

La conmoriencia: venturas y desventuras de una presunción legal

Dr. Leonardo B. PÉREZ GALLARDO
Profesor Titular de Derecho Civil
Facultad de Derecho. Universidad de La Habana

“Commorientium non videtur alter alteri supervivisse”.¹

Sumario:

1. EL DERECHO ANTE LA PLURALIDAD DE FALLECIMIENTOS EN LOS QUE RESULTA IMPOSIBLE DETERMINAR POR LOS MEDIOS DE PRUEBA ADMITIDOS *EX LEGE*, EL ORDEN DE PRECEDENCIA. SOLUCIONES LEGALES AL RESPECTO: PRESUNCIONES DE SUPERVIVENCIA Y PREMORIENCIA Y PRESUNCIÓN DE CONMORIENCIA. 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONMORIENCIA. ALCANCE DEL ARTÍCULO 27 DEL CÓDIGO CIVIL. 2.1. Tesis reductiva al fenómeno sucesorio. 2.2. Tesis amplia o extensiva. 3. PRESUPUESTOS. 3.1. De naturaleza subjetiva: pluralidad de personas fallecidas, unidas por un vínculo transmisivo o adquisitivo de derechos. 3.2. De naturaleza objetiva: el acontecimiento causante de los fallecimientos. El lugar en que ocurre. La fuente directa de la muerte. 3.3. De naturaleza causal: la duda o incerteza del orden cronológico de los fallecimientos. 4. LA CONMORIENCIA: ENTRE UNA PRESUNCIÓN LEGAL *IURIS TANTUM* O UNA REGLA SOBRE EL *ONUS PROBANDI*. 5. ESPECIAL REFERENCIA A LA APLICACIÓN DEL CRITERIO NEUROLÓGICO DE DIAGNÓSTICO DE MUERTE, EXCLUYENTE *PER SE* DE SITUACIONES DE CONMORIENCIA. 6. REPERCUSIONES SUCESORIAS DE LA CONMORIENCIA: ¿ACASO EXCLUYE LA PROCEDENCIA DEL *IUS REPRESENTATIONIS* Y DE LA SUSTITUCIÓN VULGAR? 6.1. Previsión testamentaria de la conmoriencia. Una peculiar cláusula contenida en el testamento de John Lennon. 7. LA CONMORIENCIA, MÁS ALLÁ DE LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA*. MUERTE SIMULTÁNEA DEL TITULAR DE UNA CUENTA DE AHORRO Y DEL BENEFICIARIO. 8. LA CONMORIENCIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. POSIBLE CONFLICTO DE CALIFICACIONES Y DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE. BIBLIOGRAFÍA.

1. El Derecho ante la pluralidad de fallecimientos en los que resulta imposible determinar por los medios de prueba admitidos *ex lege*, el orden de precedencia. Soluciones legales al respecto: presunciones de supervivencia y premoriencia y presunción de conmoriencia

Pensar en la muerte se nos hace difícil, los latinos somos demasiado apegados por la vida, como para estar cavilando con cierta cotidianidad en un hecho como la muerte, inminente para todos, pero decididamente aplazable en el fuero interno de cada uno de nosotros. Siempre, al menos, con sentido optimista, creemos en ese plazo sin fin, para alejar, incluso, nuestros pensamientos de ella. Cuánto más complejo pudiera resultar entonces reflexionar sobre un hecho quizás más trágico aún: la muerte de varias

personas, entre las cuales nos cabríamos situar, en tanto las conmorientes pudieran ser nuestros más propincuos parientes o nuestro cónyuge. Puede que para cualquiera de nosotros ello provocara pánico o estupor, pero el Derecho ha tenido a lo largo de la historia que dar respuesta a situaciones de esta índole. ¿Qué solución legal debe brindarse cuando se da esta situación de muerte conjunta de varias personas que entre sí derivan derechos, no necesariamente, aunque sí, en esencia, sucesorios, y no puede determinarse el orden cronológico de los fallecimientos?

Situaciones de conmoriencia se han dado en el discurrir de la historia de la humanidad, en la misma medida en que la finitud de la vida ha sido consustancial al ser humano. Acontecimientos bélicos, accidentes marítimos, aéreos, terrestres y hasta cósmicos, tormentas, huracanes, maremotos, terremotos, volcanes, asesinatos u homicidios múltiples han conmovido más de una vez a la humanidad, y en una buena parte de ellos han estado incluidas personas vinculadas entre sí no solo parentalmente, o por vínculo marital, sino también afectivamente, lo cual predispone la posible adquisición de derechos entre sí, que repito, si bien por antonomasia, las situaciones de conmoriencia suelen verse vinculadas con la sucesión *mortis causa*, no tienen por qué ser del interés exclusivo de los estudiosos del Derecho de Sucesiones.

El Derecho, por tanto, ha tenido que dar una solución a un fenómeno *per se* caracterizado por la incertidumbre. Las técnicas de investigación médico-forenses no pueden determinar con extrema exactitud el instante mismo del fallecimiento de una persona, lo cual resulta hartamente complejo cuando varias personas han fallecido, conjuntamente o no (me refiero en el mismo suceso), distando el momento del óbito de una y otra, pocos minutos, pero los suficientes como para desviar el cauce de la adquisición de un derecho a favor de unos u otros de los sucesores *mortis causa* de cada uno de los conmorientes.

Entiéndase, pues, la *conmoriencia*, como la situación jurídica que se crea por la muerte de dos o más personas, vinculadas entre sí por la posible adquisición recíproca o unilateral de un derecho, ya hayan acaecido tales decesos en un mismo acontecimiento o evento, o no, resultándole consustancial la proximidad cronológica de los fallecimientos, sin poderse determinar científicamente su prelación, motivo por el cual el Derecho recurre a la presunción relativa (*iuris tantum*) de que las muertes ocurrieron con carácter simultáneo, a menos que se pruebe lo contrario.

Empero, no siempre se ha acudido a la presunción de conmoriencia. Las soluciones en este terreno han sido muy dispares.

En el Derecho romano clásico se aplicaron los principios sobre la prueba, de manera tal que quien fundara un derecho en la prioridad de la muerte de una persona respecto de la otra, debía probar tal prioridad. Como consecuencia de ello, en la duda y en ausencia de prueba, no debía considerarse a ninguna de ellas como superviviente de la otra, lo cual no suponía presumir la conmoriencia, sino la aplicación de los principios generales. La regla del Derecho romano clásico fue la de entender que, cuando no es posible probar

quién murió primero, ambas fallecieron simultáneamente (D. 34, 5, 18) en lo cual –según expresa IGLESIAS–, no puede encontrarse una verdadera presunción de conmoriencia, sino el resultado de la carencia de prueba sobre tal particular,² una aplicación concreta de las reglas generales sobre la carga de la prueba.³ Fue el Derecho justiniano el que estableció un sistema de presunciones sustentadas principalmente en el criterio naturalista de la edad y el sexo de quienes concurrían, a partir de su presumible mayor o menor fragilidad o debilidad física de los fallecidos.⁴ Algunas de estas disposiciones consideraban superviviente al hijo varón adulto, cuando muriese con su madre, y la madre cuando muriese con un hijo impúber (D. 34, 5, 22 y 23). A partir de estos textos, la glosa explicó que el orden de los fallecimientos debía ser el de mayor o menor debilidad corporal, presumiéndose, entonces, fallecidos los aparentemente más débiles.⁵ Sistema acogido por las Partidas que, siguiendo los derroteros de los precedentes romanos, establecían que si en un mismo accidente perecían marido y mujer, debía entenderse premuerta la mujer “*porque es flaca naturalmente*”; que si en un mismo accidente perecían el padre o la madre y un hijo mayor de 14 años, se entenderían premuertos los primeros; mientras que si el hijo era menor de 14 años se le consideraba premuerto en atención a la escasa fortaleza de un niño, precisamente porque “*debe home sospechar que el fijo murio primero por la flaqueza que es en él porque es niño*” (P. 7, 33, 12), o sea, como sistematiza AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, las Partidas atendieron a tres hipótesis: una miraba al sexo, no a la edad; la otra, a la edad, y la tercera, a la escasa fortaleza física. Presunciones todas, que se sustentaban en la unidad del hecho causante de las muertes, esto es, un mismo accidente o catástrofe.⁶

Por su parte, sostiene COING que en el Derecho Común se dieron únicamente presunciones de conmoriencia en conexión con determinadas cuestiones particulares, como sucesión legal o sustitución testamentaria, no como presunciones de muerte con eficacia general. Cada una de las presunciones son derivadas de determinados pasajes de las fuentes; así, por ejemplo, en D.34.5.9.23 para la muerte conjunta de que un padre y un *filiius impubes* o *pubes* perecieran en un peligro común; en D.34.5.9.3 para los cónyuges; en D.36.1.18(17).7 para el caso de sustitución pupilar. Sin embargo, se amplían en parte estas presunciones, *v. gr.*, a todos los ascendientes la basada en D.34.5.9.23. La doctrina y la práctica francesas utilizaron también estas presunciones, empero se encuentran también sentencias en las que los tribunales sacan otras consecuencias de las circunstancias del caso.⁷

No obstante, este complejo sistema de presunciones fue el seguido por el *Code Napoléon* en sus artículos 720 al 722, que tanto dio que hablar a la doctrina científica.⁸ En efecto, para el legislador francés, si varias personas llamadas a suceder, habían perecido en un mismo accidente, sin que se pudiera determinar quién murió primero, la presunción de premoriencia o posmoriencia se determinaba según las circunstancias particulares del hecho, y a falta de ello, en virtud de la edad y del sexo. Si los fallecidos hubieren tenido menos de 15 años, la presunción de sobrevivencia operaba a favor del mayor, pero si hubieren tenido más de 15, pero menos de 60, la presunción de sobrevivencia beneficiaría al más joven. Si unos tenían menos de 15 años y otros más de 60, la presunción de sobrevivencia se inclinaba a favor de los primeros. Cuando

había diferencia de sexo entre personas con más de 15 años y menos de 60, se presumía que había sobrevivido el varón, si había igualdad de edad o si la diferencia que existía no excedía de un año.⁹ Si bien, esta postura fue abandonada por el legislador francés en la reforma del año 2001 que dio una nueva redacción a los artículos del 720 al 722, regulándola en el artículo 725.1, en el cual, según refiere la profesora PEREÑA VICENTE, sin llegar a utilizarse la expresión conmoriencia, se establece que si dos personas llamadas a suceder respectivamente fallecen como consecuencia de un mismo acontecimiento, el orden de suceder puede establecerse por todos los medios, de no ser posible, la sucesión de cada una de ellas se deferirá sin que la otra sea llamada.¹⁰

De esta manera se puso fin a una formulación legal cargada de discriminación y de un trato desfavorable hacia la mujer, y hacia los más débiles físicamente, hacia los menores y los discapacitados, por demás científicamente indefendible.¹¹ No se olvide que, como bien ha expresado algún autor español, las presunciones de supervivencia carecen de justificación y deben ser rechazadas por diversos motivos, entre ellos porque en la supervivencia importan más las circunstancias fortuitas o accidentales que puedan darse, la fortaleza de los individuos está en su constitución física y naturaleza, y en su intelecto, más que en función de la edad y del sexo, además de que tales presunciones resultan irrelevantes cuando las muertes sobrevienen en circunstancias y lugares geográficamente diferentes, supuesto en el cual también resultaría de aplicación lo que refrenda el artículo 27 de nuestro Código Civil, como el 33 de su homólogo español.¹² No obstante, hoy día, inexplicablemente, todavía se reivindica su utilización por alguno que otro legislador.¹³

2. Ámbito de aplicación de la conmoriencia.

Alcance del artículo 27 del Código Civil

Reconoce el artículo 27 la situación jurídica de conmoriencia, la cual viene regulada en el Libro I dedicado a la relación jurídica, precisamente en el Título consagrado a los sujetos de dicha relación y, en concreto, las personas naturales (Capítulo I). Esta descripción de su asiento dentro de la sistemática del código, será un argumento a esgrimir en torno al ámbito de aplicación de la norma. En este orden se esgrimen dos tesis que parecen centrar la atención de la doctrina, a saber:

2.1. Tesis reductiva al fenómeno sucesorio

Quienes la esgrimen se escudan en el sentido literal de la norma legal en la cual tiene su sede la regulación de la conmoriencia y que trae causa del artículo 720 del *Code* Napoleón, cuando incluye la expresión “*llamados a suceder*”. Se trata de una visión reduccionista de la sucesión, a la que tiene lugar por causa de muerte y que, sin duda, es la llamada por antonomasia *sucesión*, aun cuando no es exclusiva de lo que en Derecho ese término evoca.

En la doctrina patria, a pesar de que no la desarrolla en el orden dogmático, la abraza el profesor CAÑIZARES ABELEDO cuando expresa, haciendo referencia al

artículo 33 del Código Civil español, vigente en la fecha en Cuba, que dicho precepto: "... tiene importancia a los efectos sucesorios, hereditarios (...)",¹⁴ lo cual no deja, en lo absoluto, de ser cierto, pero tampoco es exclusivo que solo en este orden la situación jurídica de conmoriencia tenga trascendencia para el Derecho.

En la doctrina civilista colombiana, uno de sus más insignes exponentes, el profesor VALENCIA ZEA, estudia el fenómeno de la conmoriencia desde el ángulo del Derecho Sucesorio, a pesar de que el Código Civil colombiano la regula con alcance general en el artículo 95.¹⁵ Entre los juristas peruanos, ESPINOZA ESPINOZA, en el tema de la conmoriencia, sostiene que debe existir un vínculo de consanguinidad o de parentesco o, en todo caso, un vínculo legítimo. Aplica la figura solo en sede sucesoria.¹⁶ Por supuesto, ello está imbuido del dictado literal del artículo 62 del Código Civil peruano que en este sentido ofrece una visión muy angosta de la conmoriencia, abandonando la posición de avanzada que sigue una de sus principales fuentes de inspiración, a saber: el *Codice*. Según dicho precepto: "*Si no se puede probar cuál de dos o más personas murió primero, se las reputa muertas al mismo tiempo y entre ellas no hay transmisión de derechos hereditarios*", de lo cual se colige el enfoque dirigido al Derecho Sucesorio, que desdice la ubicación del propio precepto en la sistemática de tan novedoso cuerpo legal hispanoamericano.¹⁷

2.2. Tesis amplia o extensiva

Sus defensores, entre los cuales me sitúo, arguyen que la conmoriencia opera más allá del ámbito del Derecho de Sucesiones, si bien es en él donde más trascendencia tiene, precisamente, por la función que las normas sucesorias poseen y el cometido de esta parte del Derecho Civil en la regulación de los principios e instituciones que determinan el sentido y alcance de la ordenación del patrimonio del causante, ya haya fallecido bajo las prescripciones de un testamento o sin él. La conmoriencia incide notoriamente en figuras sucesorias como el derecho de representación, la sustitución vulgar, el acrecimiento sucesorio, entre otras,¹⁸ en tanto que la sobrevivencia es uno de los presupuestos para que tenga lugar la transmisión de derechos hereditarios, o sea, para que en cabeza del heredero opere la *sucessio in ius*.

Empero, la conmoriencia no solo cercenaría entre los conmorientes toda adquisición de derechos sucesorios, sino en sentido genérico, cualquier adquisición de derechos, en tanto la muerte, no solo es el puente para la derivación de derechos hereditarios, sino también para la adquisición de otros derechos, patrimoniales o no, para los que no se busca con exclusivo afán determinar quién es el heredero y quién el causante, sino en un sentido más lato quién es el causante y quién el causahabiente, lo cual no significa en lo absoluto, ser heredero o legatario.

CASTIELLA RODRÍGUEZ sostiene el criterio de que el artículo 33 del Código Civil español, del cual trae causa el nuestro, es aplicable no solo a supuestos vinculados con las sucesiones, sino a todos los casos en que la ley o la voluntad de los particulares supedita la transmisión de derechos a requisitos de supervivencia, o sea, la condiciona resolutoriamente para el supuesto de premoriencia y así sitúa ejemplos como determinadas donaciones o seguros que condicionan la adquisición por el donatario o beneficiario a que le sobrevivan, estableciendo, para el caso contrario, otro destino para esos

bienes, ya sea la reversión de los bienes donados al donante o la designación de otro beneficiario del seguro.¹⁹ Según el autor: “Ello no significa que la norma sea perfecta. Su dicción la limita en su aplicación a las sucesiones, sin embargo, su situación sistemática, título II, nacimiento y extinción de la personalidad civil, y la necesidad de la misma en otros ámbitos distintos del sucesorio, piénsese en todo el campo de las transmisiones voluntariamente condicionadas por donante o contratante, a la supervivencia de una persona respecto de otra u otras, llevan a pensar que su ámbito de aplicación es el de todos los supuestos en los que se plantee el problema resuelto en el mismo”.²⁰ Criterios afines al expuesto se han intentado esgrimir por ciertos clásicos del Derecho Civil español, algunos simplemente han dado a entender que el artículo 33 se aplica más allá de la materia hereditaria, pero solo eso.²¹ Otros, si bien lo centran en terreno sucesorio, admiten la aplicación por analogía de la solución brindada por el citado artículo 33 a situaciones similares.²² Y los hay quienes consideran expresamente que el precepto tiene un ámbito de aplicación extensible “a todo caso de duda sobre la relación de supervivencia entre dos personas fallecidas”,²³ razón por la cual se califica la regla contenida en el precepto, de útil y práctica.²⁴

La doctrina mayoritaria española reciente sigue este criterio. Es interesante la posición de CABANILLAS SÁNCHEZ cuando comenta este artículo del Código Civil, en tanto asumir la posición reduccionista o reductiva, implicaría cercenar el ámbito de aplicación del precepto, pues quedarían sin solución legal otros posibles casos en que la adquisición de algún derecho, no derivara *strictu sensu*, de una sucesión *mortis causa*, estando dependiente de la supervivencia del favorecido.²⁵ En fin, que el precepto se aplica conforme con quienes abanderan esta tesis, hoy prevalente, en cualquier supuesto en el cual el orden de los fallecimientos de los conmorientes tenga relevancia jurídica, explicativo de su ubicación en la sistemática del texto legal.²⁶

En la doctrina patria RAPA ÁLVAREZ parece acogerse a este criterio.²⁷ No hay dudas que el precepto legal, trasunto de su precedente hispánico, reprodujo la expresión “*llamadas a sucederse*”, lo cual también reconoce otros cuerpos legales homólogos,²⁸ y que ha conducido a la equivocidad, pero como apunta CABANILLAS SÁNCHEZ, hay que entender la sucesión en un sentido herméticamente técnico,²⁹ como cambio meramente subjetivo en una relación de derecho, en el que solo existe mutación subjetiva, permaneciendo idéntico el contenido objetivo de la relación, razón por la cual existe sucesión no solo por causa de muerte, sino también *inter vivos*, de lo cual dan cuenta las más diversas especies contractuales en las que se transmite el derecho de propiedad sobre un bien (*v. gr.*, contratos de compraventa, permuta, donación), el derecho de uso y disfrute (*v. gr.*, contratos de comodato, préstamo, arrendamiento), la titularidad sobre un crédito (*v. gr.*, cesión de créditos), o se asume una deuda (*v. gr.*, asunción de deudas), en todos ellos hay sucesión en sentido técnico, pues en cada especie contractual nombrada, un sujeto trae causa de otro, ocupa el lugar que tenía respecto de la titularidad del derecho transmitido y adquirido, por el causante y el causahabiente respectivamente.

De ahí que el precepto deba aplicarse en todo supuesto en que la adquisición de un derecho se haga depender del fallecimiento de otro, es decir, se exija la supervivencia del adquirente, o también en aquellas figuras como la del beneficiario *mortis causa* en las cuentas de ahorro³⁰ y por qué no en los seguros de vida para caso de muerte, en los cuales la no premoriencia del

beneficiario es presupuesto *sine qua non* para la adquisición del derecho, por lo que, *v. gr.*, quien alegue su premoriencia respecto del titular de la cuenta, si no se ha podido determinar quién murió primero, tendrá que probarla, para lo cual le correspondería destruir la presunción de conmoriencia que opera en su contra.³¹

Asumir una posición contraria conduciría a dejar en orfandad normativa todos estos supuestos, bien, especies de donaciones *mortis causa* indirectas, o donaciones *post mortem*, u otros negocios *inter vivos* con determinados efectos *post mortem*, en los que la muerte puede significar el momento de adquisición de determinados derechos, sujetos a la posmoriencia o no premoriencia del adquirente.

Tampoco se puede desdeñar el argumento, ya esgrimido, de que el precepto se ubica dentro de los del Libro I de nuestro Código Civil, o sea, en los preceptos de alcance general, como sabiamente lo hizo el legislador español,³² y que siguió el cubano, y no en el Libro IV dedicado a las sucesiones *mortis causa*. No obstante, de *lege ferenda*, resultaría plausible evitar expresiones ambiguas, que puedan mover a la equivocidad como “llamadas a sucederse”. Por esa razón es preferible que el precepto o preceptos que se destinen a la regulación de la situación de conmoriencia tenga(n) un alcance más general, al estilo de otros códigos civiles que, bien se han limitado a describir el supuesto de hecho en que se da la conmoriencia y sus efectos, sin más detalles,³³ o bien al momento de volcar la descripción misma del supuesto fáctico o hipótesis normativa, han hecho especial referencia a que los sujetos conmorientes derivan entre sí, o al menos uno al otro, algún derecho (no necesariamente hereditario).³⁴

3. Presupuestos

Analicemos detenidamente los presupuestos o requisitos que deben darse al unísono para que estemos frente a una situación de conmoriencia con las implicaciones jurídicas que ella lleva implícita.

3.1. De naturaleza subjetiva: pluralidad de personas fallecidas, unidas por un vínculo transmisivo o adquisitivo de derechos

El término *conmoriencia* significa muerte conjunta o simultánea. Si es así, lógico resulta que se requiere la muerte de más de una persona, pero no de cualquier persona. A diario, por desgracia, mueren conjuntamente varias personas, sin poderse determinar el momento cronológico exacto del deceso y sí una hora quizás aproximada del fallecimiento. Pero la situación de conmoriencia para el Derecho y concretamente para el Derecho Civil resulta, cuando los conmorientes están unidos por un vínculo, no necesariamente consanguíneo o conyugal, ni tan siquiera afectivo,³⁵ sino por un vínculo transmisivo o adquisitivo de derecho, o sea, es necesaria la sobrevivencia de uno de ellos, o la no premoriencia de uno respecto del otro, sobrevivencia o no premoriencia que tendrán relevancia jurídica.³⁶

Tampoco urge el que este vínculo sea recíproco, es suficiente la unilateralidad, esto es, que al menos uno de los conmorientes deba sobrevivir al otro, o no premorirle, para adquirir un derecho,³⁷ si bien un sector nada despreciable de la doctrina ha insistido en la exigencia de tal reciprocidad,³⁸ creo que más por el

mimetismo con el que se ha concebido la figura, que por su verdadera naturaleza. Hay conmorienca, sin la menor duda, aun cuando no haya reciprocidad entre los conmorientes para la adquisición o transmisión de un derecho. Y si este derecho fuere de naturaleza hereditaria, da lo mismo que los conmorientes sean llamados por una sucesión *ab intestato*, que por una testamentaria,³⁹ a pesar de que en alguna sentencia se haya dispuesto lo contrario.⁴⁰

3.2. De naturaleza objetiva: el acontecimiento causante de los fallecimientos. El lugar en que ocurre. La fuente directa de la muerte

El segundo de los presupuestos o requisitos es de naturaleza objetiva. Mucho se ha debatido, aun en sede de ámbito de aplicación objetiva de la norma reguladora de la situación jurídica de conmorienca, sobre el acontecimiento en que se desenvuelve la trágica muerte de varias personas, unidas por un vínculo transmisivo de un derecho.

No me cabe duda que el Derecho no exige una unidad en cuanto al hecho causante de las múltiples muertes. Lo que importa es la incerteza de la secuencia cronológica de dichas muertes, a los efectos de determinar la premoriencia o posmoriencia. Si las dos o más personas atadas por el citado vínculo mueren en lugares distantes geográficamente, en razón de disímiles acontecimientos, pero no puede determinarse el orden cronológico de dichas muertes, habrá entonces conmorienca, a menos que se pruebe lo contrario.

Esta posición que sostengo, no es uniforme. En la doctrina colombiana el maestro VALENCIA ZEA y el profesor ORTIZ MONSALVE, quien actualiza su obra, defienden una idea contraria. Para ellos es requisito objetivo para que se dé una situación de conmorienca que ambas personas hayan muerto en un mismo lugar y a consecuencia de una misma causa. Si las causas no fueren idénticas, como si en un sitio una persona muere ahogada y otra electrocutada, no se aplica la presunción, aun cuando las muertes ocurrieron en el mismo lugar, o si las causas son iguales, pero las personas mueren en lugares diferentes, *v. gr.*, dos personas fallecen ahogadas pero en lugares distintos. Adpero, no se exige que ello haya acontecido exactamente en el mismo sitio, pues es suficiente que las muertes tengan su origen en el mismo peligro. Así, al naufragar un barco, si las personas escapan en botes distintos que zozobran, se aplica el artículo 95 del Código Civil colombiano. Tampoco es necesario que la causa inmediata de la muerte sea la misma; en un incendio una persona puede morir de un golpe; otra, electrocutada; otra, del susto. Estas muertes se rigen por la presunción del referido artículo, porque todas tienen como causa mediata el lamentable incendio.⁴¹

ESPINOZA ESPINOZA, por el contrario, comparte la tesis que en la hermenéutica del artículo 62 del Código Civil peruano cabe la posibilidad de no exigir unidad del hecho causante de la muerte de las respectivas personas. Para ello se apoya en LOHMANN LUCA DE TENA, quien afirma: "Según el texto normativo, sería perfectamente válido presumir la conmorienca si una persona fallece por causa de enfermedad y otra por accidente y no se puede determinar cuál de ellas murió con anterioridad. Otro tanto ocurre si dos personas desaparecen de su domicilio el mismo día y ninguna de las dos aparece. Lo que en el fondo

interesa al Derecho en esta materia es poder precisar con el mayor grado de seguridad posible el instante temporal de la muerte; de suerte que en *todo y cualquier caso* que no haya tal seguridad –o sea, no se ha podido demostrar con certeza quién murió antes– se presumirá que han muerto en el mismo momento, con prescindencia de la razón o posible lugar de la muerte, que justamente no se han podido probar o determinar”.⁴²

En la doctrina española Díez-PICAZO y GULLÓN,⁴³ DE CASTRO Y BRAVO,⁴⁴ HUALDE SÁNCHEZ,⁴⁵ ROCA TRÍAS,⁴⁶ GONZÁLEZ GOZALO,⁴⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ,⁴⁸ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO,⁴⁹ también son partidarios de no exigir unidad del hecho causante de la muerte.⁵⁰ La presunción de conmoriencia se aplica, lo mismo al supuesto en que dos o más personas hayan fallecido en un mismo suceso, como en cualquier otra circunstancia (muerte en diferentes lugares). En todo caso es irrelevante jurídicamente el lugar en que aconteció la muerte, si este es el mismo para todos, o diferentes lugares para cada uno, ni tampoco la causa directa de la muerte. En la doctrina cubana esta idea también es sustentada por DÍAZ MAGRANS.⁵¹

En Alemania, LARENZ, a partir del estudio del artículo 11 de la Ley sobre Ausencia de Alemania, conforme con el cual: “*Si no puede probarse que entre varias personas muertas o declaradas fallecidas una ha sobrevivido a las demás, se presume que han fallecido al mismo tiempo*”, expresa que con tal formulación normativa se abandona la prístina redacción contenida en el párrafo 20 del BGB, resultando suficiente con que cada uno de los conmorientes haya perdido la vida en un suceso distinto, con tal que los diferentes sucesos coincidan en el tiempo y no pueda hacerse constar el preciso momento de la muerte de uno de ellos. Ello tendría por consecuencia que, dado que ninguno ha sobrevivido al otro, ninguno de ellos puede haber heredado los bienes del otro.⁵²

En el Derecho positivo esta es la posición que prima, principalmente porque los legisladores no suelen particularizar sobre este tema, dando prevalencia a la incerteza del momento cronológico de la muerte y a la prelación entre los varios decesos acaecidos. Así se pronuncian los códigos civiles de Cuba, Portugal, Perú, España, Panamá, Puerto Rico, Guatemala e Italia, códigos que no hacen referencia alguna al lugar o circunstancia en que las muertes acontecieron. Otros, aunque no abren tanto el diapasón, permiten una disyuntiva, en la cual se ofrecen las más disímiles posibilidades de aplicación de la norma. Se trata de códigos que aunque presuponen la aplicación de la regla de conmoriencia para muertes conjuntas derivadas de un mismo acontecimiento, permiten también su aplicación cuando las muertes provengan por cualquier otra causa que no tiene que ser un suceso común para todas. Es la fórmula empleada por el Código Civil de Costa Rica en su artículo 35: “... *un mismo acontecimiento, o por cualquier otra causa*” o, en mejor técnica, por el Código Civil de Argentina en su artículo 109: “... *un desastre común o en cualquier otra circunstancia*” y la dada por los códigos civiles inspirados en el Código chileno de Andrés BELLO, muy similar a la empleada por el Código Civil costarricense, pero de valor enunciativo o explicativo del fatal *acontecimiento*, de ahí la expresión utilizada en el artículo 65 del Código Civil del Ecuador, artículo 82 del Código Civil de Honduras, artículo 78 del Código Civil de El Salvador, artículo 47 del Código Civil de Nicaragua, artículo 79 del Código Civil de Chile y artículo 95 del Código Civil de Colombia: “... *un mismo acontecimiento, como en un naufragio, incendio, ruina o batalla, o por otra causa cualquiera*”. Una posición peculiar,

pero que se inscribe en este grupo de códigos, ofrece el Código Civil Federal de México que en su artículo 1287 se refiere al perecimiento conjunto por “*el mismo desastre o en el mismo día*”, resultando la segunda posibilidad verdaderamente amplia, como para dar cabida a las más variopintas circunstancias de muertes con proximidad cronológica, sin poderse determinar la prelación o prioridad entre ellas. De todas maneras, no puede perderse de vista una realidad, la mayor parte de los casos de conmorencia conocidos por la jurisprudencia y narrados en la literatura jurídica han correspondido a muertes derivadas de un mismo acontecimiento.

Con una fórmula rígida, exigente de la unidad respecto del hecho causante de las muertes, se pronuncia el artículo 725.1, primer párrafo, del *Code Napoléon*, aún con la formulación dada por la Ley de 3 de diciembre del 2001, al reclamar que se trate de “*un même événement*”, y con ello, el artículo 720 del Código Civil de la República Dominicana, el más exhaustivo seguidor del *Code* francés en su prístina redacción del régimen de presunciones de sobrevivencia y premoriencia. Este cuerpo legal exige que las personas perezcan “*en un mismo suceso*”, lo cual se refuerza en la formulación de los artículos 721 y 722 que se refieren a que las personas hayan muerto juntas. El Código Civil boliviano en su artículo 2, fracción II, se limita a establecer que esa pluralidad de muertes acontezca en “*un siniestro o accidente*”, sin otra posibilidad que ofrecer. En tanto los códigos civiles de Paraguay y Brasil en sus artículos 34 y 8, respectivamente, resultan más ambiguos, al expresar “*una misma ocasión*”, cuando se refieren a la pluralidad de muertes acontecidas, lo que debe traer consigo una ardua labor hermenéutica de los operadores del Derecho, sobre todo de los jueces, para entender si resulta de aplicación tales preceptos cuando las muertes acaecieron en circunstancias y lugares disímiles, aunque no se haya podido determinar la prelación cronológica entre ellas.

3.3. De naturaleza causal: la duda o incerteza del orden cronológico de los fallecimientos

Es este el presupuesto de mayor significación de todos los estudiados, ninguno importa tanto en sede de conmorencia. No basta la muerte de varias personas de las cuales, al menos una pueda adquirir o derivar una facultad o un derecho de otra de las fallecidas, sino que se desconozca, se dude sobre el momento mismo del fallecimiento de cada una. Hay incerteza del momento cronológico de cada deceso, no se conoce la prioridad de los fallecimientos, quién murió antes y quién después.

Desde antaño existió esta duda y siempre se ha tenido confianza en que las ciencias médicas puedan determinar ese dato cronológico del momento exacto de la muerte, cuando esta sobrevino sin presencia de otra persona que pueda certificar ese instante en que finiquita la vida; en ello ha tenido un gran influjo el avance en los estudios de la tanatología forense, pero aun así, resulta imposible determinar el minuto exacto en que aconteció el deceso, cuando ya ha pasado cierto tiempo de este, por lo cual la bruma que se esparce cuando se han sucedido cronológicamente varias muertes, mediando un interregno muy fugaz, es imposible evitarla, la duda cobra sustantividad, a menos que por los distintos medios de prueba franquados *ex lege* pueda descifrarse el enigma de la prelación de muertes, más que el minuto exacto en que estas

acontecieron, lo cual sigue resultándole imposible a las ciencias médicas y biológicas.

CASTIELLA RODRÍGUEZ sostiene con acierto que para evitar la aplicación de la presunción de conmorencia, la primera herramienta la proporciona la medicina, permitiendo, con la máxima seguridad posible, la determinación de la muerte de cada persona. Si bien no es suficiente. Hay supuestos en que las circunstancias en que acontece el fallecimiento hace imposible determinar la data exacta de la muerte, y con ellos precisar el orden de los fallecimientos, como en los casos de desaparecidos sin determinación exacta temporal, de accidentes con fallecimiento casi instantáneo y simultáneo de un colectivo..., de situaciones de descontrol o desconocimiento del fallecimiento hasta transcurrido tiempo suficiente como para hacer inviable la práctica de alguno de los procedimientos de fijación científica del momento de la muerte.⁵³ Algunos autores confían en que los adelantos en el terreno de las ciencias médicas permitan cada día más poder demostrar en estos casos la prelación mortuoria,⁵⁴ mas no siempre ha sido así.

La duda sigue deambulando, cuan un fantasma. Se trata de una duda objetiva, o sea, real, tangible, invencible, que no puede ser disipada utilizándose los distintos medios de pruebas admitidos en Derecho,⁵⁵ dado porque no se conoce el momento exacto de la muerte de los conmorientes y con ello la precedencia de una y otra, siendo suficiente para que se dé esta incerteza, que se desconozca, al menos, el momento exacto del fallecimiento de una sola de las personas fallecidas, cuando el período que media entre las muertes no nos permite determinar con claridad y certeza la sucesión exacta de los fallecimientos y con ello, escudriñar en la premoriencia o en la posmoriencia.⁵⁶

Quede claro que la duda es sobre cuándo acontecieron los fallecimientos,⁵⁷ no sobre si acontecieron y en esto se distingue la presunción *iurus tantum* de conmoriencia, de la declaración judicial de presunción de muerte, pues en esta última hay incerteza del hecho mismo del óbito de la persona desaparecida, mientras que en la primera no se dubita de la muerte, se han constatado los cadáveres, pero se desconoce el momento de los decesos y, con ello, la sucesión exacta de los fallecimientos, requisito esencial para determinar quién o quiénes adquieren los derechos por cumplir con el requerimiento de la sobrevivencia o el de la no premoriencia respecto del titular del derecho (transmitente). Igualmente la conmoriencia es una presunción legal apreciable por cualquier operador del Derecho, con las consecuencias que las normas sustantivas civiles suelen establecer, no con exclusividad de los jueces.⁵⁸ Eso sí, su destrucción cabe solo por vía judicial. Es suficiente acreditar la existencia de ese estado de duda acerca del orden temporal de los fallecimientos, para – como aduce MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ– aplicar este precepto.⁵⁹

No obstante, la expresión con la que principia el artículo 27 de nuestro Código Civil: “*Si se desconoce*”, no es la más idónea para la regulación de la conmoriencia, no se trata tanto de desconocimiento, sinónimo de ignorancia, sino de duda, incerteza, titubeo, indecisión, motivados por ese desconocimiento objetivo. Lo que lleva a aplicar el precepto es la duda sobre el orden o secuencia temporal de los fallecimientos, eso sí, sustentada en esa falta de

conocimiento. Por ello la expresión empleada no es impropia, pero a mi juicio es más feliz “*Si se duda*”, tal y como lo hace el artículo 33 del Código Civil español y otros códigos civiles inspirados en él.⁶⁰

4. La conmorienca: entre una presunción legal *iuris tantum* o una regla sobre el *onus probandi*

El nudo gordiano del tema que vengo tratando se debate en dejar esclarecido si la situación de conmorienca es una presunción legal *iuris tantum*, o simplemente se trata de una regla sobre el *onus probandi*.

Nos recuerda DE LA PLAZA que las “presunciones legales, son aquellas que partiendo de la afirmación de un hecho o una serie de ellos cuya prueba incumbe al que los invoca en su favor (...) dispensan de la prueba de las consecuencias de esa afirmación que de antemano se hallan establecidas por el legislador”,⁶¹ o sea, “es el resultado de un proceso lógico que nos permite pasar de un hecho que conocemos a otro desconocido”.⁶² Ello, en el entendido de que quien resulte favorecido con la presunción legal, sí que tiene que probar el hecho base, del cual se deriva la consecuencia (o hecho presumido).⁶³

Hartamente polémico ha sido desde el punto de vista doctrinal el tomar partido en este orden. En esencia, la doctrina italiana y también la española pueden catalogarse de vanguardistas, sin que se haya logrado en una y en otra unanimidad.

Quienes han comentado el *Codice* esgrimen que la formulación del artículo 4 no contiene el término “presunción” o “presunto”, sino la expresión “*todos se consideran muertos en el mismo momento*”. De otra parte –se agrega– que si la norma del artículo 924 del Código Civil de 1865 tenía una fórmula propia para excluir de las presunciones artificiosas “cualquier razón de verosimilitud”, tanto más es artificiosa la presunción de conmorienca porque “representa una hipótesis extraordinaria, extraordinariamente improbable”.⁶⁴ Por otro lado, la infeliz formulación de la letra de la ley no impide al intérprete –sigue sosteniendo LUZZATTO– de entender que la disposición del artículo 4 tiene un mero contenido negativo (exclusión de las consecuencias jurídicas derivadas de la sobrevivencia de un sujeto a otro, cuando esta sobrevivencia no puede demostrarse), y no también un contenido positivo (presunción de muerte en el mismo instante).⁶⁵ PROTETTÍ defiende la idea de que está latente en el ordenamiento italiano una presunción de conmorienca. En este sentido el artículo 4 no establece una presunción de premoriencia, quien quiera aducirla, corre por su cuenta la carga de la prueba. La norma no adopta los términos “presunción”, ni “supone”, mas se limita a decir que: “... *todos se consideran muertos al mismo momento*”. “Quien pueda demostrar la premoriencia tiene una carga probatoria relativa. De otra parte la conmorienca no es ni imposible, ni extremadamente improbable más, según el *id quod plerunque accidit*, posible y más bien probable, aunque en concreto la conmorienca entre personas ligadas por vínculos de parentesco o de afinidad o conyugal no se verifica normalmente”.⁶⁶ De esta manera, el autor defiende la tesis de que la norma del artículo 4, en efecto, no establece una presunción de premoriencia, sino solamente de conmorienca en la hipótesis en la cual la premoriencia no venga

demostrada. De lo que se deduce que el sistema del ordenamiento italiano es aquel de la carga probatoria, por el cual se tiene respecto a la prueba de la premoriencia o aquella de la sobrevivencia que no cambia los términos generales del artículo 4.⁶⁷

Con parecer contrario, CIAN y TRABUCCI, quienes en los comentarios que dirigen, se apoyan en la Sentencia del Tribunal de Apelación de Florencia, de 4 de marzo de 1959, la cual se pronunciara en el sentido de que la norma contenida en el artículo 4 del *Codice* “no establece una presunción legal de conmoriencia, más aboliendo las presunciones de premoriencia o sobrevivencia contempladas en el Código de Napoleón, implica un reenvío a las reglas generales sobre la carga de la prueba, en el sentido que, la fecha de la muerte cierta de dos o más personas respecto de las cuales se sostiene la premoriencia o la sobrevivencia de una de ellas respecto de la otra, provee la prueba relativa, restando en defecto de ello, no la supuesta conmoriencia sino la prueba de la premoriencia”.⁶⁸

Otro de los clásicos, PERLINGERI, le niega el carácter de presunción. A su tenor, el artículo en examen (el 4 del *Codice*) no suscita contrastes relevantes ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Según este autor, es casi unánime la opinión de que la norma sobre la conmoriencia sea una simple aplicación de los principios en materia de prueba. Así, quien alega un derecho debe probar el hecho constitutivo (*vid.* artículo 2697 del *Codice*), en consecuencia, el hecho de la sobrevivencia, del cual depende la adquisición de un derecho o un diverso efecto jurídico, debe ser probado por aquel que invoca la adquisición. Además, el hecho de la existencia de la persona debe ser también probado al momento de la adquisición del derecho o de otro efecto jurídico (*vid.* artículo 69 del *Codice*). Se excluye, por tanto, que el artículo 4 configure una hipótesis de presunción de muerte en el mismo instante de varias personas, de la cual deriva la inversión de la carga de la prueba.⁶⁹

Por el contrario, otro de los autores célebres del Derecho italiano en las últimas décadas, BIANCA, abraza la tesis de que el *Codice* reconoce una presunción *iuris tantum*, al regular la conmoriencia. A su juicio: “La conmoriencia es objeto de una presunción legal en los casos en los cuales no resulta posible determinar si una persona falleció sucesivamente a otra. Cuando no es posible acertar la sobrevivencia de una persona a otra, la ley presume que han fallecido al mismo tiempo. Esta presunción de conmoriencia vale para todos los efectos que dependan de la sobrevivencia”. Para este autor, el hecho de que sea improbable que la muerte de dos personas ocurra en el mismo instante, no tiene por qué constituir un obstáculo para la presunción legal de su conmoriencia. Por lo demás, la recíproca presunción de no sobrevivir equivale a presunción de conmoriencia.⁷⁰

No menos polémica es la situación entre los españoles. La estudian como una presunción *iuris tantum* DE CASTRO Y BRAVO,⁷¹ DíEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS,⁷² DE LA IGLESIA MONJE,⁷³ PEREÑA VICENTE.⁷⁴ Criterio que se sostiene por autores iberoamericanos como VALENCIA ZEA y ORTIZ MONSALVE,⁷⁵ MONTROYA OSORIO y MONTROYA PÉREZ,⁷⁶ PARRA QUIJANO,⁷⁷ ESPINOZA ESPINOZA,⁷⁸ CLEMENTE DÍAZ,⁷⁹ CAÑIZARES,⁸⁰ DÍAZ MAGRANS.⁸¹ En tanto le ofrecen el

tratamiento de una declaración legal, como resultado de la aplicación de la regla de la carga probatoria consagrada en el artículo 1214 del Código Civil español, LACRUZ BERDEJO,⁸² ROCA TRÍAS,⁸³ CABANILLAS SÁNCHEZ,⁸⁴ GONZÁLEZ GOZALO,⁸⁵ HUALDE SÁNCHEZ.⁸⁶ Sus defensores siguen a BERCOVITZ, en el sentido de entender que la regla contenida en el artículo 33, que a diferencia del artículo 4 del *Codice*, sí emplea el término “*presumen*”, para referirse a los conmorientes, supone la eliminación de toda presunción, y sí en cambio el que se aplique el principio de que quien alegue algo en su derecho debe probarlo. En este sentido –criterio que no comparto–, si ninguno de los interesados puede demostrar que una de las personas murió antes o después (carga de la prueba del orden cronológico de los fallecimientos), resulta entonces admisible que el ordenamiento opte por entender que las muertes se han producido al mismo tiempo, solución que se califica de neutra, en tanto no implica presunción alguna.⁸⁷

Al combatir esta tesis, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, quien también se inscribe entre los que considera, estemos frente a una clásica presunción legal *iuris tantum*, hace un perspicaz análisis del artículo 33 del Código Civil español.⁸⁸ Si como apunta BERCOVITZ, y quienes comparten contemporáneamente su tesis, el precepto contiene una regla sobre la carga de la prueba, análisis que pudiera hacerse extensivo al artículo 27 de nuestro Código Civil, pudiera resultar entonces innecesario el precepto, pues a ese mismo resultado cabría llegar con la aplicación de la carga de la prueba. Quien alegue la sobrevivencia de su causante, como presupuesto para la adquisición de un derecho, tendrá que demostrar tal extremo a través de los medios de pruebas dispensados en Derecho. Lo interesante resulta la solución dada por el legislador, de modo que, si no se logra probar tal extremo, entonces la consecuencia es la aplicación de la presunción legal de conmorencia. Como existe duda sobre el orden cronológico en que acontecieron los fallecimientos, el *onus probandi* le compete a quien alegue la premoriencia o la sobrevivencia, no a quien alegue el estado de duda, de incerteza. En este caso, la presunción le releva de toda prueba. Si no existe prueba, o sea, a falta de prueba que demuestre la sobrevivencia, no hay adquisición de derechos, y como no la hay, tampoco estos se transmiten. Desde este ángulo, el precepto regulador de la conmorencia en el artículo 33 del Código Civil español, refleja las normas sobre distribución de la carga de la prueba.⁸⁹ Pero en todo caso, tanto en el artículo 33 del Código Civil español, como en el artículo 27 del Código Civil cubano, aparece regulada una presunción legal *iuris tantum*, a cuyo tenor, si no se demuestra lo contrario, se presume la simultaneidad en los fallecimientos,⁹⁰ y, como consecuencia, no hay transmisión de derechos entre los conmorientes (aun cuando ello pueda no estar marcadamente explícito en la norma, como en el caso cubano). Lleva razón MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ cuando expresa que “la falta de prueba lo único que permite afirmar en cuanto a los fallecimientos en sí (...) es que se ignora si uno falleció antes que otro, pero también que se ignora si ambos fallecieron simultáneamente”.⁹¹ De ese particular tampoco hay prueba, siendo posible probarlo, si bien, es muy poco factible. De probarse, también eliminaría el estado de duda, pues ya no tendría lugar más la incerteza o dubitación sobre el orden de los fallecimientos, ni tan siquiera se presumiría. De ello se colige –según sostiene el propio autor– que la falta de prueba no solo atañe a los supuestos de premoriencia o

posmoriencia, sino también a la conmoriencia misma. Por ello los preceptos reguladores en los ordenamientos jurídicos sustantivos de la presunción de conmoriencia, no hacen sino presumir que las muertes han acaecido a la vez, extremo que se exime de probar, a quien a su favor pretenda hacer valer la citada presunción.⁹²

Como se esgrime por la doctrina,⁹³ la presunción es una deducción que exige un antecedente conocido (en el caso, la muerte de dos o más personas vinculadas entre sí, por la posible adquisición de un derecho, dependiente de la sobrevivencia o de la no premoriencia de la una respecto de la otra, sin que pueda determinarse el orden cronológico de dichos fallecimientos); un razonamiento (que viene dado porque aquel que logre demostrar la sobrevivencia o la no premoriencia de la persona, respecto de la cual él trae causa, entonces adquirirá el derecho, corriendo a su cargo el *onus probandi* de tales particulares, para lo cual ha de auxiliarse de todos los medios de prueba disponibles, muchas veces informes médicos o de peritos que asistieron a las víctimas del desastre o accidente en que tuvieron lugar las muertes); y un hecho resultante (el reconocer el legislador, a falta de prueba, que las muertes acaecieron simultáneamente, como criterio legal para solventar el conflicto que la duda sobre el momento cronológico de los fallecimientos pudiera suscitar).⁹⁴ De este modo, esa deducción legal en que la presunción *iuris tantum* consiste, supone para el favorecido por ella, el correr el riesgo de perder la protección o el efecto a su favor si se desvirtúan los antecedentes que sirven de fundamento a la deducción, precisamente con el éxito de las pruebas que durante el proceso son propuestas por quien pretenda destruir la presunción y practicadas en su momento procesal por el tribunal, pero a su vez lo exime de probar esa situación fáctica que el legislador deduce. Este fue el parecer expresado en la Sentencia de 10 de marzo de 2003, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 12ª (ponente H. Sellart Oyerai):

Se trataba de un fatídico accidente acaecido el 10 de agosto de 1999 en el término de Pina de Ebro, Zaragoza, donde se vieron implicados los padres D. Narciso y Dª Rosario y la hija de ambos, Juana. Tramitada el acta de declaratoria de herederos en fecha 18 de septiembre de 1999, el notario autorizante declara a Dª Daniela heredera directa de D. Narciso, de tal modo que la Sra. Daniela era heredera del Sr. Narciso, por serlo de la hija de éste Dª Juana. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia declaró íntegramente no haber lugar a la demanda interpuesta por la que se pretendía la modificación de la declaración de herederos. Contra dicha sentencia, la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual fue negado en todas sus partes por la contraparte.

En la sentencia dictada resolviendo el citado recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, dispone que: *“Con arreglo a la ley debe partirse de la presunción de comoriencia que debe ser destruida por una prueba clara y contundente en contrario”*, la cual a la postre resulta trascendente que en las actuaciones del proceso obra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Zaragoza en los autos de procedimiento ordinario 132/02 de fecha 10 de mayo del 2002, admitida como prueba en la segunda instancia, fallo en el cual se estima la demanda formulada también por Dª Daniela, y en la que fue parte el ministerio Fiscal, a cuya virtud *“se declara que la niña Juana falleció con posterioridad a las 5:45 horas del día 10 de agosto de 1999 sin poderse determinar la hora exacta, pero en todo caso en el período comprendido entre las 5:45 horas y las 7:08 horas, momento en que llegó la fuerza instructora que la encontró fallecida”*, por lo que procede conforme a Derecho *“la rectificación de la hora que consta en el certificado la inscripción de defunción en el Registro Civil de Pina de Ebro, Zaragoza”*.b

En tal sentido aprecia la Sala que dicha *“sentencia si bien en sus estrictos términos no deshace la presunción de comoriencia, supone como lógico corolario una prueba*

(...) de que evidentemente la pequeña Juana muere después que sus padres y se apoya en la prueba practicada y muy fundamentalmente en la declaración del médico forense que hace la autopsia de los fallecidos, de la que resulta que Juana muere con posterioridad a sus padres que pierden la vida en el acto ya que las lesiones que les produjo el accidente eran incompatibles con la vida mientras que a la niña se le aprecia una lesión pulmonar que para producirse precisaba unos minutos de vida, de suerte que de esa operación técnico-científica-médica o pericial cualificada que supone la autopsia tiene que llegarse a la conclusión de que los padres premueren a la hija con las implicaciones sucesorias que de ello se deriva”.

“Así pues no cabe duda alguna de la muerte posterior de la pequeña Juana respecto de sus padres, máxime teniendo en cuenta que en materia de estado civil y consiguiente rectificación registral el principio de investigación de la realidad se impone sobre el principio dispositivo de las partes ya que afectan a derechos con una trascendencia pública indudable que conllevan la obligada intervención del ministerio Fiscal”.

“A la luz de la prueba practicada, y en base al (sic) material instructorio aportado en la primera instancia y del que se crea pertinente en la segunda, en las presentes actuaciones ha resultado trascendente pues se ha incorporado la sentencia dictada por el Juzgado de Zaragoza, cabe llegar a la conclusión de que efectivamente la pequeña Juana postmuere a sus padres, como resulta de forma decisiva de la autopsia antes aludida a lo que habría que añadir las manifestaciones efectuadas por los primeros auxilios que se acercan al teatro del accidente, ya que uno de los testigos declara que había una persona que todavía se movía”.

“Como en el automóvil solo viajaban los padres, cuyas lesiones eran del todo tipo incompatibles con la vida, y la pequeña Juana, coincide la testifical con la pericial médica y cabe dar por sentada la pretensión de esa postmoriencia que ahora además viene avalada por el hecho de que la sentencia ya firme del Juzgado de Zaragoza ha declarado como hora de la muerte de la niña una concreta y en todo caso posterior a la de sus padres, siquiera de por fuerza esa sentencia no se pronunció sobre la pre o conmoriencia por la sencilla razón que la pretensión iba encaminada exclusivamente a la rectificación del Registro Civil”.

Todo lo cual motivara que la Sala declarara parcialmente el recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, como única y universal heredera de D. Narciso y de D^a Rosario, a su hija D^a Juana, y única heredera de esta última a D^a Daniela, dejara sin efecto la declaración de ser D^a Daniela heredera directa de D. Narciso, hecha en acta autorizada en fecha 18 de septiembre de 1999, bajo número 1390, de tal modo que la Sra. Daniela es heredera del Sr. Narciso, por serlo de la hija de este D^a Juana. De igual manera se deja sin efecto la declaración formulada en auto de 7 de diciembre de 1999, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Arenys de Mar en los autos núm. 231/99, respecto a los herederos de D^a Rosario y se anula la escritura de aceptación de herencia otorgada por D. Marcelino, D. Carlos Jesús, D^a Julia, D^a Ana María, D^a María Teresa y D. Agustín, en fecha 11 de marzo del 2000, ante notario, bajo el número 333 de su protocolo.

La posibilidad de destruir la presunción legal de conmoriencia, le compete a quien sostenga lo contrario, esto es, quien alegue la sobrevivencia de la persona de la cual trae causa y ello aun cuando conste una verdad distinta en los asientos de inscripción del Registro del Estado Civil, los cuales previamente necesitarán ser rectificadas o subsanados. La Sentencia Nº 211 de 29 de septiembre del 2004, dictada por la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1^a (ponente M.A. Martínez Domínguez), resolvió un caso de esta naturaleza, a cuyo tenor se rectificó el asiento de inscripción del fallecimiento

de una menor, en lo que a la hora concierne, sobre la base de las pruebas practicadas.

El Juzgado de 1ª instancia admitió la demanda interpuesta sobre rectificación de inscripción de nacimiento de Dª Nieves, en lo que respecta a la hora que aparece consignada en el asiento de inscripción de defunción, en tanto se discute sobre la hora del fallecimiento de la menor. De la prueba practicada se infiere que la menor se encontraba viva cuando fue atendida tras el accidente de tráfico en el que fallecieron los familiares (padres, hermanos y abuela) que con ella viajaban, tras lo cual fue trasladada al hospital, habiéndose fijado la hora del fallecimiento más tarde de lo que consta en el registro civil, lo cual evidencia el error de la inscripción de defunción en cuanto a la hora que en ella se hizo constar.

El tribunal de segunda instancia confirmó el fallo del juzgado de primera instancia, en tanto el *a quo* *“comprobó que el fallecimiento de Nieves tuvo lugar a las 18:45 horas del día 1-5-2002; conclusión que tiene apoyo en el conjunto de pruebas practicadas, especialmente en la declaración de los facultativos y de los Agentes de la Guardia Civil que depusieron en el acto del juicio”*, y que acredita la posmorte de la nombrada Nieves, viva aún, cuando fue atendida tras el accidente de tráfico, asistencia que le fuera dispensada, transcurrido cierto tiempo desde que tuvo lugar el siniestro, tras lo cual fue evacuada al Hospital de Guadalajara en una UVI móvil; *“habiéndose fijado la hora aproximada del fallecimiento en virtud de lo manifestado por el médico que inmediatamente atendió a la niña, quien apuntó las 18:45 horas como momento en que se produjo el óbito, lo que evidencia el error existente en la inscripción de defunción en cuanto a la hora que en ella se hizo constar, al ser lo cierto que a las 16:30/17:00 horas la menor aún vivía, según ha resultado acreditado”*.

“Y frente a esta demostración no puede darse prevalencia a la propia inscripción cuando se ha acreditado lo erróneo del dato en ella consignado, como tampoco puede prevalecer lo dictaminado en su momento por el médico forense, que lo fue una vez que se produjo el fallecimiento de la menor, frente a lo declarado por los facultativos que la asistieron mientras que aún estaba con vida, siendo evidente que la información que sobre este extremo proporcionaron los testigos que declararon en el plenario pone de manifiesto la imposibilidad de que la defunción aconteciera en el intervalo horario que señaló el forense y se hizo constar en la inscripción; como también es evidente que la niña no falleció al mismo tiempo que el resto de sus familiares que viajaban en el vehículo, pues estos murieron en el acto, mientras que la menor fue asistida cuando aún se encontraba con vida, conclusión ésta que desmiente la concurrencia de la conmorencia defendida por los demandados, por cuanto es un hecho indiscutible que la menor sobrevivió a sus padres, hermana y abuela que desgraciadamente fallecieron en el siniestro; extremo que incluso fue reconocido por el médico forense en el informe de fecha 13-11-2002, acompañado como documento núm. 11 de los de la demanda”.

En atención a tales consideraciones, sustentadas en las pruebas aportadas, el tribunal confirmó la resolución recurrida, con la consiguiente desestimación de la apelación entablada.

Más complejo lo ha sido en suelo nacional el caso Turruellas, que aún hoy no ha quedado resuelto de manera definitiva por los tribunales, pero en el que igualmente se pretendió destruir la presunción de conmorencia, si bien puede calificarse de caso “torcido” desde el mismo momento en que se tramitó el título sucesorio demostrativo de los fallecimientos *ab intestato* de los conmorientes y se llamó a sus respectivas sucesiones a sus herederos.

El 21 de agosto del año 2004, víctimas de un fatídico accidente automovilístico, fallecen los señores G.J. Turruellas Pérez, C.J. Labrada Santana y sus hijos Je. Turruellas Labrada y Jo. Turruellas Labrada, sin que los médicos pudieran determinar en un inicio el orden de los fallecimientos, consignándose en los respectivos asientos de inscripción de dichos fallecimientos, como hora del deceso las 8:30 de la mañana. Razón por la cual se autoriza por notario público en fecha 25 de octubre del 2004, con el número 806, acta de declaratoria de herederos por la

que se llaman a la sucesión (en pronunciamiento nada técnico), a los ascendientes sobrevivientes de la casi extinguida familia.⁹⁵

Así los acontecimientos, la Sección Primera de lo Civil del Tribunal Municipal de Diez de Octubre, Ciudad de La Habana, conoce los autos del proceso ordinario sobre modificación de acta de declaratoria de herederos, radicado al número 1093/2005, promovido por la Sra. M.M. Turruellas Pérez contra sus ex consuegros, los señores B.V. Labrada Argote y A.D. Santana Díaz y contra el fiscal, para lo cual sustenta su demanda en los siguientes hechos:

Que *a posteriori* de la autorización de la citada acta de declaratoria de herederos de los causantes, fue subsanada, por padecer error material en la hora consignada en el asiento de inscripción del fallecimiento del señor G.J. Turruellas Pérez, en tanto su fallecimiento había acaecido a las 9:30 a.m. y no a las 8:30 a.m. como por error se había consignado, subsanación material que se practicó por Resolución Nº 34 de 24 de marzo del 2005, dictada por el registrador a cargo del Registro del Estado Civil de Matanzas, en la cual también fue subsanado lo referente al estado conyugal del difunto, dado que al fallecer después de su esposa, este era viudo, y no casado como se había expresado. Se articula también lo referente a que el acta de declaratoria de herederos tramitada no debía ser múltiple, sino independiente para cada uno de los causantes, partiendo de la presunción de conmorienca, como lo hizo el notario autorizante. En consecuencia, la parte actora interesa se modifique el acta de declaratoria de herederos, declarándose intestado el fallecimiento de la señora C.J. Labrada Santana y como sus únicos y universales herederos a sus progenitores y su cónyuge *supérstite*, e intestado el fallecimiento del señor G.J. Turruellas Pérez, y como su única y universal heredera a su señora madre, dado que sus hijos y su cónyuge le premurieron (mientras en nada se pronuncia respecto de las declaratorias de herederos de los hijos). Demanda que fue contestada por la señora A.D. Santana Díaz, oponiéndose en parte a ella.

La Sección en su Sentencia Nº 1355 de 27 de diciembre de 2005 (ponente E. Fernández Sánchez), en su segundo considerando valoró que la parte actora había logrado probar, conforme con la carga de la prueba que le incumbía, según el artículo 244 de la LPCAL, que la señora C.J. Labrada Santana y sus dos hijos Jo. y Je., de apellidos Turruellas Labrada, habían premuerto al señor G.J. Turruellas Pérez, por lo cual se cumplía la premoriencia, con incidencias en la delación sucesoria, al modificarse los llamados en la manera dispuesta en el acta de declaratoria de herederos autorizada notarialmente en fecha 25 de octubre del 2004, número 806, según lo había argumentado la parte actora. En consecuencia se dispuso, según las prescripciones legales contenidas en los artículos 509 y 515.1 y 2 del Código Civil y 16, inciso d), de la Ley de las Notarías Estatales, modificar el acta de declaratoria de herederos de referencia, en lo relativo a que el señor G.J. Turruellas Pérez posmurió a la señora C.J. Labrada Santana y a sus dos hijos Jo. y Je., de apellidos Turruellas Labrada, y por lo tanto, concurren a la herencia sus ascendientes (*sic*), en unión del cónyuge sobreviviente, el señor G.J. Turruellas Pérez, mientras que en relación con el causante G.J. Turruellas Pérez, solamente le hereden los ascendientes (*sic*), por haber premuerto el cónyuge.

Contra dicha sentencia se estableció recurso de apelación, radicado al número 58/2006, resuelto por la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, de la cual fue ponente la jueza B. Torres Torres, recurso que fue sustentado por la parte impugnante de la sentencia en la no admisión de una amplia prueba documental propuesta, al solicitarse que se librara despacho al Tribunal Provincial de La Habana, para que este enviara los autos contenidos en la causa penal radicada al número 308/05 de dicho foro, en razón del accidente automovilístico en que perdiera la vida la familia Turruellas y en la valoración que hace el tribunal *a quo* de las pruebas practicadas, sobre todo de la certificación de defunción en la que se hicieron constar las subsanaciones

interesadas por la contraparte, dado que las propias subsanaciones se habían realizado sobre la base de pruebas falsas.

El citado recurso fue resuelto por Sentencia Nº 53 de 24 de mayo del 2006 que en su único considerando lo desestimó, ratificando en todas sus partes la sentencia de instancia, por ajustarse a Derecho, dándole valor prevalente a la certificación de defunción del causante G.J. Turrueñas Pérez para la modificación del acta de declaratoria de herederos interesada, la cual refuta la presunción de conmorienencia, tenida en cuenta por el notario autorizante del acta de declaratoria de herederos Nº 806 de 25 de octubre del 2004.

Contra la citada sentencia se interpuso recurso de casación, radicado al número 536/2006, sustentado el motivo alegado en el concepto de que la sala de instancia había colocado a la parte recurrente en estado de indefensión al rechazar la apertura a pruebas por motivo de hechos conocidos con posterioridad a la oportunidad procesal correspondiente de la proposición de pruebas en la primera instancia, a fin de practicar las que sin dudas acreditan que ciertamente no existió conmorienencia entre los causantes,⁹⁶ ya que no fue G.J. Turrueñas Pérez quien sobrevivió por una hora a los otros fallecidos, pues llegó occiso al hospital, sino su hija Je. Turrueñas Labrada, quien llegó con vida una hora después a la institución hospitalaria y falleció mientras era intervenida quirúrgicamente, por lo que la sentencia dictada no era ajustada a Derecho y debía revocarse.

Recurso que es resuelto por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en Sentencia Nº 530 de 11 de agosto del 2006 (ponente O. González García) por la que se declara CON LUGAR, sustentado en presupuestos netamente procesales, al no admitirse en la instancia, pruebas de vital trascendencia para acreditar la posmoriencia en el orden cronológico de los fallecimientos, para lo cual arguye la Sala que: *“... habida cuenta que con las denegadas a la quejosa, como manifiesta en el concepto de la infracción, intentaba demostrar que fue otro de los occisos y no el declarado por la sentencia interpelada, quien por el breve espacio de una hora aproximadamente sobrevivió a los restantes fallecidos en el fatídico accidente de tránsito en que se vieron involucrados, lo que evidentemente resulta trascendente en el pleito, ya que modificaría sustancialmente la forma en que la sucesión intestada tendría lugar, y acreditado que fue únicamente después de múltiples gestiones y ya vencido el término de proposición de pruebas en primera instancia que la recurrente tuvo a su disposición la documental que en apelación aportó, que por demás desvirtúa diametralmente la que obra a foja treinta y dos del expediente de primera instancia, que sirvió como fundamento del fallo; obró con desacierto la sala al denegar la apertura a pruebas en apelación, cuando correspondía conforme al artículo seiscientos veintitrés, inciso tercero, de la ley de trámites civiles, y practicar no sólo las propuestas sino todas aquellas que le condujeran a convicción sobre la verdad material, que en justicia debe prevalecer sobre las formalidades del proceso”*. Razón por la cual se casó y anuló la sentencia interpelada y al propio tiempo se dispuso que volvieran *“las actuaciones al tribunal de su impulso para que, reponiéndolas al momento de sustanciación del recurso, admita la solicitud de apertura a pruebas en segunda instancia, practique las propuestas y las que estimare necesarias para arribar a convicción y resuelva el recurso de apelación establecido conforme a derecho”*.

En cumplimiento de lo dispuesto en el fallo de la Sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, la propia ponente del tribunal de segunda instancia en el único considerando de la Sentencia Nº 95 de 13 de octubre del 2006, después de practicadas las pruebas interesadas por la parte recurrente,⁹⁷ y cuya no admisión en segunda instancia, motivó la nulidad de la sentencia del Tribunal Provincial, desestimó el recurso, basado en que *“lo alegado constituye cuestión distinta a lo que fue objeto de discusión en primera instancia mediante demanda establecida por la contraparte, que lo es la modificación de dicha acta notarial en el sentido de la inclusión de heredero de una de las personas de cuya sucesión se trata (...), y no de un proceso distinto que en todo caso con competencia diferente correspondería para la solución de la nueva tesis o posición que en el presente*

proceso indebidamente plantea”, para lo cual el Tribunal no descarta que cualquiera de las pruebas practicadas pudieran revertirse en el propio beneficio de la recurrente, a los fines hereditarios pretendidos, pero ello en el proceso que corresponda.

Interpuesto de nuevo recurso de casación, radicado al número 851/2006 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, se acusa la irracionalidad en la valoración de las pruebas, concretamente la de documentos, de libro y testifical practicadas, en tanto que a juicio del recurrente quedó demostrado que: “G.J. Turruellas Pérez llegó fallecido al hospital, mientras que su hija llegó con trauma severo con peligro para la vida, postmuriendo a sus padres y hermano, a lo que se muestra indiferente la autoridad juzgadora a pesar de justificar la improcedencia de la modificación del Acta de Declaración de Herederos del mismo, siendo Je. la única que provoca postmoriencia”. Recurso resuelto por la Sentencia № 831 de 22 de diciembre del 2006 (ponente I. Arredondo Suárez), que lo declara CON LUGAR sobre la base de la valoración de las pruebas practicas en la segunda instancia, las que juzgan se apreciaron con error, con trascendencia al fallo: *“si se tiene en cuenta que las practicadas, tales como la documental pública que aportara consistente en certificado expedido por la Jefa del Departamento de Registros Médicos con vista a los certificados de defunción médico-legales, las actuaciones policiales y los controles de certificados de lesiones, la de libros consistente en el examen de los del Registro y Control de Certificados de Lesiones y de Incidencias, así como la testifical, justifican que contrariamente a la situación fáctica que sostiene el fallo del tribunal municipal y que confirma con su fallo desestimatorio la segunda instancia, no se cumple respecto al causante G.J. Turruellas Pérez la alegada postmoriencia y es que, aun haciendo abstracción de lo improcedente de que se haya tramitado Acta de Declaratoria de Herederos Múltiple referida al deceso intestado de cuatro personas con tronco, sucesores y patrimonios distintos, (...) la Sala de apelación ha soslayado la circunstancia de que al derivarse la modificación de dicha acta en que aquel sobrevivió a su esposa y a sus descendientes con base a la hora en que se confeccionó la certificación de su defunción, cuando los medios probatorios acreditan que realmente llegó fallecido al centro hospitalario y que en cambio su hija arribó con vida aunque con lesiones graves que en definitiva le ocasionaron la muerte, máxime cuando consta de la referida acta que el fedatario sólo tuvo a su vista una certificación de defunción cuando fueron cuatro los causantes sobre los que se produjo la delación legal a sus sucesores; de modo que, mantener lo resuelto por razones formales que emanan de la interpretación que en su momento la Sala juzgadora dio a lo que de autos consta, laceraría la buena administración de la justicia a que somos llamados quienes tenemos la función de impartirla, con mayor razón cuando el negar la pretendida postmoriencia del finado Turruellas Pérez y por ende la modificación del acta en el sentido interesado no obliga a que en este propio proceso se pronuncie el órgano jurisdiccional sobre cuestión distinta a la pedida en el pleito y por demás correspondiente a proceso de distinta naturaleza como sería la acción de nulidad de dicho instrumento y la consiguiente declaración de Je. Turruellas Labrada como única y universal heredera de sus progenitores y, siendo así, es obvio que la Sala de apelación incurrió en la infracción que se denuncia, lo que fuerza a que sea estimado el motivo examinado y, sin necesidad de examinar el otro planteado, se acoge el recurso establecido, casando y anulando la sentencia impugnada”.*

En consecuencia, en el fallo de la segunda sentencia dictada por ese propio tribunal se dispone declarar CON LUGAR el recurso de apelación de que se trata, y se revoca la interpelada Sentencia № 1355 de 27 de diciembre del 2005, dictada por la Sección Primera de lo Civil del Tribunal Municipal Popular de Diez de Octubre, disponiendo declarar SIN LUGAR la demanda que estableciera M.M. Turruellas Pérez.

En fin, los casos resueltos, tanto por los tribunales españoles como cubanos, nos dan la razón. Estamos frente a una presunción legal *iuris tantum*, solución dada por el legislador ante la imposibilidad de probar la premoriencia o

sobrevivencia de un sujeto respecto del otro, de modo que hay que entender que quien quiera demostrar lo contrario tiene a su favor los medios de prueba admitidos en Derecho.⁹⁸ Como diría con agudeza DE LA PLAZA al referirse a la construcción técnica de las presunciones, esta “se identifica(n) con el precepto de Derecho positivo que, sin necesidad de la prueba exigida para los casos normales, autoriza, en determinadas circunstancias, para tener por justificado un hecho. Es decir, no se trata de una *regla de prueba*, sino de un instituto concebido en contemplación del *onus probandi*, que nació por necesidades procesales y que, en realidad, por necesidades procesales se mantiene”.⁹⁹

5. Especial referencia a la aplicación del criterio neurológico de diagnóstico de muerte, excluyente *per se* de situaciones de conmorienencia

Hace años una mente preclara como la del maestro VALLET DE GOYTISOLO, ponía énfasis en los retos que para el Derecho de Sucesiones la aplicación de criterios, como el neurológico para el diagnóstico de la muerte, podía representar. Según su parecer: “... la consideración de médicamente muerto de aquellos a quienes el encefalograma resulte plano, aunque el corazón aún les lata tenuamente, al ser juzgados aptos para sufrir su trasplante; y la combinación (...) con el sostenimiento artificial de la vida hasta que los riñones u otro órgano estén preparados para ser trasplantados, momento en que, tras de ellos, se corta el hilo que mantenía la vida artificialmente... pueden crear, también al derecho de sucesiones, problemas muy graves. Así ocurrirá cuando concurren con proximidad cronológica dos muertes de este tipo, o una con otra natural, entre personas de las cuales a una, en caso de sobrevivir a la otra, le correspondería ser heredera, o si ambas estuvieren recíprocamente designadas herederas o sustitutas, o bien si cada una hubiese instituido heredero a la otra en su respectivo testamento. ¿Hasta qué punto puede darse valor jurídico, en estos casos, a la determinación cronológica del instante de la muerte?”.¹⁰⁰

Por supuesto, el avance de las ciencias médicas y aun la evolución del Derecho, que se ha visto forzado a ponerse a tono con aquellas, ha conducido a que la preocupación del eximio jurista se atenúe, si bien no pudiera decirse que ha desaparecido. No abriga duda la aplicación del criterio neurológico de determinación de la muerte, según la literatura científica en este orden,¹⁰¹ incluso según la propia Iglesia Católica.¹⁰² Lo que resulta interesante, para no decir preocupante, en el orden del Derecho Sucesorio, es la data exacta de la muerte, cuando el criterio que se utiliza por los médicos es el neurológico. Está claro que para el médico diez o quince minutos no tienen una importancia trascendental en el diagnóstico de la muerte. El médico se preocupa más por la vida del paciente, que por la muerte, la cual muchas veces se acepta como una derrota. Por demás, no todos los pacientes son dadores potenciales de órganos y tejidos, y aun cuando lo sean, unos minutos más o menos no tiene por qué provocar la imposibilidad de utilización de los órganos, pero esos minutos sí que pueden importar y mucho al Derecho de Sucesiones, sobre todo cuando el orden cronológico de los fallecimientos trasciende para la adquisición de un derecho.

Es relativamente frecuente que el diagnóstico de muerte, según criterio neurológico, venga motivado por un trauma craneal severo, consecuencia de un accidente de tráfico, en el cual estén incursos, personas con vínculos parentales o conyugal, y con ello, con ciertas expectativas sucesorias, lo mismo a tenor de una sucesión testamentaria, que de una *ab intestato*, o más allá incluso de la adquisición de un derecho de naturaleza hereditaria, dado que es lógico que personas unidas por vínculos de esta naturaleza viajen juntas, ya sea en un automóvil, en un tren, o en un avión, o en cualquier otro medio de transporte, si bien es cierto que no todas las personas que sufren un mismo accidente, mueren por la misma causa orgánica, simplemente me proyecto en el campo de las probabilidades. ¿Qué sucede entonces cuando dos o más personas en estas circunstancias son atendidas en una unidad de cuidados intensivos, respecto de las cuales se sospecha un fatal diagnóstico de muerte?

La respuesta jurídica depende, en todo caso, de la médica. En Cuba, la Resolución № 90/2001 de 27 de agosto, dictada por el Ministro de Salud Pública, contentiva de los principios para la determinación y certificación de la muerte, lo ha dicho bien claro en su apartado cuarto, cuando deja en manos del médico que diagnostica la muerte, previa evaluación del caso, la expedición del certificado médico de defunción, para lo cual *“se consignará como la hora del fallecimiento aquella que de conformidad con sus conocimientos científicos coincida con el establecimiento de los signos constatados”*, lo que resulta más polémico cuando se aplica el criterio neurológico, cuyos signos ciertos para diagnosticar la muerte están regulados en el Anexo II de la mencionada resolución.

Adviértase que no es lo mismo diagnosticar la muerte según un criterio cardiorrespiratorio, que conforme con el neurológico, entre otras tantas razones por la complejidad técnica del segundo que conlleva a que los dispositivos técnicos al alcance del médico y el lugar mismo en que la exploración se realiza, exijan condiciones de alta tecnología. Ello, sin obviar que mientras cualquier médico por sí solo puede diagnosticar la muerte de un ser humano según criterio cardiorrespiratorio, la propia resolución exige en su apartado tercero que: *“Cuando se sospeche como signo de muerte la pérdida irreversible de las funciones encefálicas, la valoración se hará por una comisión de especialistas designados por resolución del director de cada una de las instituciones acreditadas”*, ergo, no basta con el criterio de un solo médico, se trata de un criterio colectivo, tampoco de cualquier colectivo, sino de uno formado por médicos con especialización, habilitado a tal fin, por el director de la institución, que tampoco puede ser cualquiera, sino una institución acreditada para ese proceder, habilitación que formalmente ha de contenerse a través de un acto administrativo (resolución). Precauciones tomadas por el autor de la norma, en aras de garantizar la pericia técnica de quienes tengan la alta responsabilidad de determinar si estamos frente a una persona o a un cadáver.

El estudio del Anexo II nos motiva aún más a la reflexión. La realización del diagnóstico de muerte encefálica exige el cumplimiento de varias precondiciones, que resulta necesario decantar para evitar un fallido diagnóstico y dentro de los criterios diagnósticos de pérdida irreversible de las

funciones encefálicas, se encuentra el período de observación, el cual puede convertirse en un elemento polémico, si bien útil para el médico,¹⁰³ en lo que concierne a la posible adquisición de derechos de uno a otro sujeto. Supongamos que A y B están internados en una UCI, en tanto se sospeche para ambos la pérdida irreversible de las funciones encefálicas. Para su definitivo diagnóstico, importará la aplicación del período de observación, el cual según se prevé, *“puede acortarse a criterio médico, de acuerdo con las pruebas instrumentales”* que se practiquen, teniéndose en cuenta, además, que si el diagnóstico es únicamente clínico, se recomienda repetir la exploración neurológica según diferentes períodos, que pueden fluctuar desde las seis horas en los casos de lesión destructiva conocida, a las 24 horas, en los casos de encefalopatía anóxica, tornándose más compleja la situación cuando se sospeche la existencia de intoxicación por fármacos o sustancias depresoras del sistema nervioso central, supuestos en los que el período de observación debe prolongarse, a criterio médico, de acuerdo con la vida media de los fármacos o sustancias presentes y las condiciones generales del paciente, particular este último ilustrativo del carácter inexacto de las ciencias médicas.¹⁰⁴

De cuanto vengo exponiendo va quedando claro que la conmorienencia es muy poco probable en situaciones de esta índole, dado que como se reitera en el último párrafo del citado Anexo II: *“Al aplicarse los criterios neurológicos de diagnóstico de muerte, el médico no expedirá la certificación de defunción hasta que no se hayan cumplido cada uno de ellos, para lo cual consignará aquella hora que coincide con la conclusión del proceder”*, particular que habrá de ser tenido en cuenta por el facultativo para expresar con exactitud la hora del fallecimiento. Razón que nos induce a reflexionar la poca posibilidad de situaciones de conmorienencia, pues solo en el supuesto de que los sujetos llamados a adquirir derechos entre sí, sean diagnosticados por equipos médicos diferentes, bajo una coincidencia muy poco probable, pudieran protagonizar una situación de conmorienencia, pues las condiciones en que se practica el diagnóstico aleja toda duda sobre el orden cronológico de los fallecimientos, y aquí se sustenta la dubitación del maestro VALLET, queda en manos de los médicos la determinación exacta del momento del fallecimiento, a partir de las condiciones objetivas del lugar en que se diagnostica, el número y tipo de pruebas instrumentales que se deben realizar,¹⁰⁵ conforme con las características particulares de cada paciente y las contribuciones diagnósticas de dichas pruebas. En todo caso hay que presumir el actuar honesto y leal de los médicos que diagnostican la muerte, dado que en tales circunstancias, el solo hecho de que el colectivo médico que hace el diagnóstico, intencionalmente, priorice un sujeto, antes que el otro, conduciría a una situación de favorecimiento de los causahabientes de uno en desmedro de los del otro, con muy pocas probabilidades de rectificación o subsanación del asiento de inscripción del fallecimiento, ya que la aplicación de este criterio está en manos de todo un colectivo médico que actúa acorde con sus conocimientos científicos, de modo que, tal diagnóstico no procederá sino cuando se hayan podido constatar todos los signos ciertos de la muerte, ante lo cual los medios de prueba para demostrar la intencionalidad en la precedencia de un diagnóstico respecto de otro, resultaría muy difícil de articular. En tanto la presunción de conmorienencia prevista en el artículo 27 del Código Civil difícilmente operará en estas circunstancias.

6. Repercusiones sucesorias de la conmoriencia: ¿Acaso excluye la procedencia del *ius repraesentationis* y de la sustitución vulgar?

La conmoriencia tiene consecuencias muy peculiares en sede de sucesión *mortis causa*. Si no se logra probar la sobrevivencia, no existe causahabiente y, como resultado, no hay adquisición derivativa de derechos. Si dos personas llamadas a suceder fallecen, sin poderse determinar el orden cronológico de dichos fallecimientos, si ambas estaban llamadas a suceder, no sucederá la una de la otra, ni viceversa, razón por la cual los códigos civiles regulan que no tendrá lugar transmisión de derechos entre ellas, si bien hay códigos civiles que resultan explícitos respecto de tal particular, evitando cualquier otra interpretación,¹⁰⁶ en tanto otros, como el cubano en su artículo 27, se limita a regular que: “*se presumen muertas al mismo tiempo*”, sin ser más explícitos en los efectos que la presunción de conmoriencia provoca en sede de sucesión por causa de muerte, lo cual no niega que sean estos efectos los resultantes de la presunción y no otros.¹⁰⁷

Luego, la conmoriencia impide la posibilidad de transmitir derechos de una sucesión a otra, aniquila un posible *ius transmissionis*, bajo el refugio del artículo 529 del Código Civil, entre los conmorientes no hay transmitente, ni transmisario, de la misma manera que no hay causante, ni herederos, dada la imposibilidad de determinar quién murió primero y quién después.

Empero, la consecuencia, que explícita o implícitamente, conlleva la aplicación de la presunción *iuris tantum* de conmoriencia, no puede dañar la posibilidad de *ius repraesentationis* como forma de suceder. Ello, con los tiempos, ha ganado adeptos. Por supuesto, en el derecho de representación, los representantes nada adquieren del representado, son llamados, en defecto del representado, recibiendo en conjunto la cuota viril de este, si hubiera podido o querido heredar, de modo que en el supuesto de conmoriencia, como el representado no ha podido heredar, su lugar lo ocupan sus descendientes (ya sean todos, o sus hijos, en el caso de los colaterales privilegiados –sobrinos estos del causante–, *vid.* artículo 521 del Código Civil cubano). Se trata, pues, de una delación inmediata a su favor, salvo el supuesto de renuncia del representado, en que la delación será sucesiva.¹⁰⁸

En la doctrina argentina, el tema ha sido tratado doctrinal y jurisprudencialmente. Autores como LLERENA y ZANNONI han defendido la posibilidad de operancia del derecho de representación en supuestos de conmoriencia. LLERENA, comentando el artículo 109 del Código Civil argentino, dice: "Lo natural es que, en la suposición de que murieron a un mismo tiempo, no haya entre ellos transmisión alguna de derechos, como dice nuestro artículo. Vendrá, en tal caso, el derecho de representación";¹⁰⁹ mientras ZANNONI, respecto del criterio que en caso de conmoriencia niega el derecho de representación, sostiene que tal solución peca de inconveniente e injusta en diversos aspectos y por ello ha sido criticada, admitiéndose, no obstante, el derecho de representación por el juego interpretativo de los artículos 3550, en cuanto al fundamento del llamado derecho de representación y las excepciones

al principio de que no se puede representar sino a personas muertas que enuncia el artículo 3554 (*vid.* también artículos 3552, 3301 y 3749).¹¹⁰

Por su parte, MEDINA en sus comentarios al artículo 3554 del Código Civil argentino, regulador del derecho de representación, equipara el tratamiento que el legislador dio a la premoriencia, a supuestos de conmoriencia, dado que dicho precepto presupone, para que tenga lugar el *ius repraesentationis*, que el representado esté muerto, sin especificar si esa muerte es anterior o concomitante con la del causante.¹¹¹ A su juicio, “para que funcione el derecho de representación la ley solamente requiere que el representado no viva al momento de la apertura de la sucesión, y este requisito se cumple en el caso de conmoriencia”.¹¹²

En la jurisprudencia de ese propio país este criterio también se ha defendido con vehemencia. La Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Sala II, conoció del caso Minghetti, cuyos fundamentos fácticos se fundamentaba en lo siguiente:

Hugo Minghetti, el causante de autos y su hermano Oscar Minghetti, habían fallecido el mismo día –13 de mayo de 1995–, y a la misma hora –22 aproximadamente. El causante era de estado civil soltero, sin ascendientes, ni descendientes, siendo hermano, además, de Graciela Minghetti. Oscar Minghetti era casado, de cuya unión nacieron dos hijos M. y M. Minghetti. Los sobrinos del causante, por intermedio de la representante necesaria –su madre– aspiraron a heredarlo por representación, lo que les fue denegado a través de la declaratoria, bajo el argumento de configurarse la situación prevista en el artículo 3419 del Código Civil argentino, contra lo cual interpusieron recurso. La pretensión concreta se formulaba en estos términos: ¿Es ajustada a Derecho la declaratoria de herederos, en cuanto negó derecho de representación a los sobrinos del causante?

El juez ponente del caso sustentó su tesis defensiva del derecho de representación, con argumentos que bien vale la pena reproducir, por ser de aplicación no solo en el contexto argentino; para ello se basó en las soluciones jurisprudenciales precedentes y en los criterios de la doctrina científica nacional. De modo que según su criterio: “... el art. 109 del Cód. Civil al establecer la presunción de conmoriencia sólo prohíbe alegar transmisión alguna de los derechos entre los hermanos fallecidos en el mismo acto, pero no impide que los hijos de uno de ellos concurren a la sucesión del tío soltero, sin ascendientes y descendientes, ejerciendo el derecho de representación que expresamente les otorgan los arts. 3560 y 3561 del Cód. Civil”.

*“No se puede alegar transmisión alguna de derechos entre los conmorientes, pero ello no puede servir de base para negar el derecho de representación, bastando para evidenciarlo que en éste, del causante nada transmite al representado, ya que la transmisión se opera a favor del representante que ocupa su lugar, requiriendo la ley que el representado no viva al momento de la apertura de la sucesión y en la conmoriencia se cumple tal requisito”.*¹¹³

Entre los españoles también se defiende este criterio. Para RIVAS MARTÍNEZ: “Si se trata de conmoriencia de padre e hijo, los nietos no sucederán como transmisarios del padre, sino por derecho de representación; y ello, porque el derecho de transmisión implica sobrevivencia del heredero al causante, mientras que el derecho de representación presupone premoriencia del heredero al causante”.¹¹⁴ PEREÑA VICENTE entiende que “aunque se exige como presupuesto para que tenga lugar el derecho de representación la premoriencia del representado, en el supuesto en que sea aplicable la presunción de conmoriencia, también se verificará la representación cuando se cumplan todos los requisitos que para ello exigen los artículos 924 y siguientes del Código

Civil, pues lo que se exige es que el representado no haya podido adquirir la herencia del causante por causas ajenas a su voluntad, que no haya sobrevivido al causante, lo que ocurre en este supuesto, aunque no le haya premuerto en sentido técnico, basta que no exista al momento del fallecimiento del causante”.¹¹⁵ Mientras que, entre nosotros, CHIKOC BARREDA, quien sigue el criterio de GUILARTE ZAPATERO, insiste en que la falta de transmisión de derechos de uno a otro de los conmorientes no es obstáculo para la existencia del derecho de representación, sino que más bien funciona como causa de este, en tanto el representante no adquiere derecho alguno del representado, sino directamente del causante, por lo que aplaude la idea de acudir a la analogía para integrar la laguna que la ausencia de una norma jurídica regulatoria de la conmoriencia como supuesto que genera derecho de representación, provoca, para lo cual el supuesto de premoriencia y el de conmoriencia deben tener el mismo régimen.¹¹⁶

Entre los códigos civiles que regulan expresamente este supuesto cabe mencionar el de Québec en su artículo 660, a cuyo tenor: *“La représentation est une faveur accordée par la loi, en vertu de laquelle un parent est appelé à recueillir une succession qu'aurait recueillie son ascendant, parent moins éloigné du défunt, qui, étant indigne, prédécédé ou décédé au même instant que lui, ne peut la recueillir lui-même”*; el de Bélgica en su artículo 744, tercer párrafo (según redacción dada por la Ley de 19 de septiembre de 1977 en su artículo 3), conforme con el cual: *“La représentation a lieu en cas de décès simultané comme en cas de prédécés”* y también el Code Napoléon, tras la redacción dada a su artículo 725.1 por la Ley de 3 de diciembre del 2001, a cuyo tenor se lee: *“Toutefois, si l'un des codécédés laisse des descendants, ceux-ci peuvent représenter leur auteur dans la succession de l'autre lorsque la représentation est admise”*, lo cual ha sido calificado de avance legislativo.¹¹⁷

De todo cuanto se ha venido hablando no cabe dudas que aun cuando el artículo 512 en relación con el artículo 514.4 se refieren a la premuerte como causa de apertura del derecho de representación en la sucesión *ab intestato*, si bien los artículos 514.3 y 521.1 aluden a “fallecidos”, sin apellidar si se trata de prefallecidos o cofallecidos con el causante, una interpretación extensiva de la norma haría posible que el derecho de representación para el supuesto de conmoriencia, tenga lugar.¹¹⁸ La misma *ratio* que justifica la apertura del *ius repraesentationis* para el caso de premuerte, existe para el de comuerte, al fin y al cabo, el representado no puede acudir a la sucesión, lo mismo si murió antes, que si su muerte coincidió con la del causante. Es la ley la que llama a los descendientes del conmuerto (representantes), directamente, no como causahabientes del representado, quien tampoco puede tildarse de causahabiente del causante. No hay transmisión del *ius adeundi*, sino representación sucesoria.

Si se admite entonces el *ius repraesentationis* en caso de conmoriencia, *a fortiori*, hay que dar cabida a la sustitución vulgar, fruto esta última de la autonomía de la voluntad del testador, institución que tiene como cometido el prevenir y evitar, a toda costa, la sucesión *ab intestato*. Para RIVAS MARTÍNEZ, en el caso de conmoriencia entre el testador y el sustituido, si la cláusula testamentaria no comprende todos los casos en que puede nombrarse un

sustituto, o previéndose solo la premoriencia, tendrá lugar la sustitución a favor del sustituto vulgar y ello, porque el heredero sustituido, no puede llegar a ser heredero por no sobrevivir al momento de la apertura de la sucesión (situación de conmorencia del testador y del heredero sustituido), solución que se desprende –a juicio del autor–, con toda claridad del artículo 33 del Código Civil español, salvo que como se prevé en esta norma, si se logra probar la muerte anterior del testador, entraría en juego el derecho de transmisión (según lo previsto en el artículo 1006) a favor de los herederos del sustituido, con exclusión de la sustitución vulgar.¹¹⁹

Es cierto, igualmente, que el artículo 482 del vigente Código Civil, regulador de este instituto sucesorio, prevé el nombramiento de sustituto, entre otros supuestos, para el caso de premoriencia, no así de conmorencia, pero un sentido de justicia llevaría a la inclusión de este supuesto no expresado literalmente en la norma, pero entendido incluido en ella, si se hace una interpretación extensiva. No creo tampoco que los supuestos regulados por el legislador en sede de sustitución vulgar, lo sean *numerus clausus*. Tras un intento de búsqueda de la finalidad de la figura de la sustitución hereditaria, no nos quedaría otro que encontrarla en la previsión de evitar un *ab intestato* para los supuestos de no concurrencia del instituido heredero en primer orden, bien porque no pueda o no quiera, y tanto no puede concurrir el que falleció antes que el testador, como el que falleció simultáneamente, una interpretación extensiva de la norma nos abre el diapason para admitir este supuesto.¹²⁰ Lo que importa es que cuando se abrió la sucesión del causante, el nombrado heredero ya no existía físicamente, no puede heredarlo, pues no cumple con el requisito de sobrevivencia, presupuesto *sine que non* para que tenga lugar la sucesión por causa de muerte.¹²¹

Resulta interesante en tal sentido el caso sometido a consideración de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña en el recurso gubernativo interpuesto por un notario de Barcelona contra la calificación de la registradora de la propiedad Nº 2 de Sant Feliu de Llobregat, denegatoria de la inscripción de una escritura de manifestación de herencia que tiene por base una sustitución vulgar establecida para el caso de muerte simultánea del testador y de la heredera instituida en primer lugar, resuelto por la Resolución de 28 de noviembre del 2005 de la citada Dirección,¹²² en la cual se ofrece una interesante interpretación de la figura de la sustitución vulgar, en lo que a los supuestos comprendidos en ella concierne, si bien en el caso no se dio una situación propiamente de conmorencia, todo lo contrario, premurió la instituida heredera al testador, cuando la cláusula de sustitución comprendía, al menos según su tenor literal, solo la muerte simultánea del testador y de la heredera instituida, empero la Dirección General determinó a bien estimar el recurso interpuesto y revocar la nota de la registradora sobre la base de considerar que ha de interpretarse *“la voluntad del testador más allá de la literalidad de la expresión muerte simultánea en el sentido que, empleándola, estableció una sustitución vulgar en favor (de su sobrino), para el caso que no fuese efectivo el llamamiento a favor de su esposa (...) y, también, que en el Derecho catalán, excepto que sea clara la voluntad del testador de ordenar la sustitución vulgar exclusivamente para un caso concreto, la sustitución ordenada para un caso se extiende a todos los otros y que el uso de la expresión 'muerte simultánea' no*

excluye el caso de premoriencia ni ningún otro caso en que el heredero instituido en primer lugar no quiera o no pueda ser heredero".¹²³

No obstante, aunque el fallo le fue favorable al sustituto vulgar del testador, en sede testamentaria, vale predicar la claridad que han de tener las cláusulas testamentarias, por ello lleva verdad VALLET DE GOYTISOLO cuando expresa que: "La sucesión de una a otra persona fallecidas en un mismo evento, o a favor de otra tercera persona o de sus respectivos herederos, depende, antes que de la norma del artículo 33 C.C., de las previsiones del título sucesorio. Por esa razón, es aconsejable cuidar esta cuestión al redactar los testamentos y establecer las sustituciones pertinentes, conforme la voluntad del testador, distinguiendo cuidadosamente 'premoriencia', 'no sobrevivencia' y 'conmoriencia' e, incluso, el fallecimiento a consecuencia de un mismo accidente o acontecimiento aunque la muerte no fuera simultánea".¹²⁴

6.1. Previsión testamentaria de la conmoriencia. Una peculiar cláusula contenida en el testamento de John Lennon

¿Cómo evitar la presunción de conmoriencia? ¿Puede el testador rehusar la aplicación de la presunción reconocida *ex lege*? ¿Qué naturaleza tiene la norma reguladora de dicha presunción?

Una mera lectura al precepto contenido en el artículo 27 de nuestro Código Civil nos indica que estamos frente a una norma dispositiva al alcance de la autonomía de la voluntad, cuyo poder permite su exclusión.¹²⁵ Por ello, nada obsta que el testador pueda concebir la idea de una situación de conmoriencia y coadyuvar con quienes a la postre ejecutarían su última voluntad. No puede obviarse que el testamento es ley de la sucesión y, en consecuencia, puede el testador precisamente desviar los efectos reconocidos *ex lege* como resultado de la aplicación de la presunción legal. Este entorno se da en todos los ordenamientos jurídicos que reconocen en sus códigos civiles la citada figura. En la doctrina, ya VALLET DE GOYTISOLO daba cuenta de ello.¹²⁶

Llama la curiosidad en este sentido, la cláusula cuarta del testamento del mítico ex Beatle, John Lennon, quien falleciera en 1980, asesinado. En dicha cláusula se dispuso:

"CUARTO

"En caso de que mi esposa y yo muriéramos bajo tales circunstancias en las cuales no existiera evidencia suficiente para determinar cuál de nosotros ha precedido al otro, declaro en el presente documento que es mi voluntad que sea juzgado que yo la precedí y que éste, mi Testamento, y cualquier otra de sus disposiciones deberán entrar en efecto con base en tal entendido".¹²⁷

Ahora bien, ¿cómo orientar la hermenéutica de la citada cláusula? En ella quedaba prevista la posibilidad de una situación de conmoriencia, de modo que si resultaba imposible determinar quién murió primero, el testador o su esposa, esta última instituida heredera en su testamento, a falta de evidencias¹²⁸ (elemento de naturaleza objetiva), acreditativas de la premoriencia de uno respecto del otro, el testador aparta entonces los efectos que las normas jurídicas establecen en sede de conmoriencia, a cuyo tenor se

entiende que ambos han muerto al mismo tiempo y no tiene lugar entre los conmorientes transmisión de derechos sucesorios alguno. En el caso, si hubieren muerto ambos, sin poderse probar la precedencia de uno u otro, como la señora Yoko Ono había sido instituida heredera, hubiera perdido ella los derechos a la sucesión de su marido, inejecutándose la disposición patrimonial a su favor. De este modo, en ausencia de evidencias, según la previsión testamentaria, en vez de aplicarse la presunción de conmoriencia, correspondería entender precedida en el tiempo la muerte del testador, y con ello cobraría vigencia su testamento, a cuyo tenor heredaría la esposa, con la consiguiente transmisión de derechos a favor de los herederos de esta última (extremo no previsto de manera expresa en el testamento, si bien derivado de las consecuencias de su premoriencia, determinada *ex voluntate*).

De lo expresado, cabe concluir que el testador en su testamento no puede imponer su voluntad a la realidad objetiva de los hechos, y con ello evadir la aplicación de las reglas de prueba, dirigidas a determinar el orden de precedencia de los fallecimientos. Si a través de las pruebas propuestas y practicadas judicialmente es dable demostrar el orden cronológico de tales decesos, no cabe atenernos a la *voluntas testatoris*, que no puede determinar arbitrariamente el orden en que han de entenderse acontecidos, pero si el resultado de las pruebas no acredita tal orden, nada impide que la previsión testamentaria cobre entonces fuerza normativa, pues con ello no se afectan intereses de orden público, ni de terceros, en definitiva, en sede testamentaria, las reglas las impone el testador, quien solo debe observar las normas imperativas reguladoras de las solemnidades testamentarias y de la protección de las legítimas, en aquellos ordenamientos en que se reconocen, pero en ninguna de ellas es dable ubicar las previsoras de situaciones jurídicas como la de conmoriencia.

7. La conmoriencia, más allá de la sucesión *mortis causa*. Muerte simultánea del titular de una cuenta de ahorro y del beneficiario

Pero, tal y como he expresado, la conmoriencia no solo importa a los efectos de las sucesiones *mortis causa*. Queda claro que en toda sucesión *mortis causa*, donde la sobrevivencia es presupuesto de la transmisión de un derecho, desempeña un papel decisivo el hecho de que una persona muera antes que otra (premoriencia), o simultáneamente (conmoriencia). Aquí el término sucesión ha de entenderse en su sentido lato. Empero, hay que desechar toda tesis que pretenda enclaustrar la conmoriencia en terrenos privativos de la sucesión hereditaria, con ello quedarían sin solución otros posibles casos en que la adquisición de algún derecho dependiera de la sobrevivencia del favorecido o de la no premoriencia del adquirente. Debe partirse de un concepto técnico de sucesión, entendida como todo posible cambio que puede experimentar una relación jurídica en orden a los sujetos implicados en ella, abarcando lo mismo las sucesiones *inter vivos* que las *mortis causa*.¹²⁹

En cuanto a los efectos de la conmoriencia, resulta omiso nuestro Código Civil, cuando en su artículo 27 se restringe a regularla: “*Si se desconoce entre dos o más personas llamadas a sucederse cuál de ellas ha muerto primero, se*

presumen muertas al mismo tiempo". No obstante, la lógica jurídica indica que si la sucesión entre dos o más personas depende de la sobrevivencia de uno(s) respecto al (a los) otro(s), entonces en el caso de que fallezcan todos al mismo tiempo no operará sucesión alguna entre ellos.

Precisamente por sustentar la tesis de la aplicación extensiva de la conmoriencia y con ello, de su entorno legal, a situaciones de pluralidad de fallecimientos, en que resulta imposible probar el orden cronológico de estos, a los efectos de determinar quién murió primero y quién después, lo cual, sin duda, adquiere especial relevancia en senderos del Derecho de Sucesiones, también tiene peculiar significado en supuestos de designación de beneficiario *mortis causa* en cuenta bancaria,¹³⁰ acto que reviste la naturaleza de ser una donación *mortis causa*, cuya adquisición del derecho por el beneficiario, pende de un evento distinto: la no premoriencia del donatario, por lo que en caso de conmoriencia de este, se cumple la condición, y es eficaz el negocio.

A diferencia de las figuras puramente hereditarias en que una *conditio* necesaria para la adquisición de los derechos deferidos es la sobrevivencia del heredero o legatario con respecto del causante, en la donación *mortis causa* basta con que el donatario no premuera con respecto del donante. Por lo tanto, en caso de muerte simultánea, de donante y donatario, la donación es eficaz. "*Si, qui invicem sibi mortis causa donaverunt, pariter decesserunt, neutrius heres respetet, quia neuter alteri supervixit*".¹³¹

Como apunta VALLET, la necesidad de que el donatario no premuera al donante para la eficacia de la donación, es consecuencia de estar esta pendiente precisamente de tal hecho. Y justamente aquí radica el punto distintivo entre las donaciones *mortis causa* y los legados,¹³² figura con la que se le suele confundir y por la que algún autor ha dicho que si bien desde el punto de vista anatómico son diferentes, sus funciones son idénticas o parecidas.¹³³

Las donaciones *mortis causa* históricamente se han entendido perfeccionadas en el último instante de la vida del donante, lo cual viene dado, en gran medida, por el carácter contractual que toda donación supone ex artículo 371 del Código Civil, puesto que: "No puede perfeccionarse una transmisión directa, a la que los herederos del donante son ajenos, si una de las partes no vive".¹³⁴ Como tal, en caso de conmoriencia, los últimos instantes del donante y del donatario al coincidir, se concibe que ha tenido lugar la transmisión de derechos a favor del donatario y, subsiguientemente, de sus herederos. Por ello es que debe acudirse a la ficción jurídica de que la perfección de la donación opera en el último instante de la vida del donante;¹³⁵ y, por supuesto, si comueren donante y donatario, ya estará perfeccionada la donación.

Esto motiva que esté conteste con la tesis de VALLET DE GOYTISOLO,¹³⁶ quien es del criterio que en las donaciones *mortis causa*, en el supuesto de conmoriencia de donante y donatario, ya ha operado la transmisión de derechos. Para esto se apoya en dos razones:

1. La ya comentada ficción jurídica que considera perfeccionada la donación *mortis causa* en el último instante de la vida del donante.

2. La existencia, antes del fallecimiento del donante, de una base previa, que le proporciona cierta sustantividad al acto dispositivo, y que lo distancia de la sucesión testamentaria.

En resumen, considero que en los casos de conmorencia del cuentahorrista y el (los) beneficiario(s), será eficaz la designación respecto a la(s) cuota(s) que le(s) hubiera(n) correspondido; toda vez que, debido al carácter indirecto de la liberalidad *mortis causa*, es innecesaria la aceptación del beneficiario en la que declare su intención de aprovecharse del beneficio en el momento de la perfección de la donación *mortis causa*, para que el derecho nazca en su patrimonio. Por tanto, pasará a los herederos del beneficiario la cuota asignada, o la correspondiente, por la vía de la sucesión hereditaria.

Empero, tales consideraciones quedarían en el orden de *lege ferenda*, pues si para el autor de las normas bancarias que disciplinan este instituto, el acto de disposición por causa de muerte del saldo depositado en la cuenta no se comprende en su prístina naturaleza como una *donatio mortis causa*, cuyas normas y principios inmanentes acuden en auxilio de su regulación, resultarían de aplicación las reglas de la conmorencia, aplicables a las sucesiones hereditarias. Esto es, el efecto de la no transmisión de derechos entre los sujetos implicados¹³⁷ en la relación jurídica sucesoria, por no darse la *conditio sine qua non* para que tenga lugar la transmisión de derechos, a saber: la sobrevivencia de quien se nombra como sucesor, ya que, en principio, no se puede suceder por causa de muerte a quien no se ha sobrevivido.

Tal parece ser el criterio seguido por los artífices del *Manual de Instrucción y Procedimientos* bancarios, conocido por las siglas MIP-280-25, quienes han introducido las reglas de la conmorencia según los principios del Derecho de Sucesiones, y, en consecuencia, con los efectos excluyentes en el orden sucesorio que para los conmuertos y también para quienes traigan causa de ellos, lleva implícita.¹³⁸

Ergo, el autor de dicha norma, en lo que a este particular concierne, ofrece un tratamiento del beneficiario *mortis causa* en cuenta de ahorro típicamente sucesorio, posición con la que, en principio, estoy conteste. En esencia la *donación mortis causa* es una figura que comparte elementos típicos de los negocios regulados por el Derecho de Sucesiones, pero con muy peculiares perfiles, uno de los cuales es el que estoy analizando, olvidados por el autor de la norma en exégesis que en el Nº 16-3 dispone: “*Si se tratara de un solo beneficiario, o de varios, y el fallecimiento de todos se produjera simultáneamente con el del titular, es decir, se acredita que se produjo a la misma hora del propio día, se interpretará que la asignación hecha al o los beneficiario (s) no surte efecto alguno y por tanto la cantidad asignada corresponde a los herederos del titular de acuerdo a lo regulado para los traspasos de derecho*”. De ello se induce que el equívoco tratamiento de su naturaleza jurídica va más allá de meras disquisiciones dogmáticas, a veces, incluso, que pueden parecer bizantinas. En el terreno práctico este inadecuado trato de la prístina esencia de la institución, conlleva a que se le despoje a los herederos del beneficiario conmuerto de los derechos al saldo depositado a su favor, que adquiriera este en el último instante de la vida del titular, como

donatario *mortis causa*, pues efectivamente se cumplió la *conditio* de su no premoriencia respecto del titular, transmitiendo a sus causahabientes el derecho de crédito ya adquirido contra el Banco. *A contrario sensu* de la fórmula empleada en la norma, que abre paso a la sucesión hereditaria del titular, por no operar la necesaria sobrevivencia del beneficiario respecto de este, requerimiento que se exige en los negocios *mortis causa*, cuyo ejemplo paradigmático es el testamento, no aplicable al caso, sin desdorar la naturaleza de acto dispositivo por causa de muerte del acto de designación del beneficiario.

8. La conmorencia y el Derecho Internacional Privado. Posible conflicto de calificaciones y determinación de la ley aplicable

El Código de Bustamante es de los pocos cuerpos legales que destina uno de sus preceptos a regular la situación de conmorencia en el ámbito del Derecho Internacional Privado. En efecto, el artículo 29 prevé que: “*Las presunciones de supervivencia o de muerte simultánea en defecto de prueba, se regulan por la ley personal de cada uno de los fallecidos en cuanto a su respectiva sucesión*”. Se trata de un código que se inscribe entre aquellos que asumen una calificación sustantiva o de fondo para determinar la ley aplicable a la solución del posible conflicto de calificación que pudiera suscitarse. Téngase en cuenta que al asumir esta posición, el Código de Bustamante se ve compelido a asumir dentro del espectro de posibilidades abierto por este criterio sustantivista, clásico de los códigos continentales, la que pareciere más idónea. Por ello pudiera sostenerse que el criterio al cual se afilia BUSTAMANTE es el de fijar como competente la ley personal de los conmorientes, lo cual tiene el valladar resultante de determinar la ley aplicable cuando cada uno de los conmorientes tenga leyes personales distintas (amén de determinar qué punto de conexión es el que debe tomarse, si el domicilio, si la nacionalidad, o si la ciudadanía)¹³⁹ y las respectivas leyes nacionales difieran sustancialmente en su contenido, conllevando a resultados contradictorios, de modo que llamen recíprocamente a adquirir los derechos a uno y a otro. Supongamos, *v. gr.*, que la ley aplicable a la sucesión de A, presuma la sobrevivencia de B, en tanto que la ley aplicable a la sucesión de B, presuma la sobrevivencia de A. Razón por la cual nada se hubiere resuelto. Por ello resulta más atinente que se siga un sistema acumulativo, amén del criterio de origen que se tome, con el cual se refuerza este y permite alejar toda posibilidad de devolución, sin ofrecerse una solución eficaz. Con este criterio se aplica la ley personal de los conmorientes si las leyes a las que remite la norma de conflicto ofrecen una solución coincidente, de lo contrario, se yuxtapone a este criterio el de la *lex causae*, esto es, el de la ley rectora de la sucesión, el de la *lex fori*,¹⁴⁰ o en última instancia se crea una ley material.¹⁴¹ Este criterio acumulativo es defendido por AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, quien arguye las ventajas de su utilización, en cuanto se considera el problema de los conmorientes como una cuestión de estado, sometida a su ley personal, de modo que se exige para la adquisición de los derechos la muerte del causante según su ley personal, y la supervivencia del causahabiente según la suya, evitándose así el fraccionamiento de la sucesión, propio del criterio de la *lex causae*, al permitir aplicar varias leyes sucesorias respecto de un mismo causante, en dependencia de la naturaleza de los bienes transmitidos, e igualmente se soslayan los movimientos pendulares que puede

conducir el hecho de que los conmorientes sean sucesores recíprocos entre sí, de modo que las leyes sucesorias aplicables no hagan sino reiterar la sucesión recíproca, lo cual ha sido comparado como un juego de espejos.¹⁴²

Bibliografía

I. Fuentes doctrinales

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano, “La comoriencia en Derecho Internacional Privado”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año XLVIII, Nº 1713, 15 de julio de 1994; **BIANCA, C. Massimo**, *Diritto Civile I – La norma giuridica – I soggetti*, Giuffrè Editore, Milano, 1978; **CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio**, “Comentarios al artículo 33”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo I, volumen 3º, dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, EDERSA, Madrid, 1993; **CAÑIZARES, Fernando Diego**, *Teoría del Estado*, ENPES, La Habana, 1979; **CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier**, “La persona, el estado civil y el registro civil. Parte primera. La persona en general”, en *Instituciones de Derecho Privado*, Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL (coordinador general), tomo I, *Personas*, volumen 2º, José Ángel MARTÍNEZ SANCHIZ (coordinador), 1ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2003; **CASTRO Y BRAVO, Federico de**, *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984; **CASSO Y ROMERO, Ignacio y Francisco CERVERA Y JIMÉNEZ-ALFARO**, *Diccionario de Derecho Privado*, tomo I, Labor, Barcelona-Madrid, 1950; **COING, Helmut**, *Derecho privado europeo*, tomo I, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996; **CHIKOC BARREDA, Naiví**, “Formas de suceder” y “La relación jurídica sucesoria”, en *Derecho de Sucesiones*, tomo I, bajo la dirección de Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Félix Varela, La Habana, 2004; **CIAN, Giorgio y Alberto TRABUCCHI**, *Commentario breve al Codice Civile*, CEDAM, Padova, 1981; **CLEMENTE DÍAZ, Tirso**, *Derecho Civil. Parte General*, tomo I (primera parte), ENPES, La Habana, 1983; **DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel**, “Comoriencia y premoriencia”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXII, Nº 695, mayo-junio 2006; **DE LA PLAZA, Manuel**, *Derecho Procesal Civil español*, volumen I, Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1942; **DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN**, *Sistema de Derecho Civil*, tomo I – *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 1993; **DÍEZ-PICAZO, Luis**, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª edición, corregida y puesta al día, Ariel, Barcelona, 1993; **DÍAZ MAGRANS, María Milagrosa**, “La persona individual”, en *Derecho Civil. Parte General*, bajo la coordinación de Caridad del C. VALDÉS DÍAZ, Félix Varela, La Habana, 2002; **ESPINOZA ESPINOZA, Juan**, *Derecho de las Personas*, 5ª edición, Rhodas, Lima, 2006; **FAIRÉN GUILLÉN, Víctor**, *Teoría General del Derecho Procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1992; **GARCÍA AMIGO, Manuel**, *Instituciones de Derecho Civil, I. Parte General*, EDERSA, Madrid, 1979; **GHERARDI, Carlos R.**, “La muerte cerebral y la muerte”, en *Medicina*, volumen 57, Nº 1, 1997, Buenos Aires, pp. 114-118, <http://www.medicinabuenosaires.com/vol57-97/1/muertecereb.htm>, consultado el 27 de abril del 2007; **GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso**, “Comentarios al artículo 33”, en *Comentarios al Código Civil*, 2ª edición, coordinado por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006; **GULLÓN BALLESTEROS, Antonio**, “Comentarios al artículo 33”, en *Comentarios del Código Civil*, tomo I, coordinado por Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, Bosch,

Barcelona, 2000; **HODELÍN TABLADA, Ricardo**, “El neurocirujano ante el debate actual de la muerte encefálica”, en <http://www.uninet.edu/neuroc2002/papers/C-muerteencefalica.htm>, consultado el 27 de abril del 2007; **HUALDE SÁNCHEZ, José Javier**, “La personalidad”, en PUIG I FERRIOL, Lluís, María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, Jacinto GIL RODRÍGUEZ y José Javier HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho Civil I – Introducción y derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid, 1997; **JUAN PABLO II**, “Discurso al XVIII Congreso internacional de la Sociedad de trasplantes”, pronunciado el 29 de agosto del año 2000, en http://www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=334, consultado el 27 de abril del 2007; **LARENZ, Karl**, *Derecho Civil. Parte General*, traducción y notas de Miguel IZQUIERDO y MACÍAS-PICAVEA, EDERSA, Madrid, 1978; **LACRUZ BERDEJO, José Luis et al.**, *Elementos de Derecho Civil I. Parte General*, volumen II – *Personas*, 3ª edición, revisada y puesta al día por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, Dykinson, Madrid, 2002; **LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo**, *Las presunciones judiciales y los indicios*, 2ª edición, ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006; **LLERENA, Baldomero**, *Concordancia y comentarios del Código Civil Argentino*, tomo I, 2ª edición, La Facultad, Buenos Aires, 1899; **MACHADO CURBELO, Calixto et al.**, “Resolución para la determinación y certificación de la muerte en Cuba”, en *Revista Neurología*, 36 (8), 2003; **MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos**, “Comentarios al artículo 33”, en *Comentarios al Código Civil*, tomo II, volumen 1º, coordinados por Joaquín RAMS ALBESA, Bosch, Barcelona, 2000; **MEDINA, Graciela**, “Comentarios al artículo 3554 del Código Civil”, en http://www.gracielamedina.com/archivos/codigos/pdf/000002_3554.pdf, consultado el 13 de abril del 2007; **MONTOYA OSORIO, Marta Elena y Guillermo MONTOYA PÉREZ**, *Las personas en el Derecho Civil colombiano*, Leyer, Bogotá, 2001; **PARRA QUIJANO, Jairo**, *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*, tomo IV, 5ª edición, ampliada y actualizada, Librería ediciones del profesional Ltda., Bogotá, 2005; **PEREÑA VICENTE, Montserrat**, “La reforma del Derecho sucesorio francés llevada a cabo por la Ley de 3 de diciembre de 2001”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXIX, Nº 679, septiembre-octubre 2003; **PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.**, *De la designación de beneficiario mortis causa en cuenta de ahorro*, Dykinson, Madrid, 2005; **PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.**, *Derecho de Sucesiones*, tomo I, bajo su coordinación, Félix varela, La Habana, 2004; **PERLINGERI, Pietro**, “Comentario al artículo 4”, en *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, Libro Primo (artt. 1-455)*, UTET, Torino, 1980; **PROTETTÍ, Ettore**, “Comentario al artículo 4”, en *Commentario teorico-pratico al codice civile*, diretto da Vittorio de Martino, Libro I – *Delle persone e della famiglia*, 1ª edizione, Edizioni Pem, 1971, Novara-Roma; **RAPA ÁLVAREZ, Vicente**, “La relación jurídica. Categoría esencial en el nuevo Código Civil”, en *Revista Jurídica*, Nº 19, año VI, abril-junio 1988, pp. 132-133; **RIVAS MARTÍNEZ, Juan José**, *Derecho de Sucesiones, Común y Foral*, tomo I, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2005, y tomo II – volumen 1º, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2004; **ROCA TRÍAS, Encarna**, “Comentarios al artículo 33”, en *Comentarios del Código Civil*, dirigidos por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ, Pablo SALVADOR CODERCH, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993; **SCAEVOLA, Quintus Mucius**, *Código Civil. Comentado y concordado extensamente y totalmente*, revisado y puesto al día por Francisco ORTEGA LORCA, tomo XI, volumen II, 5ª edición, Reus, Madrid, 1943; **SUÁREZ FRANCO**,

Roberto, *Derecho de Sucesiones*, 2ª edición, Temis, Bogotá, 1996; **VALENCIA ZEA, Arturo y Álvaro ORTIZ MONSALVE**, *Derecho Civil*, tomo I – *Parte general y personas*, 16ª edición, Temis, Bogotá, 2006; **VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.**, *Estudios sobre donaciones*, s. ed., Montecorvo, Madrid, 1978, *Panorama del Derecho de Sucesiones II – Perspectiva dinámica*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 1984; **VALKENEER, R. de**, “La Convention Benelux sur les comourants et son annexe”, en *Revue du notariat belge*, 1978; **VATIER FUENZALIDA, Carlos**, “El derecho de representación. Propuesta de regulación con texto articulado”, en <http://derechocivil.net/ponencias/document.php?id=126>, consultado el 31 de marzo del 2006; **ZANNONI, Eduardo A.**, *Derecho de las sucesiones*, volumen I, Astrea, Buenos Aires, 1974.

II. Fuentes legales

Código Civil de la República de Argentina de 25 de septiembre de 1869, edición al cuidado del Dr. Ricardo DE ZAVALÍA, Buenos Aires, 1996; *Code Civil Belge*, mis a tour au 1 mars 2006, avec la collaboration de Philippe GALAND et Fleur VINCENT, Marabout, Bruxelles, 2006; *Código Civil de la República de Bolivia*, Decreto-Ley Nº 12760 de 6 de agosto de 1975, edición de 1998; *Código Civil de Brasil*, Ley Nº 10406 de 10 de enero del 2002, en http://legislacao.planalto.gov.br/legislacao/nsf/viw_Identificacao/lei104062002?Opendocument, consultado el 22 de abril del 2004; *Código Civil de la República de Chile* de 14 de diciembre de 1855, edición oficial al 31 de agosto de 1976, aprobada por Decreto Nº 1937, de 29 de noviembre de 1976 del Ministerio de Justicia, Editorial Jurídica de Chile; *Código Civil de la República de Colombia*, sancionado el 26 de mayo de 1873 y puesto en vigor por Ley Nº 57 de 1887, 3ª edición, Legis Editores S.A., s. l., 1999; *Código Civil de la República de Costa Rica* de 26 de abril de 1886 (revisado y actualizado), 9ª edición, Porvenir, San José, 1996; *Código Civil de la República de Cuba*, Ley Nº 59 de 16 de julio de 1987, vigente desde el 12 de abril de 1988, anotado y concordado con los ordenamientos cubano y español por Ángel ACEDO PENCO y Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Dykinson, Madrid 2005; *Código Civil de la República de Ecuador*, 7ª edición (Codificación RO-S 104: 20 noviembre de 1970), actualizado a junio de 1997, editado por Corporación de Estudios y Publicaciones, s. l.; *Código Civil de la República de El Salvador*, decretado el 23 de agosto de 1859, ordenada su promulgación por Decreto Ejecutivo de 10 de abril de 1860, publicado en el *Diario Oficial* el 14 de abril de 1860; *Código Civil del Reino de España* de 6 de octubre de 1888, 24ª edición, Tecnos, Madrid, 2005; *Código Civil de la República de Francia* de 21 de marzo de 1804, 66ª edición, Petit Codes, Dalloz, 1976-1977; *Código Civil de la República de Guatemala*, sancionado por Decreto-Ley Nº 106 de 14 de septiembre de 1963, en vigor desde el 1 de julio de 1964, AYALA and JIMÉNEZ Editores, Guatemala, C.A., 1991; *Código Civil de la República de Honduras*, sancionado por Decreto Nº 76 de 19 de enero de 1906, Graficentro Editores, Tegucigalpa. s. f.; *Código Civil de la República de Italia* de 16 de marzo de 1942, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza, 1993; *Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos para el Distrito y Territorio Federales en materia común y para toda la República en materia federal*, de 30 de agosto de 1928, edición a cargo de Jorge OBREGÓN HEREDIA (concordado), Porrúa, México, 1988; *Código Civil de la República de Panamá*, contenido en Ley Nº 2 de 22 de agosto de 1916 y en vigor desde 1 de octubre de 1917

según Decreto № 95 de 1 de junio de 1917, 3ª edición, MIZRACHI and PUJOL, Santa Fe de Bogotá, abril, 1993; *Código Civil de la República de Paraguay*, Ley № 1183, en vigor desde el 1 de enero de 1987, 3ª edición, Intercontinental Editora, Asunción, agosto de 1993; *Código Civil de la República del Perú*, promulgado por Decreto Legislativo № 295 de 24 de junio de 1984, en vigor desde el 14 de noviembre de 1984, edición a cargo de Jorge PALMA MARTÍNEZ, Ediciones y Distribuciones “Palma”, Lima, 1994; *Código Civil de la República de Portugal* de 1966, vigente desde 1967, Livraria Almedina, Coimbra, 1992; *Código Civil de Puerto Rico* de 1930, edición a cargo de Ramón Antonio GUZMÁN, Santa Fe de Bogotá, septiembre 1993; *Código Civil de la República Dominicana*, 8ª edición, preparada por el Dr. Plinio TERRERO PEÑA, Editora Corripio, C. por A., Santo Domingo, 1987; *Código Civil de la República Oriental del Uruguay*, sancionado en 1914, edición al cuidado de la Dra. Jacqueline BARREIRO DE GALLO, Barreiro y Ramos S.A. Editores, Montevideo, 1994; *Código Civil de la República de Venezuela*, reformado en julio de 1982, Editorial PANAPO, 1986; Resolución № 90/2001 de 27 de agosto del Ministro de Salud Pública, que aprueba y pone en vigor los *Principios para la determinación y la certificación de la muerte en Cuba*, en *Gaceta Oficial de la República*, Ordinaria № 65, de 21 de septiembre del 2001; Manual de Instrucción y Procedimientos 280-25 del Banco Popular de Ahorro, *Designación y Pago a Beneficiarios en Cuentas de Ahorro Individuales y Otros Depósitos*.

¹ MARCIANO: 1, 18, pr., D., *de rebus dubiis*, 34, 5.

² IGLESIAS *cit. pos* MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, “Comentarios al artículo 33”, en *Comentarios al Código Civil*, tomo II, volumen 1º, coordinados por Joaquín RAMS ALBESA, Bosch, Barcelona, 2000, p. 347.

³ Al decir del propio MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Comentarios al...”, *cit.*, p. 347.

⁴ Según expresa PROTETTÍ, Ettore, “Commentario al artículo 4”, *Commentario teorico-pratico al codice civile*, diretto da Vittorio de Martino, Libro I – *Delle persone e della famiglia*, 1ª edizione, Edizioni Pem, 1971, Novara-Roma, pp. 52-56, en el Derecho romano fue predominante que correspondiera a quien pretendiera derivar de los efectos de la sobrevivencia de un sujeto respecto de otro, dar de ello prueba y, en ausencia de tal prueba, se establecía la presunción de premoriencia, hecha propia por el Derecho Común, más interpretada en sentido bastante restrictivo por los romanistas.

⁵ Refiere CASTRO Y BRAVO, Federico de, *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, p. 141, que ACCURSIO enunció una regla de alcance general: “en el caso de la comoriencia, el orden de la premoriencia es el de la debilidad corporal”, ello justifica la premoriencia de la mujer “porque es flaca natural” y la del hijo “por la flaqueza que es en él, porque es niño”.

⁶ *Vid.* AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano, “La comoriencia en Derecho Internacional Privado”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año XLVIII, № 1713, 15 de julio de 1994, p. 3941.

⁷ COING, Helmut, *Derecho privado europeo*, tomo I, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, p. 261.

En Francia, una Ley de 8 de junio de 1796, abrogada después por el Código Civil, dispuso que cuando ascendientes, descendientes y otras personas que se sucedan legalmente hubieran sido condenadas a la última pena y ejecutadas al mismo tiempo, haciéndose imposible constatar el orden de los fallecimientos, se presumía que el más joven de los condenados había sobrevivido.

⁸ Algunos autores como AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “La comoriencia en...”, *cit.*, p. 3936, considera que tales legislaciones recogen una “doctrina desmentida por la realidad científica”. Otros como CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier, “La persona, el estado civil y el registro civil. Parte primera. La persona en general”, en *Instituciones de Derecho Privado*, Juan Francisco

DELGADO DE MIGUEL (coordinador general), tomo I, *Personas*, volumen 2º, José Ángel MARTÍNEZ SANCHIZ (coordinador), 1ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 103, coinciden en calificarlo de tan complicado, como irreal, Se trata de un “complejo y artificial sistema de presunciones”.

⁹ Empero, no todos los supuestos estaban recogidos en las normas. De ello da cuenta la jurisprudencia, casos para los cuales, la solución era reputar fallecidas a la vez a las personas, con la consiguiente intransmisión de derechos entre ellas. Así lo dispuso el TGI Rochefort-sur-Mer, en su Sentencia de 7 de marzo de 1990: D. 1992. Somm. 225, obs. Lucet.

“Les présomptions légales ne concernent pas le cas d'une personne âgée de moins de quinze ans et d'une autre âgée de plus de quinze ans et de moins de soixante ans; les intéressés doivent être réputés décédés en même temps et leur dévolution successorale effectuée en éliminant leurs droits successoraux réciproques”.

Presunciones que, por demás, se consideraban de Derecho estricto, en tanto, su aplicación no era posible a otros supuestos, distintos de aquellos netamente hereditarios. Al menos, ese fue el criterio seguido en la Sentencia de 11 de octubre de 1988 (Civ. 1^{re}: D. 1989. 333, *note Breton; JCP N 1989. II. 150, note Salvage*), a cuyo tenor se determinó que: “La présomption légale de survie prévue par les art. 720 et 722 pour les *comorientes* est de droit strict et ne saurait recevoir application pour déterminer les droits du bénéficiaire d'une assurance sur la vie”.

¹⁰ Vid. PEREÑA VICENTE, Montserrat, “La reforma del Derecho sucesorio francés llevada a cabo por la Ley de 3 de diciembre de 2001”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXIX, Nº 679, septiembre-octubre 2003, pp. 2860-2861.

¹¹ Nada, que como con agudeza y sabia razón apuntaba VÉLEZ SÁRSFIELD: “... estas presunciones de derecho (...), eran arbitrarias, y sin ningún fundamento positivo, y lo que es más, no había necesidad alguna de crear tales presunciones de derecho ¿qué interés social se presentaba para que necesariamente hubiera una transmisión de derechos entre personas que habían fallecido a un tiempo, o de quienes se ignoraba cuál hubiese muerto primero?”. VÉLEZ SÁRSFIELD *cit. pos* ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las Personas*, 5ª edición, Rhodas, Lima, 2006, p. 684.

¹² Así, AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “La comoriencia en...”, *cit.*, p. 3945.

¹³ Llama la atención su empleo por el legislador puertorriqueño, que abandonó la fórmula consagrada en el artículo 33 del Código Civil español, para asumir el sistema de presunción de sobrevivencia, sobre la base de las reglas establecidas en la ley de evidencia (*vid.* artículo 26). Posición reiterada por los autores de los borradores del Proyecto de Código Civil puertorriqueño al afiliarse a este criterio que consideran “moderno”, razón por la cual se sugiere, para determinar cuál de las personas fallecidas murió primero, que se evalúen las circunstancias del deceso y las características personales de cada uno, tales como la edad, el historial y el estado de salud, los hábitos y la constitución física, así como las tablas de probabilidad de vida vigentes.

En este sentido se proponen las siguientes reglas:

SECCIÓN SEGUNDA. Comoriencia

ARTÍCULO 166.– Determinación de premoriencia.

“Cuando dos personas perecen en el mismo accidente o evento, sea o no de carácter extraordinario o catastrófico, el tribunal determinará cuál pudo morir primero, según su mejor criterio, luego de evaluar las circunstancias del deceso y las características personales de cada una, tales como su edad, historial y estado de salud, hábitos y constitución física, así como las tablas de probabilidad de vida vigentes”.

ARTÍCULO 167.– Determinación de comoriencia.

“Si a base de la prueba presentada no pudiera concluirse cuál de dos o más personas premurió a otra, ni existieran circunstancias especiales de dónde inferirlo, se presumirá la supervivencia de aquella de ellas con mejor historial de salud y compleción física. Si ambas tuvieran igual constitución y estado de salud, se presumirá que murieron al mismo tiempo y ninguna transmitirá derechos a la otra, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”.

ARTÍCULO 168.– Comoriencia de sucesores recíprocos.

“Si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla. A falta de prueba, y de circunstancias especiales de donde inferirla, se presumirá la supervivencia de acuerdo con las reglas que establece la ley de evidencia”.

¹⁴ CAÑIZARES, Fernando Diego, *Teoría del Estado*, ENPES, La Habana, 1979, p. 289.

¹⁵ VALENCIA ZEA, Arturo y Álvaro ORTIZ MONSALVE, *Derecho Civil*, tomo I – *Parte general y personas*, 16ª edición, Temis, Bogotá, 2006, pp. 366-367. Similar tratamiento le ofrecen MONTOYA OSORIO, Marta Elena y Guillermo MONTOYA PÉREZ, *Las personas en el Derecho Civil colombiano*, Leyer, Bogotá, 2001, p. 246.

¹⁶ ESPINOZA ESPINOZA, J., *Derecho de las...*, *cit.*, pp. 684-685.

¹⁷ Posición que asume también el Código Civil de México para toda la nación, de 1928, que en su artículo 1287 establece: “*Si el autor de la herencia y sus herederos o legatarios perecieren en el mismo desastre o en el mismo día, sin que se pueda averiguar a ciencia cierta quiénes murieron antes, se tendrán todos por muertos al mismo tiempo, y no habrá lugar entre ellos a la transmisión de la herencia o legado*”, empero con la salvedad de que, a diferencia del Código Civil peruano, el legislador mexicano sí que incluye la norma dentro de las regulaciones de las sucesiones por causa de muerte. Similar posición adopta el Code Napoléon, en su artículo 725.1, tras la redacción dada por la Ley de 3 de diciembre de 2001, cuando regula: “*Lorsque deux personnes, dont l'une abatí vocation à succéder à l'autre, périssent dans un même événement, l'ordre des décès est établi par tous mohines.*

”*Si cet ordre ne peut éter déterminé, la succession de chacune d'elles est dévolue sans que l'autre y soirt appelée*”.

¹⁸ *Vid. infra* 6.

¹⁹ *Vid.* CASTIELLA RODRÍGUEZ, J.J., “La persona, el estado civil...”, *cit.*, p. 102.

²⁰ *Idem.*

²¹ Así parece colegirse la posición de LACRUZ BERDEJO, José Luis *et al.*, *Elementos de Derecho Civil I. Parte General*, volumen II – *Personas*, 3ª edición, revisada y puesta al día por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 21-22.

²² Es la posición de GARCÍA AMIGO, Manuel, *Instituciones de Derecho Civil, I. Parte General*, EDESA, Madrid, 1979, pp. 331-333.

²³ CASTRO Y BRAVO, F. de, *Derecho Civil de...*, *cit.*, p. 141.

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Vid.* CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “Comentarios al artículo 33”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo I, volumen 3º, dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, EDESA, Madrid, 1993, p. 819. Se afilia también a esta tesis ROCA TRIAS, Encarna, “Comentarios al artículo 33”, en *Comentarios del Código Civil*, dirigidos por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ, Pablo SALVADOR CODERCH, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 234, para quien el precepto: “Puede aplicarse a cualquier supuesto que exija (...) supervivencia para la adquisición de una facultad o derecho”, siguiendo así a DE CASTRO. Con igual criterio, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, “Comentarios al artículo 33”, en *Comentarios del Código Civil*, tomo I, coordinado por Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, Bosch, Barcelona, 2000, p. 590, y AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “La comoriencia...”, *cit.*, pp. 3943-3944, quien ejemplifica a través de distintas figuras jurídicas en las que puede aplicarse el artículo 33, entre ellas el contrato de mutuo por el que dos o más personas entregan una suma de dinero a un tercero, con la cláusula de devolución de lo prestado al superviviente en caso de muerte de alguno de los prestamistas.

²⁶ Según lo expresa Alfonso GONZÁLEZ GOZALO, “Comentarios al artículo 33”, en *Comentarios al Código Civil*, 2ª edición, coordinado por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 149. Posición también abrazada por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Comentarios al...”, *cit.*, p. 350.

²⁷ *Vid.* RAPA ÁLVAREZ, Vicente, “La relación jurídica. Categoría esencial en el nuevo Código Civil”, en *Revista Jurídica*, Nº 19, año VI, abril-junio 1988, pp. 132-133.

²⁸ Así, el artículo 26 del Código Civil de Puerto Rico, el artículo 46 del Código Civil de Panamá y el artículo 720 del Código Civil de República Dominicana, todos inspirados en la prístina redacción del artículo 720 del Code Napoléon, que hoy la mantiene en el primer párrafo del artículo 725.1.

²⁹ *Vid.* CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentarios...”, *cit.*, p. 820, que se apoya en PUIG BRUTAU.

³⁰ *Vid. infra* 7.

³¹ *Idem.*

³² Expresa CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentarios...”, *cit.*, pp. 819-820, que tanto el artículo 552 del Proyecto de 1851, como el artículo 660 del Anteproyecto de 1882-1888, reguladores de la comoriencia, aparecían ubicados en el Título destinado a las disposiciones generales de las

sucesiones por causa de muerte, punto de vista que fuera rectificado por los autores del Código Civil al ser trasladado el contenido normativo de dichos preceptos, al artículo 33 (Título II, Libro I), lo cual apunta a su aplicación extensiva a todos los problemas de premoriencia o conmoriencia sin solución legal concreta en dicho código.

³³ Asumen esta posición el Código Civil de Costa Rica en su artículo 35 (reformado por Ley Nº 4576 de 21 de diciembre de 1973), el Código Civil de Paraguay en su artículo 34, el Código Civil del Ecuador en su artículo 65, el Código Civil de Honduras en su artículo 82, el Código Civil de El Salvador en su artículo 78, el Código Civil de Guatemala en su artículo 3, el Código Civil de Argentina en su artículo 109, el Código Civil de Brasil en su artículo 8, el Código Civil de Nicaragua en su artículo 47, el Código Civil de Chile en su artículo 79, el Código Civil de Colombia en su artículo 95, la Ley de Ausencia de Alemania en su artículo 11.

³⁴ Ejemplos paradigmáticos de esta redacción mucho más completa lo ofrecen, el artículo 68.2 del Código Civil de Portugal al regular: “*Quando certo efeito jurídico depender da sobrevivência de uma a outra pessoa, presume-se, em caso de dúvida, que uma e outra faleceram ao mesmo tempo*”; el artículo 2, fracción II, del Código Civil boliviano: “*Cuando en un siniestro o accidente mueren varias personas y no puede comprobarse la premoriencia para determinar un efecto jurídico, se considera que todas murieron al mismo tiempo*”, y el artículo 4 del Codice italiano, a cuyo tenor se dispone: “*Quando un effetto giuridico dipende dalla sopravvivenza di una persona a un'altra e non consta quale di esse sia morta prima, tutte si considerano morte nello stesso momento*”. Colígese que en los tres se parte de la necesidad de determinar la premoriencia (Bolivia) o supervivencia (Portugal e Italia) para la adquisición de un derecho, sin que sea apellidado, y no se incluye en la consecuencia o resultado dado por el legislador ante la imposibilidad científica de determinarse el orden en que acontecieron los decesos de los conmorientes, sino en el presupuesto de naturaleza subjetiva, al cual me referiré *infra* 3.1.

³⁵ En contra, ESPINOZA ESPINOZA, J., *Derecho de las...*, *cit.*, pp. 684-685, cuando expresa la necesidad de que el citado vínculo sea de consanguinidad o de parentesco o, en todo caso, un vínculo legítimo.

³⁶ Así, CASTIELLA RODRÍGUEZ, “La persona, el estado civil...”, *cit.*, pp. 103-104.

³⁷ No solo se trata de posmoriencia, sino también de no premoriencia para la adquisición del derecho, tal y como ya se ha expuesto.

³⁸ Así, CASSO Y ROMERO, Ignacio y Francisco CERVERA Y JIMÉNEZ-ALFARO, *Diccionario de Derecho Privado*, tomo I, Labor, Barcelona-Madrid, 1950, p. 995, quienes al definir la conmoriencia la han situado en el caso en que dos o más personas llamadas *respectivamente* a suceder perezcan en el mismo accidente, estando ligadas jurídicamente de tal forma que la prioridad en la muerte determine la sucesión de los derechos de uno y otro. Al parecer con análoga posición GULLÓN BALLESTEROS, A., “Comentario al...”, *cit.*, p. 590, cuando incluye dentro de los presupuestos de la presunción de conmoriencia: “Que las personas fallecidas estén llamadas a suceder entre sí”; ROCA TRÍAS, E., “Comentario al...”, *cit.*, p. 234, cuando reproduce el mismo presupuesto o requisito, de que las personas cofallecidas “estén llamadas a suceder recíprocamente”; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentarios al...”, *cit.*, p. 821, al emplear la alocución “llamadas a suceder entre sí”; DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, “Conmoriencia y premoriencia”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXII, Nº 695, mayo-junio 2006, p. 195, al expresar, en frase criticable, eso sí, que: “... del tenor literal de la norma se parte del hecho de que los conmorientes son herederos entre sí”, y VALENCIA ZEA, A. y Á. ORTIZ MONSALVE, *Derecho...*, I, *cit.*, pp. 366-367, cuando aducen la necesidad de que: “... las personas muertas estén llamadas a suceder mutuamente por causa de muerte”.

El Code Napoléon, aún y con la nueva regulación de la conmoriencia en el artículo 725.1, mantiene este requerimiento al referendar “*l'une abatí vocation à succeder à l'autre*”. El Código Civil de República Dominicana, inspirado en el Code, también lo exige, al enunciar en su artículo 720 que las personas fallecidas estén “*respectivamente llamadas a suceder entre sí*”.

³⁹ Así lo ha dicho la Sentencia del Tribunal Supremo español de 4 de diciembre de 1948, tantas veces citadas por la doctrina científica, que interpretando el artículo 33 del Código Civil sostuvo su aplicación tanto a un tipo de sucesión, como a la otra. De este modo el Tribunal consideró “*indiferente la naturaleza del título en que la sucesión se funda y por eso el repetido precepto (se refiere al 33) no distingue las dos clases de delación sucesoria (...), careciendo de todo fundamento la opinión de que la palabra llamamiento la reserva el Código civil para las instituciones propias de la sucesión intestada, pues la aplica indistintamente para una y otra sucesión, como lo demuestra entre otros artículos que pudieran citarse el 1009 (...)*”.

⁴⁰ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “La comoriencia en...”, *cit.*, p. 3937, cita la Sentencia del Tribunal Civil de Bruselas (2ª ch.) de 6 de diciembre de 1899, en el asunto del naufragio de “La Bourgogne”, que consideró que “no cabe hacer aplicación en materia testamentaria de las reglas formuladas por los artículos 721 y 722 del Código civil, para establecer la supervivencia en caso de comorientes en una misma catástrofe (en este caso, el naufragio del Borgoña); estos artículos regulan exclusivamente la cuestión de la supervivencia entre personas a efectos de la sucesión legal de la una respecto de la otra”.

⁴¹ VALENCIA ZEA, A. y Á. ORTIZ MONSALVE, *Derecho...*, I, *cit.*, pp. 366-367.

⁴² LOHMANN LUCA DE TENA *cit. pos* ESPINOZA ESPINOZA, J., *Derecho de las...*, *cit.*, p. 685. El propio ESPINOZA refiere que los alemanes defienden la idea de que no solamente opera la comorencia cuando hayan varias personas en el mismo lugar y fallezcan todas, sino que también se puede considerar cuando dos o más personas con vínculo legítimo mueren al mismo tiempo, pero en distintos lugares.

⁴³ DíEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, tomo I – *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 1993, p. 319. GULLÓN BALLESTEROS, en “Comentarios al...”, *cit.* pp. 590-591, sostiene que la presunción de comoriencia es aplicable en supuestos en que las muertes conjuntas acaecieron en un mismo suceso como un naufragio, un accidente aéreo, como en cualquier otra circunstancia, *v. gr.*, muerte en diferentes lugares, ya que el artículo 33 del Código Civil español no delimita el supuesto de hecho en que encuentran la muerte.

⁴⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F. de, *Derecho Civil...*, *cit.*, p. 141.

⁴⁵ HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, “La personalidad”, en PUIG I FERRIOL, Lluís; María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, Jacinto GIL RODRÍGUEZ y José Javier HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho Civil I – Introducción y derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 127.

⁴⁶ ROCA TRÍAS, E., “Comentarios al...”, *cit.*, p. 234, si bien ello se infiere del parco análisis que hace la autora del artículo 33 del Código Civil español.

⁴⁷ GONZÁLEZ GOZALO, A., “Comentarios al...”, *cit.*, p. 149.

⁴⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Comentarios al...”, *cit.*, pp. 349-350.

⁴⁹ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “La comoriencia en...”, *cit.*, p. 3942.

⁵⁰ En contra, DE LA IGLESIA MONJE, M.I., “Conmoriencia...”, *cit.*, p. 1195.

⁵¹ DÍAZ MAGRANS, María Milagrosa, “La persona individual”, en *Derecho Civil. Parte General*, bajo la coordinación de Caridad del C. VALDÉS DÍAZ, Félix Varela, La Habana, 2002, p. 151.

⁵² LARENZ, Karl, *Derecho Civil. Parte General*, traducción y notas de Miguel IZQUIERDO y MACÍAS-PICAVEA, EDESA, Madrid, 1978, pp. 119-120.

⁵³ *Vid.* CASTIELLA RODRÍGUEZ, J.J., “La persona, el...”, *cit.*, pp. 102-103.

⁵⁴ Así, CAÑIZARES, F.D., *Teoría...*, *cit.*, p. 289.

⁵⁵ HUALDE SÁNCHEZ, J.J., “La personalidad”, *cit.*, p.127. Según DE CASTRO, en frase lapidaria en el tema, retomada tantas otras veces por la doctrina posterior, si bien es posible emplear los medios de prueba para acreditar la sucesión de los fallecimientos, para lo cual es dable valerse de cualquiera de ellos, esto no implica que se puedan utilizar meras conjeturas, la verosimilitud o el cálculo de probabilidades. *Vid.* DE CASTRO Y BRAVO, F. de, *Derecho Civil de...*, *cit.*, p. 141.

⁵⁶ *Vid.* LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.*, *Elementos...*, I, volumen II, pp. 21-22.

⁵⁷ Y ello es reiterado más de una vez por la doctrina, VALENCIA ZEA, A. y Á. ORTIZ MONSALVE, *Derecho...*, I, *cit.*, pp. 366-367, la incluyen también dentro de los presupuestos para que se aplique la presunción de comoriencia. Con igual criterio, MONTOYA OSORIO, M.E. y G. MONTOYA PÉREZ, *Las personas...*, *cit.*, p. 246, y entre los españoles, GULLÓN BALLESTEROS, A., “Comentarios al...”, *cit.*, p. 590; GONZÁLEZ GOZALO, A., “Comentarios al...”, *cit.*, p. 149; ROCA TRÍAS, E., “Comentarios al...”, *cit.*, p. 234; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentarios al...”, *cit.*, pp. 821-822; AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “La comoriencia en...”, *cit.* p. 3942.

⁵⁸ No es tal el parecer de nuestra Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia que en su Dictamen Nº 7/1998 de 3 de diciembre, de modo inexplicable, precisó que: “... teniendo en cuenta el carácter iuris tantum de esta presunción entendemos que el notario en su condición de fedatario, no está facultado para considerar o advertir por sí, la referida presunción. Lo contrario sucedería si se tratara de una presunción iuris et de iure. Estimamos debe deducirse como pretensión el extremo concerniente a la comoriencia a través de proceso ordinario ante tribunal que resulte competente, a fin de que éste sea quien ratifique este particular mediante resolución judicial. Posteriormente el notario se ajustará al contenido de la misma”.

⁵⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Comentarios al...”, *cit.*, p. 348.

⁶⁰ El portugués en su artículo 68.2 emplea la expresión “*em caso de dúvida*”, en tanto que el panameño y el puertorriqueño en sus artículos 46 y 26, respectivamente, emplean la misma expresión que el español. El resto de los códigos parten de la ignorancia sobre el orden de los fallecimientos, para ello emplean disímiles expresiones que en esencia significan lo mismo, entre ellas cabe citar: “*no fuere posible saber el orden en que han muerto*”, como el costarricense en su artículo 35; “*sin que pueda determinarse quién murió primero*”, como lo hace el artículo 34 del paraguay; “*no pudiere saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos*”, según el dictado literal del artículo 82 del hondureño, el 65 del ecuatoriano, el 78 del salvadoreño, el 79 del chileno y el 95 del colombiano; “*no se pueda probar cuál de ella murió primero*”, conforme con el artículo 3 del guatemalteco; “*no se pueda saber cuál de ellas falleció primero*”, a tenor del artículo 109 del argentino; “*não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros*”, conforme con el artículo 8 del brasileiro; “*no pudiere saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos*”, según el artículo 47 del nicaragüense; “*non consta quale di esse sia morta prima*”, al decir del artículo 4 del *Codice*; “*sin que se pueda saber cuál ha muerto la primera*”, según el artículo 720 del dominicano; “*qu’il sois possible d’établir si l’unea survécu à l’autre*”, a tenor del artículo 32, segundo párrafo, del Código Civil suizo.

⁶¹ DE LA PLAZA, Manuel, *Derecho Procesal Civil español*, volumen I, Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1942, p. 436.

⁶² *Ibidem*, p. 484.

⁶³ En fin, resulta necesario probar los presupuestos fácticos que hagan actuar la presunción. Vid. PARRA QUIJANO, Jairo, *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*, tomo IV, 5ª edición, ampliada y actualizada, Librería ediciones del profesional Ltda., Bogotá, 2005, pp. 216-217; LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo, *Las presunciones judiciales y los indicios*, 2ª edición, ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, pp. 55-63.

⁶⁴ Así, LUZZATTO, *cit. pos* PROTETTÍ, E., “Comentario al...”, *cit.*, p. 53.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ PROTETTÍ, E., “Comentario al...”, *cit.*, p. 54.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 55.

⁶⁸ Vid. CIAN, Giorgio y Alberto TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, CEDAM, Padova, 1981, p. 32.

⁶⁹ Vid. PERLINGERI, Pietro, “Comentario al artículo 4”, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, Libro Primo (artt. 1-455)*, UTET, Torino, 1980, pp. 180-181.

⁷⁰ Vid. BIANCA, C. Massimo, *Diritto Civile I – La norma giuridica – I soggetti*, Giuffrè Editore, Milano, 1978, pp. 205-207.

⁷¹ CASTRO Y BRAVO, F. de, *Derecho Civil...*, *cit.*, p. 141.

⁷² Vid. DÍEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN, *Sistema...*, I, p. 319. Posición ratificada por este último en “Comentario al...”, *cit.*, p. 590.

⁷³ Vid. DE LA IGLESIA MONJE, M.I., “Conmoriencia...”, *cit.*, p. 1195.

⁷⁴ Vid. PEREÑA VICENTE, M., “La reforma del Derecho...”, *cit.*, pp. 2860-2861.

⁷⁵ Vid. VALENCIA ZEA, A. y Á. ORTIZ MONSALVE, *Derecho...*, I, *cit.*, pp. 366-367.

⁷⁶ Vid. MONTOYA OSORIO, M.E. y G. MONTOYA PÉREZ, *Las personas...*, *cit.*, p. 246.

⁷⁷ Vid. PARRA QUIJANO, J., *Tratado de la...*, *cit.*, p. 228.

⁷⁸ Vid. ESPINOZA ESPINOZA, J., *Derecho de...*, *cit.*, pp. 684-685.

⁷⁹ Vid. CLEMENTE DÍAZ, Tirso, *Derecho Civil. Parte General*, tomo I (primera parte), ENPES, La Habana, 1983, p. 298, quien expresa: “Aunque se censura y se considera inverosímil que pueda darse una muerte simultánea, debe aceptarse tal solución, ya que no hay motivos para establecer la premoriencia, cuando no se ha probado ésta. Es una presunción *iuris tantum*”.

⁸⁰ Vid. CAÑIZARES, F.D., *Teoría...*, *cit.*, p. 289.

⁸¹ Vid. DÍAZ MAGRANS, M.M., “La persona...”, *cit.*, pp. 150-151.

⁸² Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.*, *Elementos...*, I, volumen II, pp. 21-22.

⁸³ Vid. ROCA TRÍAS, E., “Comentario al...”, *cit.*, p. 234.

⁸⁴ Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentarios...”, *cit.*, pp. 820-823.

⁸⁵ Vid. GONZÁLEZ GOZALO, A., “Comentarios al...”, *cit.*, p. 149.

⁸⁶ Vid. HUALDE SÁNCHEZ, J.J., “La personalidad”, *cit.*, pp. 127-128.

⁸⁷ Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentarios...”, *cit.*, p. 823.

⁸⁸ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Comentarios al...”, *cit.*, pp. 350-351.

⁸⁹ Para FAIRÉN GUILLÉN, siguiendo a MICHELI, se trata de uno de los supuestos de carga legal de la prueba, o lo que es lo mismo, de una atribución probatoria contenida en una ley material (el Código Civil). Vid. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Teoría General del Derecho Procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1992, p. 447. Tómese en consideración que, a diferencia del artículo 27 de nuestro Código Civil, el artículo 33 del español sí establece expresamente que quien “sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla; a falta de prueba (...)”, lo cual no quiere decir, en modo alguno, que dicha carga de la prueba no esté latente en la expresión de nuestro artículo 27, pues otra cosa no predica el que pueda ser destruíble la presunción contenida en él.

⁹⁰ Asimismo, reconocen la presunción *iuris tantum* de simultaneidad de los fallecimientos, al emplear expresamente la alocución “se presume”: el artículo 35 del Código Civil costarricense, el artículo 68.2 del Código Civil portugués, el artículo 34 del Código Civil paraguayo, el artículo 46 del Código Civil panameño, el artículo 3 del Código Civil guatemalteco, el artículo 109 del Código Civil argentino, el artículo 8 del Código Civil brasilero, el artículo 32, segundo párrafo, del Código Civil suizo. Implícitamente, el artículo 62 del Código Civil peruano (dice “se las reputa”) y también el artículo 2, fracción II, del Código Civil boliviano (expresa “se considera”), el cual sigue la redacción dada por el archipolémico artículo 4 del *Codice*, que expresa en italiano “si consideran”. Los códigos inspirados en el Código de Andrés Bello, utilizan la expresión: “se procederá, en todos [los] casos, como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento”, lo cual no desdice que estamos en presencia también de una presunción *iuris tantum*.

⁹¹ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Comentarios al...”, *cit.*, p. 351.

⁹² A tal efecto, la controvertida Sentencia del Tribunal Supremo español de 4 de diciembre de 1948, citada por toda la doctrina española que ha estudiado el tema y comentada por DÍEZ-PICAZO, que enjuicia el caso relativo a unos cónyuges que se habían instituido recíprocamente herederos y fueron fusilados durante la guerra civil el día 21 de agosto de 1936, sostuvo que: “... *aquel que sostenga la muerte anterior de una u otra es el que debe justificarla, pero quien afirme la comoriencia y, consiguientemente, la intransmisión de derechos entre las mismas, no tiene que probar otra cosa, sino que el estado de duda existe, porque supuesta tal situación, la comoriencia es una presunción establecida por la ley y las presunciones establecidas por la ley relevan de toda prueba a los favorecidos por ellas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1250 del Código civil*”. Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentarios...”, *cit.*, p. 822.

⁹³ Así, MONTOYA OSORIO, M.E. y G. MONTOYA PÉREZ, *Las personas...*, *cit.*, pp. 25-26.

⁹⁴ Por eso al decir de CASTIELLA RODRÍGUEZ, J.J., “La persona, el estado civil...”, *cit.*, p. 102, ante los supuestos en los cuales resulta imposible, por las circunstancias en que acontecieron las muertes, la determinación exacta de su data, “el Derecho debe proporcionar unos criterios complementarios que sirvan para resolver las dudas sobre transmisiones de derechos entre las personas de las que se duda el orden de sus respectivos fallecimientos. En este orden de consideraciones encaja el concepto de comoriencia, simultaneidad cronológica total de dos o más fallecimientos, que evita inclinarse por una u otra supervivencia y sustituye ese problema por el más reconducible y regulable de fijar un criterio legal de solución al conflicto de transmisiones planteado”.

⁹⁵ Es dable aclarar que el notario autorizante debió haber advertido la situación de comoriencia que se daba en el caso, razón por la cual era procedente autorizar cuatro declaratorias de herederos, una por cada causante, de modo que al señor G.J. Turrueñas Pérez, le debía heredar por el segundo llamado sucesorio su madre M.M. Turrueñas Pérez; a la señora C.J. Labrada Santana, sus padres, los señores B.V. Labrada Argote y A.D. Santana Díaz, también por el segundo llamado sucesorio, y a cada uno de los hijos fallecidos Je. Turrueñas Labrada y Jo. Turrueñas Labrada, sus respectivos abuelos (la abuela paterna y los abuelos maternos ya nombrados) por el cuarto llamado sucesorio, y no como desacertadamente se expresa *in fine* de la cuarta de las cláusulas de la mencionada acta, a través de una declaración conjunta bajo los términos: “*dejando como sus únicos y universales herederos a sus padres y abuelos respectivamente, los señores (...) por la línea materna y (...) por la línea materna*”.

⁹⁶ Entre las pruebas interesadas por la parte recurrente estaban: prueba de libro, consistente en que fueran presentados por el primer suboficial I.D., los libros de registros y control de certificados de lesiones que se corresponden con la fecha de los fallecimientos interesados y

que consta de 40 hojas perfectamente foliadas, donde se acredita en la hoja 13, ordinal 8, los datos de Je. Turrueñas Labrada (caso recibido el día 21.08.04 a las 9.20 horas, que pasó al salón quirúrgico con la impresión diagnóstica grave con peligro inminente para la vida, confeccionado el propio día a las 9:30 horas) y en el ordinal 9, los de G.J. Turrueñas Pérez (caso que llegó fallecido al cuerpo de guardia con trauma craneo-cefálico y abdominal, recibido a las 9:20 horas ya fallecido, confeccionado a las 9:30 horas del 21.08.04) y el libro de incidencias que en el folio 116 recoge la información desde las llegadas de las personas al hospital, después de sufrir un accidente, hasta que se certificara la muerte, los cuales están perfectamente identificados, asimismo prueba testifical consistente en las declaraciones del Dr. R.A.G.L., médico del hospital, del Jefe de la Sección de Estadísticas del hospital, del Jefe del Departamento de Registros médicos y del primer suboficial I.D., oficial investigador.

⁹⁷ Una vez practicada la prueba de libros interesada se reflejó en autos que al folio 116, vuelta 115, del libro de incidencias se registra que a las 9:20 a.m. del 21.08.04 se recibe en el hospital unos lesionados, consecuencia de un accidente de tránsito, entre los fallecidos se encuentra G.J. Turrueñas Pérez, con sus generales, señalándose que este ciudadano llegó fallecido. Se consigna, además, que Je. Turrueñas Labrada, con sus generales, encontrándose en el salón de operaciones, falleció. Libro que corresponde al Departamento de la P.N.R. politraumatizados del Hospital L.D.S.

⁹⁸ Es interesante en este sentido la formulación dada al artículo 722 del Código Civil belga, por el artículo 2 de la Ley de 19 de septiembre de 1977 que contiene un exclusivo pronunciamiento en torno a la posibilidad de que el juez conceda uno o varios plazos a la parte que intenta destruir la presunción de conmorencia cuando por circunstancias inimputables a él, prueba la dificultad que tiene para acreditar el orden de los fallecimientos, motivo por el cual el juez podría concederle tales plazos, ante la razonable idea de que en dicho período podrán aportarse las pruebas. Como expresa VALKENEER, R. de, "La Convention Benelux sur les comourants et son annexe", en *Revue du notariat belge*, 1978, p. 411: "Se ha preferido esta solución a aquella que consiste en precisar la duración del plazo a modo de cubrir todo tipo de eventualidades; ella tiene por demás la ventaja de la flexibilidad teniendo en cuenta todas las circunstancias imprevisibles que puedan surgir y aquellas que las partes tendrán que enfrentar". Se trata de una norma que no tiene parangón en los cuerpos normativos estudiados, con naturaleza más procesal que sustantiva, tendiente a proteger a quien pretende destruir la presunción de conmorencia reconocida en el artículo 721 del propio cuerpo legal.

⁹⁹ DE LA PLAZA, M., *Derecho Procesal...*, cit., p. 485.

¹⁰⁰ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo II – *Perspectiva dinámica*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 1984, pp. 160-161.

¹⁰¹ Vid. MACHADO CURBELO, Calixto *et al.*, "Resolución para la determinación y certificación de la muerte en Cuba", en *Revista Neurología*, 36(8), 2003; HODELÍN TABLADA, Ricardo, "El neurocirujano ante el debate actual de la muerte encefálica", en <http://www.uninet.edu/neuroc2002/papers/C-muerteencefalica.htm>, consultado el 27 de abril del 2007, y toda la literatura científica citada por ellos. Empero, con cierto escepticismo GHERARDI, Carlos R., "La muerte cerebral y la muerte", en *Medicina*, volumen 57, Nº 1, 1997, Buenos Aires, pp. 114-118, <http://www.medicinabuenosaires.com/vol57-97/1/muertecereb.htm>, consultado el 27 de abril del 2007.

¹⁰² El papa JUAN PABLO II, al respecto, expresó: "Frente a los actuales parámetros de certificación de la muerte –sea los signos 'encefálicos' sea los más tradicionales signos cardiorrespiratorios–, la Iglesia no hace opciones científicas. Se limita a cumplir su deber evangélico de confrontar los datos que brinda la ciencia médica con la concepción cristiana de la unidad de la persona, poniendo de relieve las semejanzas y los posibles conflictos, que podrían poner en peligro el respeto a la dignidad humana. Desde esta perspectiva se puede afirmar que el reciente criterio de certificación de la muerte antes mencionado, es decir, la cesación total e irreversible de toda actividad cerebral, si se aplica escrupulosamente, no parece en conflicto con los elementos esenciales de una correcta concepción antropológica. En consecuencia, el agente sanitario que tenga la responsabilidad profesional de esa certificación puede basarse en ese criterio para llegar, en cada caso, a aquel grado de seguridad en el juicio ético que la doctrina moral califica con el término de 'certeza moral'. Esta certeza moral es necesaria y suficiente para poder actuar de manera éticamente correcta". Vid. JUAN PABLO II, "Discurso al XVIII Congreso internacional de la Sociedad de trasplantes", pronunciado el 29 de agosto del año 2000, en

http://www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=334, consultado el 27 de abril del 2007.

¹⁰³ Como expresa el profesor MACHADO CURBELO, entre el personal médico hay coincidencia de criterios de la necesidad de los períodos de observación a los efectos de confirmar el diagnóstico de muerte encefálica “ya que existen varias situaciones, como la intoxicación por drogas depresoras del sistema nervioso central (SNC), anestésicos, hipotermia, etc., que dan lugar a un cuadro clínico muy similar a la ME, sin ser necesariamente un estado irreversible”. *Vid.* MACHADO CURBELO, C. *et al.*, “Resolución para...”, *cit.*, p. 764.

¹⁰⁴ También se prevé períodos de observación más largos para los casos de neonatos pretérminos (48 horas), recién nacidos a término hasta dos meses (48 horas), infantes desde dos meses a un año (24 horas) y entre uno y dos años (12 horas en presencia de lesión destructiva o 24 horas cuando la causa es encefalopatía anoxicaisquémica).

¹⁰⁵ El Anexo II prevé que las pruebas instrumentales de soporte diagnóstico desde un punto de vista científico no son obligatorias. Estas se clasifican en: pruebas que evalúan la función neuronal, entre las cuales se incluyen: la electroencefalografía, los potenciales evocados multimodales y el electroretinograma, y las pruebas que evalúan el flujo sanguíneo o cerebral, entre las que cabe citar: la arteriografía cerebral de los cuatro vasos, la angiografía cerebral por sustracción digital, la angiogramagrafía cerebral con radiofármacos capaces de atravesar la barrera hematoencefálica intacta y la sonografía Doppler transcraneal.

¹⁰⁶ Cabe reseñar en este sentido: el artículo 62 del Código Civil peruano que establece que entre los conmorientes “no hay transmisión de derechos hereditarios”; el artículo 33 del Código Civil español, conforme con el cual, entre dichas personas “no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro”; el artículo 46 del Código Civil panameño, con idéntica expresión que el español; el artículo 109 del Código Civil argentino que al respecto establece: “sin que se pueda alegar transmisión alguna de derecho entre ellas”, al igual que el artículo 3 del Código Civil guatemalteco, con idéntica redacción, el artículo 1287 del Código Civil Federal de México que se pronuncia en el sentido de que: “no habrá lugar entre ellos a la transmisión de la herencia o legado” y el artículo 725.1, segundo párrafo, del *Code* Napoleón, con la nueva redacción dada por la Ley de 3 de diciembre del 2001, según el cual, si el orden de los fallecimientos de las personas conmorientes no puede ser determinado, “la sucesión de cada una de ellas se deferirá sin que la otra sea llamada”, que a la postre, no es sino una manera de decir que entre los conmorientes no hay transmisión de derechos.

¹⁰⁷ Esta orientación la siguen: el artículo 35 del Código Civil costarricense, el artículo 68.2 del Código Civil portugués, el artículo 34 del Código Civil paraguayo, el artículo 65 del Código Civil ecuatoriano, el artículo 82 del Código Civil hondureño, el artículo 78 del Código Civil salvadoreño, el artículo 47 del Código Civil nicaragüense, el artículo 79 del Código Civil chileno, el artículo 95 del Código Civil colombiano; el artículo 32, segundo párrafo, del Código Civil suizo; el artículo 721 del Código Civil belga y el artículo 4 del *Codice*.

¹⁰⁸ Sobre el tema *vid.* en el contexto cubano lo dicho por mí, en *Derecho de Sucesiones*, tomo I, bajo mi coordinación, Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 117-120.

¹⁰⁹ *Vid.* LLERENA, Baldomero, *Concordancia y comentarios del Código Civil Argentino*, tomo I, 2ª edición, La Facultad, Buenos Aires, 1899, p. 224.

¹¹⁰ *Vid.* ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, volumen I, Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 101, en nota (24).

¹¹¹ MEDINA, Graciela, “Comentarios al artículo 3554 del Código Civil”, en http://www.gracielamedina.com/archivos/codigos/pdf/000002_3554.pdf, p. 2, consultado el 13 de abril del 2007.

¹¹² *Ibidem*, pp. 2-3.

¹¹³ Entre las razones que el juez ponente (Dr. Héctor M. Conde) adujo en su Sentencia de 10 de septiembre de 1996 (publicada en LLBA 1997, 79) para defender su tesis, cabe señalar que: “Si bien es inobjetable, que en nuestro derecho positivo la sucesión se abre desde el momento de la muerte del autor de la misma, de ello no puede inferirse la inadmisibilidad del derecho de representación, en tanto no debe olvidarse, que los representantes concurren a recibir la herencia que hubiese correspondido al representado sin que se opere la apertura de su sucesión. Para que así suceda, la ley exige solamente que el representado haya muerto, como lo dispone el art. 3554, hecha la salvedad de la hipótesis del renunciante.

”Si una persona sobrevive un solo instante al causante, la herencia se transmite a sus propios herederos (art. 3419), sin que por consiguiente funcione el derecho de representación. El art.

109 requiere que no se sepa cuál de las personas falleció primero, excluyendo la posibilidad de transmisión entre los conmorientes.

"Por ello no implica que el derecho de representación quede fuera de sus proyecciones, pues nuestra ley no exige que el representado muera con anterioridad al causante, aunque por ser éste el caso más común, el art. 3557 se refiere a él en forma ejemplificativa. En cambio los arts. 3549, 3554 y 3562, que delimitan la institución y sus efectos, no hacen mención alguna de la premoriencia.

"La ley requiere solamente que el representado no viva al momento de la abertura de la sucesión, y por definición en la conmoriencia se cumple tal requisito".

"... equiparar la conmoriencia a la premoriencia en cuanto al derecho de representación no requiere ningún esfuerzo pretoriano, ninguna tarea de 'integración', ni menos de 'creación', pues partiendo de la simple interpretación del juez más positivista y legalista no podría resultar una solución distinta, sin violarse la lógica más elemental, pasando a explicarlo:

"a) Ante todo, dentro del capítulo I ('Del derecho de representación'), del título VIII de la secc. I del libro IV del Código, sin esfuerzo alguno advertimos que los arts. 3549 a 3556 contienen las normas generales regulatorias de la institución; en cambio los arts. 3557 a 3561 agrupan normas especiales aplicables a cada línea de parentesco. Pues bien, esas normas generales son comprensivas de la hipótesis de conmoriencia. En efecto:

"b) Si según la definición del art. 3549, los hijos son colocados en el grado de su padre para suceder lo que el padre (o la madre) habrían sucedido, es porque el padre (o la madre) no pudieron suceder. Si murieron antes evidentemente no pudieron suceder, y si murieron al mismo tiempo tampoco por expresa disposición del art. 109. Luego, en ambos casos hay representación.

"c) Si conforme al art. 3554 'No se puede representar sino a las personas muertas...' ¿es acaso, el conmuerto menos muerto que el premuerto?

"d) Si según el art. 3555 el declarado presuntamente muerto puede ser representado por sus hijos no probándose que existía al tiempo de abrirse la sucesión, vemos que lo que la ley no quiere es que se represente a una persona existente, viviente; ¿es acaso el conmuerto un ser existente viviente?

"e) Si más tarde, en un solo artículo, comprendido entre las normas especiales (el art. 3557), la ley ejemplifica usando las palabras 'premuerto', y 'muerto antes que éste', esta alusión casuística no puede modificar lo ya normado generalmente con anterioridad. Máxime cuando la nota del art. 3557 insiste en que la afección del hombre se extiende a todos los descendientes, todos le son igualmente queridos, porque todos igualmente representan los hijos que ha perdido. Su ternura le sigue en los diversos grados... ¿cómo?, ¿se le termina el afecto y la ternura respecto al nieto que tuvo la desgracia de ver morir juntos a su padre y a su abuelo? (para el caso, sería respecto de los sobrinos, que tuvieron la desgracia de ver morir juntos a su padre y a su tío).

"f) Que las restantes normas especiales confirman que lo del art. 3557 no pasó de una alusión, incidental, sin trascendencia alguna. El propio art. sigte, 3558, exige, para el funcionamiento de la representación que hubiesen muerto todas las personas que separan al representante del difunto. Y que la institución no funciona si uno de ellos vive; ¿acaso el conmuerto no ha muerto? ¿es que aún vive?

"g) En el cap. II ('Efectos de la representación') el primer art. (3562) concuerda con la definición del art. 3549: la representación hace entrar al representante en los derechos que el representado hubiese tenido si viviera antes. Y ciertamente no viven, ni el premuerto ni el conmuerto.

"h) Por lo tanto el art. 109 no es obstáculo en absoluto. Al revés, precisamente porque no hay transmisión (palabra usada aquí en el sentido de 'sucesión') es que hay representación. Cuando hay transmisión no puede haber representación.

"i) En cuanto al art. 3557, y sus 'premuerto' y 'muerto antes', esas palabras corresponden positivamente a la frase negativa 'no ha sobrevivido al causante'.

"j) Que lo que importa pues a la ley es que el lugar esté libre y vacante (cfr. nota al art. 3554, art. 3558 y su nota). Y el lugar del conmoriente lamentablemente lo está".

¹¹⁴ RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de Sucesiones, Común y Foral*, tomo I, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2005, p. 902.

¹¹⁵ PEREÑA VICENTE, M., "La reforma del Derecho...", *cit.*, pp. 2861-2862. VATIER FUENZALIDA, Carlos, "El derecho de representación. Propuesta de regulación con texto articulado", en <http://derechocivil.net/ponencias/document.php?id=126>, consultado el 31 de marzo del 2006, p.

3, también se inclina porque el régimen de la conmorienca sea asimilable al de la premoriencia, en sede de representación sucesoria.

¹¹⁶ CHIKOC BARREDA, Naiví, "Formas de suceder", en *Derecho de Sucesiones*, tomo I, bajo la dirección de Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 86-87.

¹¹⁷ PEREÑA VICENTE, M., "La reforma del Derecho...", *cit.*, p. 2861.

¹¹⁸ Y hablo de interpretación extensiva y no de analogía, pues se trata de un caso en que el marco institucional en que la norma actúa (artículo 512 del Código Civil) que es el del derecho de representación en la sucesión *ab intestato*, es el mismo en el supuesto de conmorienca, que en el de premoriencia, simplemente considero incluido en el supuesto de hecho normativo (delimitación específica de la norma), otro no comprendido en la literalidad que la norma encierra, sin que quepa argüir el hecho de estar en presencia de una norma prohibitiva, sancionadora, limitativa de la capacidad de obrar o de los derechos subjetivos, ni de una norma *ius singulare* o de Derecho excepcional. Criterio que sigo *apud* Díez-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª edición corregida y puesta al día, Ariel, Barcelona, 1993, pp. 279-283.

¹¹⁹ RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de...*, *cit.*, tomo II – volumen 1º, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2004, p. 78.

¹²⁰ Como expresa Díez-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas...*, *cit.*, pp. 305-306: "... el supuesto de hecho de aplicación de una norma jurídica no es sólo la descripción pormenorizada de los elementos contenidos en el texto, sino también un conjunto de circunstancias exteriores, implícitas o sobreentendidas, que fueron tenidos a la vista al establecer dicho texto".

¹²¹ *Vid.* CHIKOC BARREDA, N., "La relación jurídica sucesoria", en *Derecho de Sucesiones*, tomo I, bajo mi coordinación, Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 70-72.

¹²² Publicada en el *Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña (DOGC núm. 4576 – 20/02/2006)*, a través de la Resolución JUS/309/2006, de 1 de febrero, por la que se da publicidad a la mencionada resolución, en http://eleccions99.gencat.es/diari_c/4576/06016096.htm, consultada el 13 de abril del 2007.

¹²³ Por la peculiaridad del caso, es dable ofrecer una síntesis de los hechos sometidos a la consideración de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña y los fundamentos de Derecho sustentados.

En efecto, el día 6 de mayo de 2005 el notario de Barcelona R.C.A. autorizó una escritura de inventario y de adjudicación de herencia en la que comparecía el señor J.G.M., como sustituto vulgar instituido por su tío, J.M.R., quien así lo había nombrado para el caso de "*muerte simultánea del testador y de su esposa*", la cual premurió al testador. A tenor de dicha escritura se inventariaban los bienes hereditarios constituidos por diversos activos financieros y una vivienda situada en Molins de Rei. El testamento que sirve de título sucesorio se otorgó en Molins de Rei, ante el entonces notario de esta localidad M.R.P., el día 15 de julio de 1976, y en él, el testador dispuso lo siguiente:

"I.- Dice que es casado en únicas nupcias con la señora R.C.M. faltándole sucesión. II.- Nombra e instituye el testador, como su única y universal heredera de todos sus bienes y derechos presentes y futuros, a su esposa la señora R.C.M., en pleno dominio y libre disposición. III.- Para el caso de muerte simultánea del testador y de su esposa, los derechos del otorgante sobre un piso vivienda situado en Molins de Rei serían para su sobrino carnal J.G.M., hijo de E.M.R., hermana del testador, al que instituye heredero en tal caso. Esta es la fiel expresión de su voluntad (...) queriendo que este su testamento valga como tal, como codicilo o por aquella otra disposición de última voluntad que pueda valer mejor en derecho".

La señora R.C.M. murió en Molins de Rei el día 1 de julio de 1987, motivo por el que no tuvo efecto el llamamiento a su favor establecido en la cláusula II del testamento, y el testador J.M.R. murió en el mismo lugar el 25 de febrero de 2005, viudo y sin descendientes, sin haber otorgado ningún otro testamento que el del día 15 de julio de 1976 antes indicado.

El día 26 de julio de 2005, una vez liquidado el impuesto, la escritura se presentó al Registro de la Propiedad Nº 2 de Sant Feliu de Llobregat, y fue calificada el día 16 de agosto de 2005 con denegación de la inscripción.

En la nota de calificación de 16 de agosto, la registradora fundamenta la denegación de la inscripción de la escritura de inventario en una interpretación literal del testamento de 1976 dado que el causante, dice, estableció la sustitución

vulgar según la que *"para el caso de muerte simultánea del testador y su esposa, los derechos del otorgante (...) serían para su sobrino carnal (...) al que instituye heredero en tal caso"*.

La registradora considera que, el haber premuerto al testador la heredera primeramente instituida y no haberse producido la muerte simultánea, esto es, la conmoriencia, entre esta y el testador, es procedente abrir la sucesión intestada para determinar quiénes son los herederos de acuerdo con la ley, sin que el sobrino se pueda atribuir esta condición, porque lo impide una interpretación literal y conforme con la voluntad del testador.

Alega, como fundamento de derecho, que el artículo 167 del Código de Sucesiones regula los supuestos en que opera la sustitución vulgar, entre los que destaca la premoriencia del primer llamado, que el testador ha de establecer expresamente y no puede deducirse de una cláusula redactada para un supuesto diferente. Continúa diciendo la registradora que "el testador quiso que sólo en el caso de muerte simultánea su sobrino designado con nombre y apellidos fuera el legatario de un bien inmueble concreto y, sólo en ese caso, heredero. Se puede considerar una segunda institución de heredero bajo condición suspensiva, pero esta condición no se ha cumplido en los términos queridos por el causante porque no hubo conmoriencia sino premoriencia de la esposa".

El 15 de septiembre, el notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la calificación en el mismo Registro. En esencia, el recurrente alegó que el testador no había establecido la sustitución sólo para el caso de la conmoriencia, excluyendo otros supuestos, sino que más bien lo hizo de manera ejemplificadora. El notario también, entre otras razones arguyó que el sentido de la cláusula codicilar que se estableció en el testamento era de excluir la intestada sobre la base del principio de conservación del testamento y, finalmente, con alegación del artículo 110 del Código de sucesiones, indicó que para la interpretación del testamento es necesario atenerse plenamente a la verdadera voluntad del testador sin tener que sujetarse necesariamente al significado literal de las palabras empleadas.

Por su parte, la Dirección General sustenta su decisión en tres fundamentos jurídicos, de los cuales sintetizo los que se avienen al presente estudio. Así, el segundo de ellos se motiva en la interpretación del testamento, por cuya razón, el Centro directivo considera que *"no hay en el testamento ningún elemento que permita asegurar que la expresión para el caso de muerte simultánea del testador y de su esposa contiene una voluntad clara y explícita de exclusión de otros supuestos de premoriencia. No se dice, por ejemplo, 'para el caso exclusivo de muerte simultánea', sino para el caso de muerte simultánea. No se dice 'instituye heredero sólo en este caso', sino al que instituye heredero en tal caso. Por tanto, más bien cabe pensar que la expresión en 'caso de muerte simultánea' opera en un sentido ejemplificador y no excluyente, parecido al que se utilizaba en el artículo 155 de la Compilación de 1960 y al que se utiliza hoy en el artículo 167 del Código de sucesiones"*. Mientras el tercero de los fundamentos jurídicos se basa en la fuerza expansiva de la sustitución vulgar, lo cual refuerza la tesis que vengo sosteniendo, para ello se esgrime: *"la sustitución vulgar es un instrumento que permite evitar la apertura de la sucesión intestada cuando hay un testamento válido"*, que ha de ser contemplada a la luz de *"dos principios clásicos: el de la prevalencia de la voluntad del testador y el de la prevalencia de la sucesión testada sobre la intestada"*, y sobre todo: *"se ha de remarcar, también, que la ley no hace ninguna referencia a la muerte simultánea entre los casos para los que se puede prever la sustitución vulgar, si bien a menudo es una de las que el testador puede tener en cuenta a la hora de ordenarla. En el derecho clásico, la ley procuraba excluir la conmoriencia a base de las presunciones que contenía el Digesto (34.5.9), cosa que explica las pocas referencias al caso al tratar las sustituciones vulgares. En el derecho moderno, en cambio, el silencio legal parece, simplemente, una equiparación de conmoriencia a premoriencia"*.

¹²⁴ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Panorama...*, II, cit., pp. 160-161.

¹²⁵ No puede perderse de vista que en Derecho Civil las normas imperativas son excepcionales, y que la presunción de conmoriencia es última *ratio*, solo se aplica cuando no

pueda probarse el exacto orden cronológico en que acontecieron los fallecimientos, precisamente porque su consecuencia es cercenar la transmisión de derechos entre los conmorientes, que en nada favorece el tráfico jurídico.

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ Tomado de <http://www.los4.com/quemas/eltestamento.html>, consultado el 24 de mayo del 2007.

¹²⁸ No puede obviarse que el testamento fue otorgado conforme con los dictados del *Common Law*, en el que las reglas de la evidencia son imprescindibles para demostrar la precedencia de los fallecimientos y con ello desatar los efectos que en Derecho ello genera.

¹²⁹ *Vid.* CABANILLAS SÁNCHEZ, A., en *Comentarios al Código Civil y...*, *cit.*, tomo I, volumen III (artículos 17 a 41 del Código Civil), p. 819.

¹³⁰ Sobre el concepto de este instituto, sus peculiaridades, devenir histórico y construcción dogmática, *vid. per omnia*, mi monografía, *De la designación de beneficiario mortis causa en cuenta de ahorro*, Dykinson, Madrid, 2005.

¹³¹ Según MARCIANO, *cit. pos* VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Estudios sobre donaciones*, s. ed., Montecorvo, Madrid, 1978, en nota (33), p. 28.

¹³² Para VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Estudios sobre...*, *cit.*, pp. 33-34, se distinguen las donaciones *mortis causa* de los legados, entre otros aspectos en que el donatario adquiere directamente sin que haya necesidad de la adición del heredero ni de ninguna otra persona intermedia. Es eficaz, aunque el testamento no se haga nulo, la donación *mortis causa* en caso de muerte coetánea del donante con el donatario, en tanto que la efectividad del legado presupone la sobrevivencia del legatario; se adquiere lo donado en el último instante de la vida del donante, mientras que el legado se adquiere desde el primer instante de la muerte del causante (*vid.* artículo 498 del Código Civil); el legado solo opera a través del testamento, para lo cual tiene que ajustarse a las formalidades establecidas a tal fin (*vid.* artículos 478 y 483 y siguientes, de aplicación, todos del Código Civil), y las donaciones *mortis causa*, en los ordenamientos que le admiten, obedecen a las formalidades que el Código Civil establece para las donaciones. Distinción esta última capital, dado que si las donaciones *mortis causa* se hicieran a través de legados, perderían su autonomía, configurándose, a partir de entonces, como meros legados.

¹³³ IHERING, *cit. pos* SCAEVOLA, Quintus Mucius, *Código Civil. Comentado y concordado extensamente y totalmente*, revisado y puesto al día por Francisco ORTEGA LORCA, tomo XI, volumen II, 5ª edición, Reus, Madrid, 1943, p. 408.

¹³⁴ *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Estudios sobre...*, *cit.*, p. 139.

¹³⁵ *Idem.*

¹³⁶ *Ibidem*, pp. 137-139.

¹³⁷ Con mejor tino, ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho Sucesorio Mortis Causa*, Primera parte, s. ed., ENPES, La Habana, 1991, pp. 30-31, quien afirma que la relación jurídica sucesoria no es verdaderamente una relación jurídica similar a la relación jurídica obligatoria, al no haber coincidencia, ni espacial ni temporal, de sus pretendidos "sujetos". De suerte que, vivo el causante, no se puede hablar de herederos, pues *hereditas viventis non datur*, y una vez que existen los herederos es porque el transmitente ya ha fallecido, convirtiéndose en *de cuius*.

¹³⁸ Recuérdese que al romperse el vínculo sucesorio entre los conmuertos también se extingue para sus respectivos causahabientes, quienes no podrán suceder al causante principal, respecto del cual el causante directo de ellos y, a la vez, posible sucesor directo del primero, se ve privado de sucederle. *V. gr.*, si los señores A y B, padre e hijo, respectivamente, conmueren, se escinden los vínculos sucesorios entre ellos, pero de igual manera, los herederos de B tampoco sucederían por causa de muerte al causante A, dado que su causante directo, el señor B, descendiente directo a su vez del señor A, al no poder sucederle, tampoco transmitirá a sus herederos el *ius adeundi* que nunca llegó a adquirir, *nemo plus iuris ad alium tranferre potest, quam ipse habet*.

¹³⁹ Hoy día en nuestro ordenamiento material se toma en cuenta el punto de conexión ciudadanía, cuando en el artículo 15 del Código Civil se establece: "*La sucesión por causa de muerte se rige por la legislación del Estado del cual era ciudadano el causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el lugar donde se encuentren*".

¹⁴⁰ Es la posición adoptada por los artículos 26.2 del Código Civil portugués: "*Quando certo efeito jurídico depender da sobrevivência de uma a outra pessoa e estas tiverem leis pessoais*

diferentes, se as presunções de sobrevivência dessas leis forem inconciliáveis, é aplicável o disposto no Nº 2 do artigo 68º” y 2068 del Código Civil peruano, que transcribe al portugués, haciendo expresa remisión a la presunción de conmorienca prevista en su artículo 62.

¹⁴¹ Al estilo del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte que en su artículo 13 dispone: “En caso de que dos o más personas cuyas sucesiones se rijan por leyes diferentes fallezcan en circunstancias que no permitan determinar el orden en que se produjeron los fallecimientos, y cuando dichas leyes regulen esa situación de forma diferente o no lo regulen, ninguna de las personas fallecidas tendrá derecho alguno a la sucesión de la otra u otras”. Obsérvese que el Convenio acude en ausencia de normas jurídicas reguladoras de la situación de conmorienca, o aún existentes, cuando estas resultan incompatibles, a una regla material que tiende a la supresión de derechos entre los conmorientes.

¹⁴² Vid. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “La comorienca en...”, *cit.*, p. 3954.