffrè, Milano 1993, V ed., pp. 69 e ss.

2. La función y la naturaleza del derecho de conmutación.

Desde un punto de vista histórico, el derecho de la conmutación es introducido a través del Código Civil de 1865, con la finalidad de evitar un excesivo fraccionamiento de la propiedad del *de cuius* y por tanto preservar la unidad patrimonial de la familia. La función de dicho derecho debía de ser interpretada en relación con el concepto de familia dominante en el momento de la entrada en vigor del Código Pisanelli: un modelo familiar jerárquico, institucionalizado, tutelada como propietaria y como legítima.

El Código Civil de 1942 mantiene la facultad de conmutación con el propósito de tutelar los intereses supremos de la familia legítima. A dicha familia, de hecho, se le seguía reconociendo una importancia pública e institucional.

Con la reforma del derecho de familia de 1975⁵ el instituto del derecho de conmutación se limita a la facultad reconocida a los hijos nacidos fuera del matrimonio (es decir los “hijos naturales”) de oponerse al ejercicio de dicho derecho, llegando finalmente a la redacción del artículo 537 tercero del Código Civil objeto de derogación.

La norma contenida en el artículo 537 tercero del Código Civil afirmaba que: “Los hijos legítimos pueden satisfacer en dinero o en bienes inmuebles heredados la cuota que corresponda a los hijos naturales que no manifiesten oposición. En caso de manifestar oposición será el Juez quien decida, una vez valoradas las circunstancias personales y patrimoniales”.

En virtud de dicho precepto, cuando concurren a la sucesión los hijos nacidos del matrimonio y los hijos nacidos fuera del mismo, a los primeros (es decir a los herederos considerados legítimos) se les reconocía la facultad de satisfacer a los coherederos nacidos fuera del matrimonio⁶, con dinero y con bienes inmuebles heredados, provocando su exclusión de la masa hereditaria⁷. En dicho momento, no existían dudas en el hecho de que a los hijos nacidos fuera del matrimonio se les debía satisfacer el valor correspondiente a su cuota de la masa hereditaria.

El ejercicio de la conmutación suponía por tanto la exclusión de la masa hereditaria (no necesariamente la ruptura de la misma), concediendo a los hijos nacidos en el matrimonio un *ius optionis* que se concretaba en una forma de *datio in solutum* en lugar de la *solutio* de la parte

⁵ Con la Reforma del Derecho de Familia de 1975 se supera la visión institucional de la familia, en favor de una concepción paritaria de la misma. Dicha reforma fue seguramente influenciada por la actuación constitucional, llevando a cabo una paridad en el tratamiento entre los considerados hijos legítimos y los considerados hijos naturales.

⁶ Con la condición de que estos últimos, disfrutaran del *status*, a través del reconocimiento o de la declaración judicial de paternidad o de maternidad.

⁷ La exclusión de la masa hereditaria se consideraba una cuestión sucesoria, que no incidía en el título de la sucesión o en la calidad del heredero, de manera que los hijos nacidos fuera del matrimonio no se convertían en legatarios, como consecuencia de la conmutación. Esto tenía especial importancia en caso de que posteriormente se descubrieran nuevos bienes, a cuyo valor tendrían naturalmente derecho, *pro quota*, también los hijos nacidos fuera del matrimonio.

hereditaria⁸.

Como queda anticipado anteriormente, a los hijos excluidos se les concedía la facultad de oponerse. En dicho caso, su decisión de oponerse debía ser resuelta por el Juez, el cual tenía que pronunciarse una vez “valoradas las circunstancias personales y patrimoniales”⁹.

Tomando en consideración la posibilidad de solicitar el prudente dictamen del juez, la mayoría de los autores calificaban el derecho de conmutación como un derecho potestativo cuyo ejercicio estaba controlado.

Por último, para el reconocimiento de la institución, conviene precisar que el derecho de conmutación se fundamenta en que la porción a conmutar debía tener causa en la ley (considerando los artículos 537 tercero del Código Civil y el artículo 566 cpc, c.c) y se ejercitaba mediante un acto unilateral denominado “declaración de elección”. Dicha declaración se formalizaba en acto público o en escritura privada.

4. La posición del Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, durante el periodo en vigor del artículo 537 tercero del Código Civil, en caso de concurso sucesorio entre los hijos nacidos durante el matrimonio y los hijos nacidos fuera del matrimonio, los primeros conservaban una posición que se podría denominar como privilegiada (a pesar de la posibilidad de los coherederos excluidos de oponerse). No es casualidad que algunos autores consideren que el ejercicio de la conmutación conlleva una discriminación, que se contrapone a la Constitución y particularmente al principio de igualdad.

El Tribunal Constitucional, a través de la citada sentencia número 335 de 2009, ratificó su constitucionalidad, excluyendo que se tratase de una norma anacrónica.

La resolución, en particular, negó que dicha norma violase lo dispuesto en el artículo 3 y artículo 30 de la Constitución; afirmaba que el derecho de conmutación, lejos de constituir un mero derecho potestativo, en cuanto subordinado a la doble condición de falta de oposición y de la valoración del juez, habría permitido un razonable equilibrio de los derechos sucesorios reconocidos a los hijos

⁸ Según algunos autores no se podía hablar de *datio in solutum*; más bien se debería de recurrir a la idea de la modificación objetiva. Dicho ordenamiento consideraba que no se podía aplicar la *datio in solutum*; dado que, puesto que se trata de un contrato, necesitaba el consentimiento de quien recibe una prestación diferente. En cambio, los hijos “naturales” a pesar del derecho de oposición, estaban subordinados a la decisión de los hijos “legítimos” (y por tanto no habrían prestado ningún consentimiento).

⁹ Por ejemplo, se admitía el ejercicio de la facultad de conmutación, en casos en los que la participación de los hijos nacidos fuera del matrimonio en la masa hereditaria hubiera supuesto una dificultad (no oportunista) añadida a la hora de gestionar el patrimonio. La oposición podía estar justificada si la valoración de los bienes propuestos para la conmutación fuera inadecuada.

nacidos dentro y fuera del matrimonio, de conformidad con el criterio de compatibilidad del artículo 30 tercero de la Constitución¹⁰.

Con la finalidad de excluir la discriminación de los hijos nacidos fuera del matrimonio, el Tribunal ha considerado que la reforma de 1975 ha llevado a cabo una transformación del derecho de conmutación, de categórico derecho potestativo a derecho de ejercicio puntual y controlado¹¹.

De una parte, la facultad de oposición reconocida a los hijos naturales, habría garantizado la tutela que la Constitución les otorgada, con el límite del criterio de compatibilidad (el cual sirve de instrumento de equilibrio entre los derechos de los miembros de la familia “legítima” y los derechos de los hijos “naturales”).

Por otra parte, el Juez, requerido para comprobar la existencia o no de una justa causa en la oposición a la facultad de conmutar, se le atribuye el papel de garante de la paridad de tratamiento dentro de la diversidad.

La solución jurisprudencial, en aras de concretar, habría consentido adaptar la decisión a las concretas circunstancias personales (tomando en consideración los antecedentes en la relación entre los hijos) y patrimoniales (es decir, la situación en la que se encuentran los bienes heredados, en relación con su mejor conservación como con su gestión, así como con la relación que une al heredero con el bien heredado), alejando de esta manera, eventuales ejercicios arbitrarios y por tanto no merecedores de tutela, del derecho de conmutación o de la facultad de oposición.

5. Un caso práctico donde la conmutación hubiera sido de utilidad.

Sobre la base de la solución adoptada por el Tribunal Constitucional, se podrían plantear diversas hipótesis donde la aplicación de la conmutación podría ser de utilidad. Por ejemplo, se podría pensar en la situación que a continuación se presenta¹².

Sempronio y Caia son un matrimonio del que nacen dos hijas Mevia y Ticia, las cuales han vivido siempre en el domicilio familiar con los progenitores y una vez fallecida la madre continúan la convivencia con el padre.

Fallecido Sempronio, las dos hermanas solteras, de edades avanzadas y muy unidas, deciden seguir viviendo en la casa paterna. Esta casa constituye el único inmueble familiar a pesar de haber

¹⁰ El artículo 30 tercero de la Constitución establece: “La ley asegura a los hijos nacidos fuera del matrimonio la tutela jurídica y social, compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima”.

¹¹ El Tribunal ha considerado decisivo el hecho de que en el *quantum* los hijos nacidos fuera del matrimonio habrían disfrutado del mismo tratamiento sucesorio aplicable a los hijos nacidos dentro del matrimonio.

¹² Se propone, visto su valor aclaratorio, la hipótesis elaborada por GIOVANNI BONILINI, *L'abrogazione della norma*, cit., pp. 522 – 523.

acumulado en el tiempo un considerable patrimonio mobiliario, invertido en acciones, bonos del Estado y otros títulos.

Poco después del fallecimiento de Sempronio aparece Filano, el cual en poco tiempo es capaz de demostrar que su nacimiento es debido a una fugaz relación entre su madre y Sempronio, y por lo tanto obtiene la declaración judicial de paternidad.

Naturalmente no existen dudas ante el hecho de que Filano pueda concurrir en la partición de la herencia de Sempronio, y que su cuota a satisfacer es igual que la de las hijas.

Sin embargo, podría suceder que Mevia y Ticia, en aras de conservar indivisa la propiedad del domicilio familiar y por tanto su forma de vida, tengan interés en satisfacer los derechos de Filano con otros bienes heredados. Las dos hermanas, tendrían por tanto interés de acogerse a la facultad de conmutación, y por tanto, no encontrarse en la situación de tener que convivir con un hermano que en realidad no es más que un extraño, no habiendo compartido nada de la precedente vida afectiva y familiar.

¿Se puede negar, que en casos como el anteriormente expuesto, que el derecho de conmutación podría salvaguardar el interés moral y por tanto conservar la unidad y continuidad de la vida familiar, así como los valores de la *consuetudo vitae* (art. 30, tercero, Cost.)? ¿Se puede afirmar que la *consuetudo vitae* no tenga ningun valor?

5. Conclusiones. Observaciones.

Considero por tanto que en casos como el anteriormente expuesto, el derecho de conmutación habría permitido la conservación de los bienes heredados a aquellas personas que se encuentran en presencia de una particular relación afectiva o sentimental con aquéllos.

Pienso por tanto, en aras de concluir, que en sintonía con el razonamiento desarrollado por el Tribunal Constitucional, el derecho de conmutación sería apto para realizar un razonable equilibrio de los intereses implicados en materia sucesoria (salvo que se verificara la existencia de unas determinadas razones que fundamenten la tutela de los hijos nacidos dentro del matrimonio).

Al mismo tiempo, no niego la posibilidad de sentir cierto desacuerdo en relación con dicho asunto. También es verdad que dicho derecho no podía considerarse impuesto por el artículo 30 tercero de la Constitución, representando una de las opciones normativas capaz de equilibrar los intereses de los hijos nacidos en presencia de un matrimonio y los intereses de los hijos nacidos fuera del mismo. El criterio de compatibilidad recogida en el artículo 30 tercero de la Constitución, como se evidencia también en la sentencia del Tribunal Constitucional, constituye una “regla abierta” y

como tal susceptible de producir soluciones normativas diferentes en el tiempo, teniendo en cuenta la dinámica evolución de las relaciones sociales.

Esto sin embargo, no quita que el hecho de que quizás la derogación de la facultad de conmutación habría merecido una mayor ponderación por parte de nuestro legislador.