

# Legítima del cónyuge viudo <sup>(1)</sup>

## S U M A R I O

- I. — Importancia del tema.
- II. — Esbozo histórico.
- III. — Fundamento.
- IV. — Naturaleza jurídica.
- V. — Quién tiene derecho a la cuota vidual.
- VI. — Cuál es la cuantía de la legítima.
- VII. — Interpretación del párrafo primero del artículo 834 del Código civil.
- VIII. — Formas de pago de estas legítimas.
- IX. — ¿Tiene el cónyuge derecho a la legítima en la sucesión abintestato?
- X. — Sobre si este derecho de usufructo es hipotecable y enajenable.
- XI. — Determinación concreta de las legítimas de cada hijo y del viudo.

## I. — IMPORTANCIA DEL TEMA.

Pocas cuestiones jurídicas han sido debatidas con mayor encrucijado y lujo de opiniones que las que resultan al fijar la cuota del viudo o viuda en la sucesión de su difunto consorte, particular-

(1) Para la confección de este modesto trabajo se han consultado, entre otras, las siguientes obras:

- Sánchez Ruano: «Fuero de Salamanca». Salamanca, 1870.  
Martínez Alcubilla: «Códigos antiguos de España». Madrid, 1885.  
Gutiérrez: «Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español», tomo III. Madrid, 1881.  
Navarro Amandi: «Código civil de España». Madrid, 1880.  
Serafini: «Instituciones de Derecho romano». Traducción española de Trias de Bes. Barcelona, 1915, tomo II.  
Arias Ramos: «Derecho romano», tomo I, v. II. Madrid, 1940.  
Castán: «Derecho civil foral», segunda edición. Madrid, 1932.  
Castán: «Derecho civil español común y foral» (oposiciones a Notarías determinadas), tomo I, v. II. Madrid, 1939.  
Clemente de Diego: «Instituciones de Derecho civil español», tomo III. Madrid, 1932.  
De Buen: «Derecho civil español común» (oposiciones a Juzgados), edición segunda. Madrid, 1930.  
Sánchez Román: «Estudios de Derecho civil». Madrid, 1889-1911.  
Valverde: «Tratado de Derecho civil español», tomo V. Valladolid, 1921.  
Manresa: «Comentarios al Código civil español».  
Mucius Scaevola: «Código civil comentado y concordado».

mente cuando concurre con varios hijos o descendientes legítimos.

Su importancia estriba en la frecuencia abrumadora con que la vida nos plantea el problema; su interés práctico, en la ventaja o desventaja que para el viudo supone la aplicación de uno u otro de los criterios seguidos; y su entidad científica, en la profusión literaria con que se ha tratado la materia, consecuencia obligada no tanto de la imprecisión del Código civil como de sus lagunas y de su falta de técnica.

Intentaremos probar, con la máxima concisión posible y huyendo de las continuas llamadas, que ponen en peligro la amenidad de la lectura, cómo uno solo de los criterios propugnados es el verdadero. Le condensaremos, después, en una fórmula aritmética capaz de resolver todos los casos. Y faremos, por último, aplicación de la misma al supuesto más difícil que se pueda presentar.

## II.—ESBOZO HISTÓRICO.

En el antiguo Derecho de Roma no existieron legítimas. Las Novelas 53 y 117 de Justiniano conceden a la viuda pobre el derecho de suceder en la herencia del marido premuerto, aun concursando con parientes del mismo. En concurso con cuatro o más descendientes del marido, obtiene una porción viril, y si había menor número de descendientes u otros parientes, recibe la cuarta parte («quarta uxoria»). Generalmente adquiere la cuota en propiedad, a menos que concurra con hijos propios, en cuyo supuesto sólo se la concede el usufructo. Esta cuarta marital pasó a nuestra ordenación por conducto de la Partida 6.<sup>a</sup>, título XIII, ley 7.<sup>a</sup> (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1860). Dicha cuota no podía rebasar el tope de cien libras de oro; pero nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de octubre de 1898—en Cataluña está vigente la cuarta marital—, resolvió la cuestión en sentido contrario.

Los bárbaros regulan la institución de la «morgengabe» o donación de la mañana, denominada también «pretium virginitatis», y el Derecho islámico avanza hasta conceder al cónyuge derechos legitimarios en los bienes del otro, aunque todavía la cuota de la mujer era inferior a la del marido.

El Derecho y la costumbre en la Edad Media otorgaron a la viuda ciertos derechos en la sucesión, cercenados por el Derecho romano en su recepción.

En la actualidad, los países latinos—España, Italia, Francia, Bélgica—dan a la viuda o viudo una cuota en usufructo. Los germánicos—Alemania, Suiza—prefieren asignársela en plena propiedad.

Por lo que se refiere a nuestra Patria, el «*liber judiciorum*» otorga en usufructo a la madre viuda—no casándose después de la muerte del marido—una porción igual a la de cada hijo. «La madre, si se non casare después de la muerte del marido—ley XV, título II, libro IV del F uero Juzgo—deve partir igualmente en todos los fructos de la buena de su marido con sus hijos mientras visquiere; mas ni lo puede vender, ni dar a ninguno de sus hijos.»

Los Fueros municipales de Salamanca, Sepúlveda, Cuenca, Toledo, Alcalá, Nájera, Plasencia y Cáceres, recogieron los pactos de hermandad, que se celebraban a continuación de la misa del domingo y que tenían por misión establecer el usufructo en favor del superviviente. El Fuero Real respeta la hermandad de bienes entre los esposos, a condición de que no tengan hijos con derecho a heredar (libro III, título VI, ley IX).

La ley CCXXI del F uero de Salamanca llevó el nombre de «ley de viudedad», porque concedía a la mujer cierta clase de bienes inmuebles, condicionada a vivir honestamente y no contraer nuevas nupcias hasta pasados un año y un día del fallecimiento del anterior esposo.

El proyecto de Código de 1851 atribuía al cónyuge una porción legitimaria en propiedad,

Las regiones forales, y especialmente Navarra y Aragón, son espléndidas con el esposo supérstite, y bien merecían la pena de ser imitadas. «Se establecerá—dispuso la base 17 de la ley de 11 de mayo de 1888—a favor del viudo o viuda el usufructo que alguna de las legislaciones especiales le conceden, pero limitándolo a una cuota igual a lo que por su legítima hubiera de percibir cada uno de los hijos, si los hubiere, y determinando los casos en que ha de cesar el usufructo». Se incumplió la promesa hecha de adoptar el tipo foral, aun cuando, como advierte Castán, la viudedad foral encarna mejor que la del Código las tradiciones españolas, responde a una más alta concepción filosófica de la familia y tiene

finalidades y ventajas morales extrañas a la cuota viudal del Código civil.

### III. — FUNDAMENTO.

Nadie podrá negar con razones la legitimidad del derecho sucesorio de los cónyuges, y mucho menos en pueblos como el nuestro, donde la familia es la piedra angular de la sociedad y el matrimonio el supuesto normal de la familia. ¿Es posible concebir —se pregunta Clemente de Diego— que los que en vida se fundieron en uno para engendrar y constituir una familia, corriendo la misma suerte y sirviendo a un común destino, queden extrañados a la hora de la muerte?

Y no es solamente esta comunión de cariño, ni los desvelos comunes, ni la unidad del matrimonio, sino el decoro del viudo, la propia dignidad del premuerto, el interés social y el mismo principio eterno de justicia grabado en todas las conciencias, que nos impone dar a cada uno lo suyo.

### IV. — NATURALEZA JURÍDICA.

Sánchez Román, Valverde y la mayoría de los civilistas, afirman la cualidad de heredero del viudo, basándose en que:

1.º El artículo 807 del Código le enumera entre los herederos forzados.

2.º El 814 regula los efectos de su preterición, y

3.º El 855 determina las justas causas para su desheredación.

Alcubilla le considera heredero forzoso en virtud de la declaración expresa del 807 y por el hecho de volverle a declarar heredero forzoso al concederle la legítima en los artículos 834 a 839.

De Buen, en cambio, es partidario de no darle tal categoría, pues, preterido, no se anula la institución de heredero y porque el artículo 838 le equipara con un legatario de usufructo y le da derecho únicamente a una cantidad numérica.

Clemente de Diego no encuentra convincentes los argumentos aducidos. Contra los primeros opone el hecho de que si el Código denomina legítimas las de los demás herederos forzados, la sección 7.<sup>a</sup>, capítulo II, título III, libro III, lleva por epígrafe: «Derechos del cónyuge viudo». Contra los segundos, que si el artículo 838 autoriza varias formas de pago, el 840 hace lo propio con

respecto al hijo natural y el 1.056 faculta al padre para conservar indivisa una explotación y disponer que se satisfaga en metálico la legítima de los demás hijos, y tanto los naturales como los legítimos son herederos forzados.

Creemos su condición análoga a la del heredero forzoso, pues en los casos de que el testador le deje por cualquier título menos de la legítima, o con su disposición testamentaria mengüe dicha cuota legitimaria, tendrá derecho, respectivamente, a pedir el complemento de la legítima (art. 815) o la reducción de las disposiciones en la parte inoficiosa o excesiva (art. 817), y ambas facultades no pueden ser utilizadas por los que no sean herederos forzados. Le son aplicables, asimismo, los preceptos de los artículos 806, 808 en relación con el 834, 809 en concordancia con el 836, 813, 816, 818, etc.

En definitiva, el viudo es un heredero especial, rebajado de algunos de sus efectos normales (De Diego). Y la jurisprudencia confirma nuestra tesis, y las sentencias de 8 de febrero de 1892, 13 de junio de 1898 y 16 de noviembre de 1929 le reconocen esta calidad. Las de 26 de octubre de 1904, 4 de julio de 1906 y 10 de enero de 1920 le niegan la condición de heredero al efecto de poder ser demandado por razón de deudas existentes contra la herencia; la de 5 de noviembre de 1913 manda liquidar como legítima la cuota viudal, y las de 28 de marzo de 1924, 24 de febrero de 1926, 16 de noviembre de 1929 y 26 de marzo de 1940 le conceptúan como heredero a fin de promover la partición de la herencia y concurrir al otorgamiento de la escritura, de poder ser demandado en juicio de desahucio y de reinvindicar una finca del causante.

#### V. — QUIÉN TIENE DERECHO A LA CUOTA VIUDAL.

Según el artículo 834, es condición precisa qué el viudo, al morir su consorte, no se halle divorciado o lo esté por culpa del difunto (párrafo 1.º). Si estuvieran separados por demanda de divorcio, se esperará el resultado del pleito (párrafo 3.º). Cuando entre los divorciados hubiera mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos (párrafo 4.º). En la hipótesis de nulidad del matrimonio, Castán y Clemente de Diego estiman que los cónyuges quedan privados de la legítima.

## VI. — CUÁL ES LA CUANTÍA DE LA LEGÍTIMA.

Primer caso. *Concurrencia del viudo con un hijo o descendiente legítimo.*—«El viudo o viuda—dice el párrafo 2.<sup>o</sup> del art. 834—tendrá el usufructo del tercio destinado a mejora, conservando el descendiente la nuda propiedad hasta que por fallecimiento del suérstite se consolide en él el dominio.»

Segundo caso. *Concurso del viudo con varios hijos o descendientes legítimos.*—Su cuota en usufructo será igual a la que por legítima corresponda a cada hijo o descendiente no mejorado (párrafo 1.<sup>o</sup> del art. 834). La porción hereditaria deberá sacarse del tercio de mejora (art. 835), a no ser que el cónyuge viudo de segundas nupcias afuaya con hijos de dos o más matrimonios, ya que entonces, de acuerdo con el artículo 839, el usufructo debe sacarse del tercio de libre disposición.

Tercer caso. *Concurrencia del viudo con padres o ascendientes legítimos.*—Tiene derecho a la tercera parte de la herencia en usufructo, cuyo tercio se detrae de la mitad libre, pudiendo el testador disponer de la propiedad del mismo (art. 836). Habiendo hijos naturales reconocidos, tienen éstos derecho (art. 841) a la mitad de la parte de herencia de libre disposición, o, lo que es igual (artículo 809) a la cuarta parte de la mitad libre. Y como ambas legítimas recaen sobre la mitad libre, surge un conflicto, porque al sacar de la mitad un tercio del viudo queda un sexto, cantidad inferior al cuarto de legítima de los naturales; conflicto que soluciona el apartado 2.<sup>o</sup>, art. 841, en el sentido de adjudicar a los naturales, en nuda propiedad y mientras viviere el viudo, lo que les falte para completar su legítima.

Cuarto caso. *Concurso del cónyuge con distintos herederos.*—Cuando el testador no deje descendientes ni ascendientes legítimos, el viudo heredará la mitad de la herencia en usufructo (art. 837).

## VII. — INTERPRETACIÓN DEL PÁRRAFO 1.<sup>o</sup> DEL ARTÍCULO 834 DEL CÓDIGO CIVIL.

Los supuestos aludidos no ofrecen graves dificultades de comprensión, exceptuando el segundo, donde la complicación resulta extraordinaria y los científicos del Derecho han hecho gala de su

ingenio al intentar la determinación de la cuota del cónyuge viudo. La diversidad de teorías, formuladas y mantenidas con vigor, pone de relieve con sobrada elocuencia los obstáculos legales con que se tropieza para una exégesis correcta de esta disposición del Código sustantivo.

Estimamos necesaria su transcripción literal, a fin de tenerla siempre a la vista en tan intrincada materia: «*El viudo o viuda que al morir su consorte no se hallare divorciado, o lo estuviere por culpa del cónyuge difunto, tendrá derecho a una cuota, en usufructo, igual a la que por legítima corresponda a cada uno de sus hijos o descendientes legítimos no mejorados.*» Ya veremos el alcance y significado concreto de las palabras subrayadas.

Para hallar la legítima del viudo hemos de practicar una división en la cual el dividendo será la legítima de los hijos o descendientes legítimos no mejorados, y el divisor el número de hijos y estirpes de descendientes, o este número más el viudo, según la postura adoptada.

Castán, con extremado acierto, sintetiza las distintas opiniones en la siguiente forma:

#### A.— DETERMINACION DEL DIVIDENDO

*Teoría del dividendo máximo.*—El dividendo le forma todo el haber hereditario, comprendidos el tercio de mejora e incluso el de libre disposición, cuando el causante no haya dispuesto de ellos (*Gaceta del Notariado y Marina Muñoz*).

*Teoría del dividendo fijo o mínimo:*—El dividendo está formado por el tercio de la herencia o legítima estricta o corta (López R. Gómez, Lecaroz, Firmat, Morell, Lozano Sicilia, La Plaza y La Torre).

*Teoría del dividendo variable medio.*—Constituyen el dividendo los dos tercios de la herencia o legítima larga cuando el testador no mejora a ningún hijo o descendiente, y lo que reste de los dos tercios, deducida la porción de que el testador dispuso como mejora, cuando existe esta mejora (Navarro Amandi, Alcubilla, García Lastra, Manresa, Valverde Maruri, Mucius Scaevola, Villalobos López, Otto Escudero, Barrachina, Sánchez Román, Langle, Urias y Morán, Lavandera y Valverde y Valverde).

## B. — DETERMINACION DEL DIVISOR

*Teoría del divisor simple.*—Ha de dividirse entre el número de hijos y estirpes de descendientes (Firmat, Morell, García Lastra, Navarro Amandi, La Plaza, Otto Escudero, Mucius Scaevola, Valverde y Valverde y De Buen).

*Teoría del divisor compuesto.*—Debe dividirse entre el número de hijos y estirpes de descendientes, más el cónyuge viudo (Jareño, Villalobos, Marina y Muñoz, Manresa, Barrachina y Langle).

*Teoría intermedia o casuística.*—Se propone encontrar el mejor procedimiento para conseguir en cada hipótesis la igualdad de cuotas del supérstite y de los hijos no mejorados (Valverde Marturi, Sánchez Román, Urias y Castán). Esta doctrina, como la explican sus seguidores, o resulta demasiado imprecisa y vaga o casi ininteligible, siendo la menos aceptable de su grupo.

Valverde y Valverde y la Resolución de la Dirección General de los Registros de 14 de junio de 1897 manifiestan que dichas soluciones no pasan de ser meras opiniones particulares, sin fuerza obligatoria. La Dirección estuvo acertadísima al resolver el caso planteado, haciendo honor, como siempre, a su rango científico. A nuestro juicio, la legislación civil española sigue abiertamente un criterio único, y su demostración constituye el objeto de estas líneas.

## A' — CRITICA DE LAS TEORIAS SOBRE EL DIVIDENDO

La primera no tiene difusión alguna y es un tanto absurda, por estar en contradicción flagrante con el artículo transcrita del Código que habla de legítima; carácter que no tiene el tercio de libre disposición.

La segunda se sustenta en la base 16 de la ley de Bases de 11 de mayo de 1888, que parece fijar la legítima de los hijos en un tercio del caudal hereditario. Bien deleznable es la argumentación. A tenor de la sentencia del T. S. de 27 de diciembre de 1935, rige el Código con preferencia a la ley de Bases, toda vez que no siendo ésta derecho constituido, carece de eficacia ante los Tribunales a estos efectos y no puede servir de fundamento a demanda o recurso algunos, según la sentencia de 24 de junio de 1897, y el Código civil, en su artículo 808, decide que la legítima de los hijos y

descendientes legítimos la constituyen los dos tercios de la herencia; «pero es que, además—continúa la sentencia del 35—, lejos de existir antinomia entre una y otro, el artículo referido es sólo un fiel reflejo de lo que en la base se consigna e idéntico su contenido, porque en ésta, cualquiera que sea su redacción, ni se niega a la mejora el carácter de legítima, nombrándola para distinguirla del tercio libre, ni se establece de modo forzoso, y en todo caso, con o sin voluntad del testador, el reparto *ab initio* del haber hereditario en tres partes iguales, sino que se deja a la decisión de aquél hacerlo así, pues no otra cosa significa decir que podrá el padre asignar a su arbitrio una de ellas como mejora entre sus hijos, de donde se deduce que, si no lo hace, esa parte destinada a mejora no puede tener otra finalidad que la de venir a acrecentar la legítima, que es, en definitiva, lo que el artículo 808 establece al otorgar al testador la facultad de distribución de su herencia en tres porciones iguales»... En términos análogos se había expresado ya Alvaro Alcubilla.

También se podría aducir en pro de esta tesis que el Código sustantivo se ha referido en el 834 a la legítima estricta, al igual que lo hace en otros preceptos: es evidente que los artículos 813, 815, 816, 817 y 818, entre otros, llaman legítima a la estricta o corta. Rechazamos esta interpretación. No habiendo mejora, el tercio de este nombre es también legítima y corresponde a los descendientes por ministerio de la ley, es decir, por legítima (arts. 808 y 823).

La tercera doctrina es la única cierta y se basa en sólidas razones:

a) El artículo 808 comentado.

b) No hay mejora más que cuando el *de cuius* dispone de todo o parte del tercio en favor de *alguno* o *algunos* de sus hijos o descendientes (art. 823). Cuando el testador no dispone del tercio de mejora, ningún hijo queda mejorado: mejora significa desigualdad, disposición expresa. Si el causante distribuye el tercio entre todos los hijos, no habrá mejora en el caso de atribuirles partes iguales, y la habrá cuando les asigne partes distintas, y las mejoras serán las diferencias entre las cantidades atribuidas y la menor de éstas, y, por consiguiente, el hijo a quien designó la menor resulta sin mejorar. Se puede mejorar a *alguno* o *algunos* de los hijos o descendientes—art. 823—, nunca a *todos*.

c) El propio 823, que habla «de las dos terceras partes destinadas a legítima».

La sentencia citada de 27 de diciembre de 1935, al comentar el artículo 840, acepta explícitamente la doctrina del dividendo variable.

#### B'.—CRITICA DE LAS TESIS SOBRE EL DIVISOR

*Tercera teoría.*—Al descender del empirismo a la formulación de reglas prácticas, encaminadas a solucionar los supuestos que la vida del derecho plantea, no han estado sus ilustres mantenedores a la altura de su justa fama.

En el supuesto, escribe Castán, de haber mejorado el testador a *uno* de sus hijos en el tercio íntegro o parte de él tan considerable que su remanente sea inferior a la cuota que en el tercio de legítima estricta haya de corresponder a cada hijo o estirpe de descendientes, conviene seguir el criterio del divisor simple; en cambio, en el caso de no existir mejora, hay razones poderosas para seguir el sistema del divisor compuesto. Prevé, pues, tres hipótesis: Que no haya mejora; divisor compuesto. Que haya mejora del tercio en favor de *un* hijo; divisor simple. Y que haya mejora de *un* hijo y lo que reste del tercio sea inferior a la parte de cada hijo en la legítima corta; divisor simple.

¿Qué pasará cuando el testador mejore a *varios* hijos, o cuando hubiera un hijo mejorado y lo que reste del tercio sea superior a la porción de cada hijo en la legítima estricta? La segunda objeción es demasiado seria:

1.<sup>o</sup> Porque no sería lógico aplicar al caso el divisor compuesto. En efecto; se trata de un capital de 27.000 pesetas al que acuden el viudo y tres hijos, y uno de éstos está mejorado en 5.999 pesetas. Como el tercio de mejora son 9.000; y  $9.000 - 5.999 = 3.001$ , cantidad mayor de 3.000 (parte de cada hijo en la legítima estricta), de aplicar el divisor máximo obtendríamos:

$$\text{Dividendo} = 18.000 - 5.999 = 12.001.$$

$$\text{Divisor} = 4.$$

$$\text{Cociente o cuota vidual} = 12.001 : 4 = 3.000,25 \text{ pesetas.}$$

Con iguales datos, supongamos que la mejora consistió en 6.001 pesetas. Aplicando esta doctrina, habríamos de usar el divisor mínimo, por ser lo que queda de la mejora inferior a la parte de un hijo en la legítima corta ( $9.000 - 6.001 = 3.000$ , menor que 3.000):

Dividendo = 18.000 — 6.001 = 11.999;

Divisor = 3.

Cóciente o cuota del viudo = 11.999 : 3 = 3.999,99 pesetas.

¿No sería injusto a todas luces que por mejorar el padre en dos pesetas más o menos, varíe la porción del viudo en cerca de 1.000, tratándose de un capital tan exiguo? ¿Y no sería un contrasentido que a más mejora corresponda mayor cuota al sobreviviente?

2.<sup>º</sup> Porque tampoco resultaría lógico aplicar el divisor simple, teniendo en cuenta que cuando no haya mejora debe hacerse uso, para estar acordes con esta doctrina, del divisor compuesto.

En el mismo caso estudiado, vamos a suponer que la mejora asciende a una peseta.

Dividendo = 18.000 — 1 = 17.999;

Divisor = 3.

Cuota viudal = 17.999 : 3 = 5.999,99...

Y si el testador no mejoró a nadie:

Dividendo = 18.000.

Divisor = 4.

Viudo = 18.000 : 4 = 4.500.

Podemos repetir lo dicho hace un momento.

Urias, citado por Castán, tampoco zanja estas dificultades al sentar las siguientes normas: Concurso de un hijo o estirpe con el viudo, divisor compuesto (no se sigue ningún criterio, sino el apartado segundo del art. 834, excepción precisamente a la regla general, como tendremos ocasión de ver en seguida). Varios descendientes sin mejora alguna, divisor compuesto (no estamos conformes). Varios descendientes con mejora del tercio, divisor simple (de acuerdo). Varios con mejora parcial igual o superior a la cuota legítimaria de los descendientes, obtenida de dividir entre ellos la legítima verdadera, divisor simple (de acuerdo, aunque no haga falta hacer estas distintas hipótesis). Varios descendientes con mejora parcial inferior a la mencionada cuota, divisor simple hasta el importe de la mejora y compuesto para la diferencia entre la cuota de los legitimarios así obtenida y el terreno o campo de la verdadera legítima (nos parece demasiado confusa la regla y no pecaremos de ligeros al asegurar que esa no puede haber sido la intención de los legisladores ni la de la ley), o más bien, continúa, sintéticamente, divisor compuesto para los dos tercios íntegros

(cae en idéntico defecto de permitir el paso del divisor mínimo al máximo por una pequeñísima diferencia cuantitativa, error ya rebatido convenientemente).

*Segunda y primera teorías.*—Nos inclinamos decididamente por el divisor simple, o sea, por la afirmación de que el divisor es el número de hijos y estirpes de descendientes.

Contra esta doctrina se puede argumentar:

Primero. Que permite al cónyuge aumentar o disminuir la legítima del supérstite con destinar menor o mayor cantidad a la mejora. Esto es inherente a todos los criterios, salvo al del dividendo mínimo, que lleva en sí el máximo perjuicio para el viudo, y la razón de la mutabilidad de la legítima es una más contra él, puesto que la que nos ocupa no es fija por estar en relación inversa con el número de hijos y estirpes de descendientes y con la cuantía de la mejora. Basta pensar que el *de cuius* está autorizado para mejorar a cualquier hijo y eso de menos recibirán los demás en su legítima.

Segundo. Que los hijos pueden quedar perjudicados recibiendo menor participación efectiva que el viudo. Fallece un padre sin disponer del tercio de mejora, dejando cónyuge, tres hijos y un caudal relicito de 27.000 pesetas (1).

Dividendo=18.000.

Divisor simple=3.

Viudo=18.000:3=6.000.

Y como la legítima de cada hijo son 18.000:3=6.000, y las 6.000 de la viuda han de detraerse de la tercera parte destinada a mejora,

Viudo=6.000 pesetas, en usufructo.

Cuota de cada hijo=4.000 en plena propiedad +2.000 en nuda propiedad=6.000.

¿Quedan perjudicados los hijos? Algunos tratadistas piensan que sí; y Manresa alega que el Código con las palabras «lo que por legítima corresponda», da claramente a entender que el tipo de comparación es lo adjudicado a los hijos en pleno dominio.

Ni el artículo 834—comenta De Buen—ni ningún otro del Código civil dicen qué la cuota del viudo ha de ser igual a la que

(1) Obsérvese que utilizamos el caso de no haber mejora por ser el menos favorable a nuestra teoría.

reciban *inmediatamente* los hijos legítimos, sino a la que les corresponda, lo cual es distinto.

Lo que más se ajusta al espíritu del Código—indica Valverde—es dividir el caudal legitimario entre los hijos, dando al cónyuge viudo una cuota en usufructo igual a la de éstos, sacándola del tercio de mejora, como dispone el mismo Código.

Ha de fijarse previamente—vienen a coincidir De Buen, Mucius Scaevola, Valverde y Sánchez Román—la cuota del hijo o descendiente no mejorado, como si el viudo no existiese, y ésta será la porción del cónyuge: criterio del divisor simple.

Por otra parte, nos parece que si con el divisor simple quedan *aparentemente* perjudicados los hijos, con el compuesto queda *realmente* perjudicado el cónyuge. En el supuesto anterior, con el divisor máximo:

Dividendo = 18.000.

Divisor = 4.

Cuota del esposo = 4.500 en usufructo.

Cuota de cada hijo = 4.500 en propiedad plena + 1.500 en nuda propiedad = 6.000.

Las 1.500 pesetas forman también parte de la legítima del hijo no mejorado y se le adjudican en pago de esa legítima. El hijo, a mayor abundamiento, está autorizado por el artículo 489 para efectivar, enajenándolo, su derecho de nuda propiedad, y lo que percibiera lo recibiría de más, en contra de lo que el Código dispone.

Y es que el legislador habló de igualdad de cuotas, no de igualdad de legítimas efectivas. Por ello, el cónyuge siempre resulta con menor asignación positiva, por la adjudicación que ha de hacersele *en usufructo*.

El estudio comparativo de los artículos 834, apartado 2.<sup>o</sup>, 809 y 836 confirmarán nuestra posición. Quedando un hijo solamente y el viudo, corresponde al primero por legítima la tercera parte de la herencia en plena propiedad más otra tercera parte en nuda propiedad (art. 834); y quedando un solo parente con el viudo, corresponde al parente por legítima la mitad de la herencia en pleno dominio (art. 809), puesto que el usufructo del cónyuge se extrae de la otra mitad libre (art. 836). ¿Hace, por tanto, el Código de peor condición al descendiente que al ascendiente? No dispondría entonces que únicamente en defecto de aquéllos sucedieran éstos

(artículo 935), sino al revés. Los legisladores pensaron atinadamente que un tercio en plena propiedad más otro tercio en nuda propiedad equivalen a una cantidad mayor a un medio en pleno dominio.

Y por si fueran pocas, apoyamos la tesis del divisor simple en estas otras razones:

a) Los innúmeros comentarios han desfigurado el artículo 834 y, sobre todo, nos han hecho pensar con lamentable olvido del propio precepto.

Leyéndole con calma nos cercioramos de que la cuota del viudo ha de ser igual a la cuota que por legítima corresponda al descendiente no mejorado. Por eso ha de hallarse, no la cuota del viudo, sino la del hijo o descendiente no mejorado. Y esa cuota será exactamente la que corresponda al superviviente (divisor simple), que se deducirá del tercio de mejora o del de libre disposición (artículos 835 y 839).

b) La analogía del precepto con el del 840, referente al hijo natural, y si en esta hipótesis no es lícito reputar al bastardo como un hijo más, con mayor motivo se ha de excluir de tal concepto al cónyuge en el 834 (Mucius Scaevola).

c) Adjudicando mayor participación al viudo en la sucesión de su consorte, nos identificamos con las modernas corrientes legislativas y doctrinales, favorecedoras de la situación de dicho heredero.

d.) El apartado 2.<sup>º</sup> del artículo 834 otorga al viudo el usufructo del tercio de mejora en concurso con un hijo o descendiente.

El marido deja esposa, un hijo y 27.000 pesetas:

Cuota del cónyuge=9.000.

Legítima del hijo=9.000 en pleno dominio+9.000 en nuda propiedad.

Por el divisor mínimo:

Dividendo=18.000.

Divisor=1.

Cónyuge=18.000.

Por el divisor máximo:

Dividendo=18.000.

Divisor=2.

Cónyuge=9.000.

Alguien verá con gran sorpresa cómo el divisor simple nos conduce a un resultado imposible, a la par que el compuesto nos lleva de la mano a la solución legal, y deducirán equivocadamente la predilección del legislador por el divisor máximo. Por no valer la regla del párrafo primero, los redactores del Código escribieron el segundo. De otro modo, no merecía la pena prever la hipótesis del concurso de un descendiente con el viudo; valdría la regla general.

e) El divisor compuesto no es utilizable cuando el testador dispone del tercio íntegro de mejora. Caso de una viuda y tres hijos y herencia de 27.000 pesetas, pero con mejora a favor de un hijo del tercio del hereditario:

Dividendo = 9.000.

Divisor compuesto = 4.

Cuota viudal = 2.250.

Legítima de los hijos no mejorados =  $9.000 : 3 = 3.000$ , cantidad superior a la del cónyuge.

Luego este criterio es inaplicable.

Recurramos al del divisor mínimo:

Dividendo = 9.000.

Divisor = 3.

Legítima del viudo = 3.000; e

Idem del hijo no mejorado =  $9.000 : 3 = 3.000$ .

De acuerdo, como vemos palpablemente, con la ley sustantiva civil.

f) Y todavía nos falta el análisis de otro artículo de la misma sección, que aclara definitivamente el problema por ser la clave del mismo. Nos referimos al 839: «En el caso de concurrir hijos de dos o más matrimonios, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo de segundas nupcias se sacará de la tercera parte de libre disposición...»

La idea del comentario que sigue se la debemos al Fiscal de la Audiencia de Ávila, Sr. Leyva.

Es incuestionable que el 839 no altera para nada la regla del párrafo primero del 834 y modifica el 835 al ordenar que, en concurrencia con hijos de dos o más matrimonios, la cuota se detrae del tercio libre en vez del de mejora. Ergo si probamos que el del divisor compuesto es un criterio de imposible aplicación al 839,

habremos demostrado que la teoría del divisor simple es la verdadera.

Un padre muere sin disponer del tercio de mejora. El caudal relictico le componen 27.000 pesetas y viven la esposa de segundas nupcias y tres hijos procedentes de dos matrimonios.

Sigamos el divisor compuesto:

Dividendo=18.000.

Divisor=4.

Legítima de la esposa= $18.000 : 4 = 4.500$  en usufructo, a detraer del tercio libre; y

Legítima de cada hijo no mejorado= $18.000 : 3 = 6.000$ , en pleno dominio.

Se vulnera el artículo 834, que manda dar al viudo una porción igual a la legítima del hijo no mejorado.

¿Y utilizando el divisor simple o mínimo?

Dividendo=18.000.

Divisor=3.

Legítima de la mujer= $18.000 : 3 = 6.000$ , en usufructo, que se toman del tercio de libre disposición; y

Legítima de los hijos no mejorados= $18.000 : 3 = 6.000$ , en dominio pleno.

En perfecta armonía, como no podía menos de suceder, con el artículo 834.

Y estableciendo o condensando en una fórmula matemática estos resultados, y llamando  $V$  a la legítima del viudo,  $C$  al capital hereditario,  $M$  al importe global de las mejoras y  $N$  al número de hijos y estirpes de descendientes, tendremos:

$$V = \frac{\frac{2}{3}C - M}{N}$$

«La cuota del cónyuge viudo es igual a dos terceras partes del caudal hereditario, menos la suma de las mejoras, dividido todo por el número de hijos y estirpes de descendientes.»

### VIII. — FORMAS DE PAGO DE ESTAS LEGÍTIMAS.

El artículo 838 autoriza a los herederos a satisfacer al cónyuge su parte, asignándole una renta vitalicia o los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo, y, en su defecto, por virtud de mandamiento judicial.

La sentencia de 20 de diciembre de 1911 faculta a la autoridad judicial para hacer la sustitución en el juicio pertinente, cuando, por tratarse de bienes que no den renta, resulte ilusorio el usufructo. Y la de 28 de marzo de 1924 establece que la sustitución deberá llevarse a cabo con anterioridad a la formalización de las particiones.

Mientras no se satisfaga al viudo su cuota, todos los bienes hereditarios estarán afectos a su pago (párrafo 2.º, art. 838).

### IX. — ¿TIENE EL CÓNYUGE DERECHO A LA LEGÍTIMA EN LA SUCESIÓN ABINTESTATO?

Ni el capítulo III (referente a la sucesión intestada) ni el IV (relativo al orden de suceder), ambos del título III, libro III del Código vigente y comprensivos de los artículos 912 al 958 inclusive, hablan del viudo, con las excepciones del 946, del 952, del 953 y del 954. A falta de las personas comprendidas en las secciones precedentes—manifiesta el 946—, heredan los parientes colaterales y los cónyuges. A falta de hermanos y sobrinos, hijos de éstos, sean o no de doble vínculo—dispone el 952—, sucederá el cónyuge, no separado por sentencia firme de divorcio, en todos los bienes del difunto. En concurrencia del viudo con hermanos o hijos de éstos—sanciona el 953—, aquél tiene derecho a la parte de herencia en usufructo señalada en el 837. No habiendo hermanos ni hijos de hermanos, ni cónyuge—concluye el 954—, sucederán los colaterales hasta el cuarto grado.

Pues bien; de estos preceptos, especialmente del recogido en el artículo 953, que deja a salvo los derechos legitimarios del viudo, solamente cuando afluya a la sucesión intestada con hermanos o hijos de hermanos, dedujeron algunos juristas la exclusión del supérstite en su confluencia con ascendientes o descendientes en la sucesión abintestato.

No vacilamos en aceptar la contestación afirmativa con Alcubilla, Sánchez Román, Manresa, Valverde, Castán... Son motivos harto suficientes:

- 1) El testimonio de Alonso Martínez cuando dice que «con testamento o sin él», por ministerio de la ley, el viudo o viuda ha de tener en la herencia de su consorte el usufructo de una parte igual a la legítima de los hijos.
- 2) La calidad de heredero forzoso del cónyuge, que le da derecho a suceder *forzosamente* (Alcubilla).
- 3) No hace falta que el Código, al regular la sucesión intestada, se ocupe del viudo, pues sus disposiciones en este punto se refieren al orden de suceder en *propiedad* (Castán).
- 4) El artículo 968 obliga al viudo o viuda que pase a segundo matrimonio a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de los bienes adquiridos de su difunto consorte por testamento, *sucesión intestada*, donación u otro cualquier título lucrativo, y el 969 declara aplicable la disposición anterior a los bienes que por los títulos expresados haya adquirido el cónyuge de cualquiera de los hijos de su primer matrimonio. Signos evidentes de los derechos legítimarios del sobreviviente en la sucesión abierta testamento de su difunto consorte, aun quedando descendientes y ascendientes.

#### X.— SOBRE SI ESTE DERECHO DE USUFRUCTO ES HIPOTECABLE Y ENAJENABLE.

La legislación romana y las Partidas no admitieron la alienabilidad del derecho de usufructo, y nuestra antigua ley Hipotecaria siguió el mismo camino al negar su hipotecabilidad, fundándose en que no debía permitirse que la viuda consuma prematuramente lo que se la concede consultando al decoro y buena memoria de la persona a quien estuvo unida en vínculo conyugal.

Durante la vigencia de la ley Hipotecaria de 1909 se suscitaron serias dudas por la evidente antinomia con el Código sustantivo.

Dispone el Código: «Podrá el usufructuario aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito; pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del

usufructo, salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola» (art. 480). «El usufructuario que enajenare o diere en arrendamiento su derecho de usufructo será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya» (art. 498).

Y la ley Hipotecaria disponía: «Podrán hipotecarse, pero con las restricciones que a continuación se expresan: ... Segundo. El derecho de usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido, a no mediar el hecho que le puso fin» (art. 107) (1). «No se podrán hipotecar: ... Segundo. El derecho de usufructo concedido por las leyes o fueros especiales a los padres o madres sobre los bienes de sus hijos, y al cónyuge superviviente sobre los del difunto» (artículo 108).

Una ojeada rápida por los preceptos citados nos llevaría a la consecuencia de la inalienabilidad del usufructo del viudo al ser la ley de hipotecas posterior al Código sustantivo. Éste era el parecer de Valverde, basado principalmente en que la ley, prohibiendo hipotecar los usufructos legales, implícitamente daba a entender que no eran susceptibles de enajenación; porque vedando lo menos—hipoteca—vedaba lo más—enajenación.

Era más racional el punto de vista opuesto de considerar enajenable e hipotecable el usufructo del viudo:

1.<sup>º</sup> Porque en esta materia es preferente el Código a la ley Hipotecaria.

2.<sup>º</sup> Porque el usufructo de los padres en los bienes de los hijos, y el del marido en los de la mujer de las regiones forales, se hallan afectos al cumplimiento de obligaciones en beneficio de los nudos propietarios, mientras que el concedido por la legislación común al cónyuge superviviente lo está a su favor, y exento de deberes distintos de los de un usufrutario normal.

(1) ¿Qué sucedería si el usufructuario que ha vendido su derecho de usufructo, constituido por el tiempo de duración de su vida, se suicidara al poco tiempo?

Las sentencias de nuestro más Alto Tribunal de 7 de julio de 1892 y 27 de septiembre de 1893, y la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de diciembre de 1902, de acuerdo con las ideas expuestas, negaron al usufructo de los padres la condición de enajenable, y la resolución de 11 de mayo de 1917 permitió al viudo enajenar libremente la finca que le correspondió en la herencia de su cónyuge, aunque se aplique a su cuota legal usufructuaria. Equivalía esta declaración a considerar enajenable e hipotecable el usufructo del supérstite, puesto que admitido lo más—enajenación—, admitió lo menos—hipoteca.

El número 2.<sup>º</sup> del artículo 108 de la ley del año 9 se intrepretaba, pues, en el sentido de que no prohibía la alienabilidad del usufructo, establecido en favor del viudo por el Código civil, refiriéndose la prohibición al otorgado por leyes o fueros especiales; es decir, a los forales o de viudedad de Navarra y Aragón. El moderno apéndice de esta última región no autoriza las hipotecas ni enajenaciones del derecho de viudedad (art. 72).

El texto refundido de la ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 ha patrocinado esta interpretación al prescribir terminantemente en su artículo 108, número 2.<sup>º</sup>, que no se podrán hipotecar «los usufructos legales, excepto el concedido al cónyuge viudo por el Código civil», que podrá ser hipotecado con las condiciones del número 1.<sup>º</sup> del artículo 107 (copia del número 2.<sup>º</sup> del art. 107 de la ley anterior, ya transcrita).

#### XI.— DETERMINACIÓN CONCRETA DE LAS LEGÍTIMAS DE CADA HIJO Y DEL VIUDO.

No se agota aquí el paisaje de la investigación en torno al famoso tema de la legítima del viudo. En la imprevisión, más o menos disculpable, de nuestro añejo Código civil está el origen fecundo del mal, y de su articulado brotan las cuestiones al golpe cruento, pero necesario y vivificador, del examen científico. No hemos agotado—repetimos—las múltiples facetas, bajo las que la materia se oculta, limitándonos a presentar someramente varios aspectos.

Cuando sean varios los descendientes, y estén algunos mejora

dos; cuando las distintas mejoras sean desiguales, ¿de quién o de quiénes se sacará la legítima del viudo?

Un ejemplo facilitará el estudio. Fallece una mujer, dejando un caudal de 27.000 pesetas. El concurso es de dos hijos y el viudo. Ha mejorado al hijo A en 4.500 pesetas. Y ha dispuesto en favor de un extraño del tercio libre.

Tercio de legítima estricta, 9.000.

Idem de mejora, 9.000.

Mejora al hijo A, 4.500.

Cuota del viudo, 6.750.

¿De dónde se detrae esta cuota? Tres opiniones pueden sustentarse:

1.<sup>a</sup> De la mejora de A, y no siendo ésta suficiente, lo que falte, del resto del tercio de mejora.

2.<sup>a</sup> De lo que reste del tercio destinado a mejora, después de deducir la mejora de A. Y si no es bastante, lo que falte, de la mejora de A.

3.<sup>a</sup> Proporcionalmente de la mejora de A y del resto de dicho tercio.

Nos parece más equitativa y, sobre todo, más legal la tercera solución, ya que: a) La porción hereditaria deberá sacarse de la tercera parte, destinada a mejora, siguiendo el artículo 835. b) No se puede detraer agotando primero la mejora de A, porque también lo que queda forma parte del tercio de mejora, y no hay razón para gravar preferentemente dicho mejora de A. c) No se debe seguir tampoco el segundo criterio por las mismas causas. d) El artículo 835 no distingue de qué parte del tercio de mejora ha de deducirse el usufructo del viudo, por lo cual no es lícito que nosotros distingamos en perjuicio del hijo mejorado o del hijo sin mejorar.

Por ende: cuota del esposo = 6.750 pesetas, que se toman por mitad de la mejora de A y del resto del tercio: 3.375 de cada porción.

Y como dijimos:

Primer tercio = 9.000.

Segundo tercio = 9.000.

Mejora = 4.500 (1).

(1) Recuérdese que son dos los hijos.

Para mayor claridad podemos descomponer así el segundo tercio: Segundo =  $(1.125 + 3.375) + (1.125 + 3.375)$  (1).

Los descendientes recibirán:

Hijo A = 4.500 en plena propiedad (mitad de la legítima cor-  
ta) + 562,50 en plena propiedad (mitad de 1.125) + 1.687,50 en nuda  
propiedad (mitad de 3.375, pues la otra mitad va al hijo B) + 1.125  
en plena propiedad (resto de la mejora, después de quitar la mi-  
tad del usufructo vidual) + 3.375 en nuda propiedad (mitad del usu-  
fructo del marido).

Hijo B = 4.500 en pleno dominio (mitad de la legítima estricta) + 562,50 en pleno dominio (mitad de 1.125) + 1.687,50 en nuda  
propiedad (mitad de 3.375, porque la otra mitad corresponde al  
hijo A) = 6.750 pesetas.

Porción del viudo = 3.375 en usufructo + 3.375 en usufructo =  
= 6.750 pesetas en usufructo.

CÉSAR ROBLEDO,  
Juez de Primera Instancia

(1) El primer paréntesis corresponde a lo que es legítima del tercio de  
mejora. El segundo, a la mejora de A. El número 3.375 representa la mitad  
del usufructo del cónyuge.