

biera de percibir cada uno de los hijos, si los hubiere, y determinando los casos en que ha de cesar el usufructo» (1).

ley 1.^a, tít. 14, lib. III de la Nov. Rec. de Navarra; núm. 36, cap. 11.^o, pág. 387, y núm. 61, cap. 33.^o, págs. 1.542 á 1.544, t. V, 2.^a edic.

Respecto de Vizcaya, el usufructo á favor del cónyuge, habiendo hijos, y aun sin haberlos, el superstite, goza durante un año del usufructo de su mitad y el derecho á ocupar su caserío, y la viuda prorroga este derecho de usufructo y habitación hasta que se le pague su dote. (Leyes 9.^a, 2.^a y 12, tít. 20, F. de Viz.), núm. 37, cap. 11.^o, págs. 390 y 391, y núm. 63, cap. 33.^o, págs. 1.544 y 1.545, t. V, 2.^a edic.

He aquí el texto legal:

«Otro sí que si acaesce que quien vino á la tal casería fué mujer con docte ó arreo, que esta tal, suelto el matrimonio ó sin hijos ó descendientes, pueda estar fasta año día estando en auito uiudal y gozar del usufructo de su meytad con que no corte por pie porque excede del usufructo ni tampoco de la rama para más de la prouisión de casa su leña y si más pa más cortare monte alguno, sea tenuto de locos pensar en aquello que tiene de rescibir, pero de todo lo al pueda gozar para sus alimentos sin descuento alguno y lo mesmo sea en el varón que á la casa de la mujer viniere. Y passado el año y día y estando dentro y gozando de los frutos suso declarados, pueda pedir cada vno á ellos lo suyo como viere que le cumple y goze los frutos fasta que le pague su docte sin descuento alguno y que acabado el año y día ofreciéndole su rescibo se tenuto de salir y no antes.» (L. 2.^a, tít. 20, F. de Viz.)

(1) Á la adopción de esta Base 17.^a precedió larga deliberación de la Comisión de Códigos, de que fueron objeto las bases presentadas por el Sr. García Goyena, que son las siguientes:

Primera. El derecho de viudedad consiste en la cuota que la ley concede al viudo ó viuda en la sucesión del cónyuge premuerto.

Segunda. Para que tenga lugar el derecho de viudedad es preciso:

- 1.^o Que el viudo ó viuda no se halle divorciado por su culpa al morir su consorte.
- 2.^o Que no hubiese entablado pleito de divorcio por su culpa en la misma época.
- 3.^o Que el viudo ó viuda no sea rico y los herederos pobres.

Tercera. El derecho de viudedad no puede reclamarse en la sucesión testada, si el cónyuge premuerto hubiere privado de él en su testamento al supersfite.

Cuarta. El viudo ó viuda tiene derecho:

- 1.^o Si hubiere descendientes, á una cuota en usufructo igual á la que por legítima corresponda á cada uno de los hijos.
- 2.^o Si hubiere sólo ascendientes, á la tercera parte de la herencia en usufructo.
- 3.^o Si sólo hubiere colaterales, á la mitad de la herencia, también en usufructo.

Quinta. El viudo ó viuda usufructuario tiene todas las obligaciones que impone el Código á los usufructuarios.

Sexta. Concluye el derecho de viudedad:

- 1.^o Por todos los modos como acaba el usufructo.
- 2.^o Por pasar el viudo ó viuda á ulteriores nupcias.
- 3.^o Por vivir lujuriosamente.

De estas bases, la *tercera* no fué aprobada, pues, como claramente se ve, quita á esta institución el carácter de legítima; igual suerte corrió el párrafo tercero de la *segunda*, por la inmoralidad á que siempre se prestan las investigaciones acerca del patrimonio de las familias.

Fueron aprobadas la *primera*, la *segunda*, con la supradicha supresión, y la *cuarta*, resucitando una disposición inserta en el Fuero Juzgo y consignada en el Código italiano.

En sustitución de la suprimida base *tercera* se acordó otorgar por ministerio de la

43. La verdad es que, comparada esta Base 17.^a y articulado del Código que la desarrolla, con las legislaciones *forales*, á la que aquélla se refiere como tipo al parecer de semejanza, que había de imitar, con lo posible nada es menos cierto que tal pretendida identidad, ni apenas remota analogía con lo que aquéllas establecen en cuanto á derechos, en general, del cónyuge viudo en la sucesión del premuerto, y menos, señaladamente, en cuanto al usufructo ó viudedad foral ó consuetudinaria de Aragón, ni tampoco á la *fealdat* de Navarra, que son las dos únicas que realmente conservan una institución propiamente dicha de viudedad ó de usufructo foral, por razón de la misma.

En *Cataluña* no subsiste otro régimen jurídico que el romano de la *cuarta marital*, y si la madre viuda concurre con más de tres hijos, sólo se la aplicará una parte igual á la que perciba cada uno de ellos, la ley de 16 de Mayo de 1835, como de aplicación general, y otros derechos como de luto y alimentos durante el año de luto y la misma *tenuta*, ó sea la retención de bienes y de frutos hasta obtener el reintegro de la dote, ni son, el primero de ellos, más que un derecho temporal de efectos limitados y transitorios, y el segundo más que un derecho circunstancial de garantía de la *dote* y del *esponsalicio*, que desaparece cuando se cumple aquel fin de la seguridad del pago ó restitución por otros medios (1), y aun el mismo usufructo, que puede constituirse por el marido á favor de la mujer por actos *inter vivos* ó *mortis causa*, tiene el carácter de potestativo y voluntario y es *todo menos* que una legítima viudal.

De la diminuta legislación *vizcaína* puede decirse algo parecido, pues la comunidad de bienes entre el viudo y los descendientes depende de la existencia de éstos, y á falta de ellos, el usufructo foral es temporal y limitado á un año y día, con derecho á permanecer en el caserío durante nada más que ese plazo, prorrogándose, como garantía en favor de la viuda, hasta que se le pague su aportación dotal.

Explicando y exaltando las excelencias de la viudedad foral de Navarra, que es tal vez la más caracterizada, escribe el ilustrado jurisconsulto Sr. Morales (2):

ley y, por tanto, independientemente de la voluntad del testador, una *cuota en usufructo*, á favor del cónyuge viudo, lo mismo en caso de sucesión testada que abintestato; y por mayoría de votos se resolvió que la cuota viudal se dedujera del tercio de la herencia destinado á mejora, con el fin de no disminuir la parte de libre disposición y de guardar alguna remota analogía, en lo posible, con las legislaciones forales.

(1) «Por esta nuestra ley, que ha de valer en todos tiempos, sancionamos que la mujer, muerto el marido, incontinenti después de la muerte de éste, se entienda poseer todos los bienes de su marido, y en todo el año de luto se la provea de aquellos bienes con todas las cosas necesarias á su vida; después empero de dicho año de luto haga suyos los frutos de aquellos bienes hasta que sea enteramente satisfecha de su dote y esponsalicio...», etc. (Ley 1.^a, tít. 3.^o, cap. 26.^o; Pedro III, en las Cortes de Perpiñán, año 1351.)

(2) *Memoria sobre la codificación del Derecho navarro*, pág. 122.

«No era una atención á la viuda desamparada; no era una parte de la herencia conferida al cónyuge superstite en consideración al vínculo contraído, era una institución familiar que atendía sí á este género de consideraciones; pero, además, atendía á que la sociedad conyugal no se rompiese totalmente por el fallecimiento de uno de los cónyuges, á que continuase hasta la muerte de ambos sin disolverse la familia, no quedando el viudo ó viuda sin relación ni enlace con los hijos, con separación de bienes como extraños.

»Por él (el usufructo foral) continúa la sociedad familiar que formó el matrimonio, aunque desaparezca uno de sus sostenes, pues queda el otro, que asume toda autoridad y dirección, y á su alrededor se agrupan y estrechan más los tiernos vástagos. Por él continúa la comunidad de bienes, que pasarán las más de las veces á los hijos, sin dividirse en paternos y maternos, pues se fundieron con las bendiciones nupciales y no pudo separarlos ni la muerte. Por él la madre viuda, lejos de decaer en consideración, adquiere más autoridad, más deberes, con la guarda y educación de sus hijos. Por él no se cambia bruscamente el modo de ser del viudo ó viuda que no aportó apenas bienes, pero á quien los pingües aportados por su consorte colocaron en una posición social, de la que en otro caso tendría que descender bruscamente, porque sólo á sus hijos tocaba continuar en el boato y desahogo, y ella, con haberles echado al mundo, como una mera representación del derecho sucesorio paterno, había concluído su misión de mujer fecunda, sin que tenga que continuar en la de madre cariñosísima, ni en la de verdadera y única interesada sobre todos los del mundo en la educación moral y religiosa y porvenir de sus hijos. Por él no podrá pasar la madre viuda que quede en tales condiciones por la humillación de deber á sus hijos la pensión que la sostenga... La madre, al tener la desgracia de quedar viuda, quedaba como jefe de la familia, con el goce de todos los bienes, con la autoridad sobre todos los hijos, con la grata obligación de su guarda, crianza y educación.» Contradice estas exaltaciones del distinguido fuerista el ilustre Alonso Martínez (1), en estos términos:

«Se quiere con él—el usufructo foral—impedir, hasta donde buena-mente sea posible, la disolución de la sociedad conyugal, á pesar de la muerte de uno de los dos socios, quedando de gestor por *ministerio de la ley* el sobreviviente, y agrupados á su alrededor y dependientes de su voluntad á los herederos del socio premuerto. La continuidad de la familia: he aquí el fin esencial del derecho de viudedad y lo que le da en Aragón y Navarra su fisonomía propia y local. Con el usufructo del viudo no hay partición ni pleitos, ni nadie siquiera habla de bienes paternos y maternos. El derecho de viudedad hace que en esas provin-

(1) Ob. cit., t. II, págs. 77 y 78.

cias se prolonguen los efectos del matrimonio, ó mejor dicho, de la dirección tutelar y eminentemente moral de la paternidad más allá del sepulcro, por lo mismo que ni se desmembra el matrimonio, ni la familia queda sin guía y sin poder que la gobierne hasta el fallecimiento del último de los padres. Hasta este momento vive el organismo familiar por la virtud del usufructo de la viudedad, y todavía su vida puede prolongarse reemplazando al último de los padres aquel de los hijos que haya sido designado para sucesor suyo, merced á la libertad de testar, que es el complemento del sistema foral.»

«El sistema foral—dice también el Sr. Alonso Martínez (1)—, por el empeño de prolongar la vida de una familia bajo la autoridad del padre ó de la madre, conservando en manos del que sobreviva de los dos la integridad del patrimonio común, embaraza y dificulta la constitución de nuevas familias con sus patrimonios respectivos; mientras que la ley de Castilla, conforme en esto con los Códigos modernos, la promueve y facilita, dando á cada hijo, en propiedad ó en usufructo, la legítima de su padre ó madre inmediatamente después de su fallecimiento.»

También á este orden experimental y de observación de los hechos se refiere una de las causas que más han contribuído á introducir la *legítima viudal* en la legislación de Castilla, vigente antes del Código civil que la desconocía, cual es la contemplación no tan frecuente como sensible, aunque no rara ni mucho menos, del lamentable estado de inferioridad económica y á veces hasta de desvalimiento, en que quedaba la viuda ó el viudo pobres de consorte rico ó más acomodado, cuando tampoco se liquidaban gananciales, por la ausencia de todo derecho en la sucesión hereditaria del premuerto ó, á lo sumo, de la humillante y tal vez insuficiente caridad de la *cuarta marital*, respecto de la mujer, si el marido no subsanaba el vacío de la ley, como era práctica muy general entre los matrimonios bien avenidos y recíproco el uso por la mujer en favor de aquél, con la aplicación del quinto de sus bienes, de que podía libremente disponer, ó de parte de él en beneficio del cónyuge sobreviviente.

Al segundo grupo de las causas racionales ó jurídicas que han motivado esta innovación de nuestro Código corresponde, como fundamento inicial, el que se formula en las siguientes palabras: «Si nuestra conciencia jurídica moderna asocia estrechamente el esposo á la familia constituida por la unión conyugal, la consecuencia natural es que el cónyuge sobreviviente no puede ser excluído de todo derecho á la sucesión del premuerto» (2), lo que resulta de la atractiva argumentación y crítica de

(1) Ob. cit., t. II, pág. 79.

(2) *Código civil suizo*, Exposición de motivos del anteproyecto del Departamento federal de Justicia y Policía, pág. 99.

un genial escritor (1), y otro eximio civilista (2) concreta aquel principio y le hace más intenso, diciendo: «La sucesión entre cónyuges es natural y racional, en cuanto que se da entre uno y otro», esto es, no sólo porque hay vínculo que sobradamente la justifique, sino porque, además, es mutua y recíproca entre ambas individualidades. Por eso, en efecto, es inexplicable, cómo tantas leyes antiguas, que exaltaban el criterio de protección legal al matrimonio, reglamentando minuciosamente las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, y de éstos, respecto de sus hijos y descendientes, en la sociedad paterno filial—que con la conyugal integran reunidas la noción plena de la familia en sentido estricto (3)—tuvieran tan presente para la segunda los derechos hereditarios concernientes á la prole y dejaran en el mayor olvido este aspecto de aplicación sucesoria *mortis causa* entre los cónyuges, que de una integración natural y legal, que podría calificarse de *orgánica*, transformaba, por el hecho sólo de la muerte de uno de ellos, en *persona extraña* al otro, de quien fué tan íntimo compañero durante la existencia del matrimonio (4). Esto, además, es ilógico, porque cualquiera que sea el fundamento atribuido al derecho hereditario y á la condición de heredero forzoso por su legítima, ya la presunta voluntad del testador, por razón del afecto que éste profesara al heredero, ya considerando la sucesión *mortis causa* como una derivación del parentesco, ni puede suponerse racionalmente que falte el motivo afectivo entre cónyuges que llegaron á la fecha de la disolución del matrimonio por la muerte de uno de ellos en visible normalidad y sin haberse divorciado; ni, menos, el segundo, de relación parental, tratándose de vínculo tan estrecho é indisoluble entre ellos en cuanto es específico como ninguno otro, pues no tiene semejante, sirviendo á integrar en una sola nueva personalidad moral y jurídica las

(1) Cimbali, ob. cit., párs. 78 y 193, con sus importantes notas de otras autoridades científicas, traducción española de Esteban, págs. 74 y 207 á 210.

(2) Filippis, *Corso completo di Diritto Civile Italiano comparato*, vol. XI, pág. 101.—Milán, 1891.

(3) Núm. 1, cap. 12.º, t. V, 2.ª edic.

(4) Pisanelli, en su relación al Senado, con motivo del Código civil de Italia, inspirado en tal sentido, justificaba la legítima vidual—lo de que sea en usufructo ó en propiedad es cuestión más secundaria—, del siguiente modo: «La íntima sociedad que tiene lugar entre marido y mujer, la comunidad de afectos, la asidua y común participación en los trabajos de la vida, el común cuidado prestado á la prole, constituyen relaciones tales que la ley no puede ni debe desconocer. La presunta afección que le sirve de norma para determinar la sucesión intestada no puede ser puesta en duda entre los cónyuges. ¿Se puede racionalmente suponer que la afección de un cónyuge hacia otro sea menor que la sentida por los ascendientes por un pariente del séptimo ó noveno grado?»

Puede suscribirse la racionalidad de lo segundo; pero no siempre de lo primero; pongamos esta rectificación, que creemos procedente, á la latitud del razonamiento, no muy meditado, en este punto, de Pisanelli.

dos individuales de los cónyuges, y causa de *identificación* del parentesco por el llamado de afinidad, en la consideración análoga de grado que el de consanguinidad con los demás individuos de la familia natural de ambos cónyuges.»

44. No debe estimarse un obstáculo al reconocimiento de derechos hereditarios — dentro, por supuesto, del sistema de *legítimas* — á favor del cónyuge superstite en la sucesión del premuerto, la circunstancia de que á su fallecimiento haya de promoverse la *liquidación* de los bienes y derechos de ambos cónyuges ó de sus herederos dentro de la sociedad conyugal que por aquél se disuelve, con la variedad de aspectos que el régimen económico adoptado para aquel matrimonio produzca; porque son cosa muy distinta, y perfectamente compatibles, los derechos que correspondan al cónyuge sobreviviente por resultado de aquel régimen y liquidación, de los que pueden y deben serles reconocidos en concepto hereditario y como á uno de sus legítimos sucesores *mortis causa*, sea la que fuere la *proporción y forma* en que se les reconozcan y satisfagan.

45. Lo de la forma *usufructuaria*, tan generalizada hoy en las legislaciones modernas y adoptada por nuestro Código civil es, sin duda, bastante adecuada á la índole y fines de los derechos hereditarios del cónyuge superstite en la sucesión del premuerto: 1.º, porque al fin es *jurídica* en cuanto el usufructo es *figura de derecho*, y una de las en que se puede, por tanto, pagar ó satisfacer los hereditarios reconocidos al viudo ó viuda; 2.º, porque es, también, la apropiada y suficiente para el fin concreto de evitar el menoscabo en la situación económica ó tránsito á una inferior y más desairada ó desvalida del cónyuge sobreviviente, para su subsistencia ulterior, en comparación á los otros herederos y á hijos ó descendientes del cónyuge fallecido, ó con más razón, si se trata de ascendientes ó colaterales, y á la que disfrutaba constante matrimonio; 3.º, porque, sobre todo, cuando existe prole, evita que lo adquirido por los derechos hereditarios del viudo ó viuda deje de pertenecer en propiedad, ni por un momento, á los hijos ó descendientes comunes, los cuales, en definitiva, y por el medio jurídico de la *consolidación* de su nuda propiedad con el usufructo vidual, una vez que sobrevenga la muerte del superstite, mantendrán en su patrimonio la integridad de su haber hereditario, sin otro quebranto que el temporal de no disfrutar el usufructo de aquella legítima ó cuota vidual, y cuando se trate de concurrencia del cónyuge sobreviviente con ascendientes ó colaterales del premuerto, se evitará que aquellos bienes de la legítima del viudo, que si se hubieran adjudicado en pleno dominio pasarían á personas de su familia ó á otros extraños que fueran sus herederos, restándose del caudal hereditario del causante común, mientras que adjudicados sólo en usufructo vuelven, por simple tracción jurídica, mediante la *consolidación*, al

pleno dominio de los herederos forzosos ó voluntarios de aquél, y 4.º, porque á esa fecha de la muerte de ambos cónyuges es á la que realmente debe remitirse la ultimación definitiva de todos los efectos de la sucesión hereditaria del primer fallecido, y no antes, mientras sobreviva el otro, en favor del cual deben respetarse todas las ulteriores consecuencias de la sociedad conyugal por ambos constituida.

Cierto es que la división de usufructo y nuda propiedad en diversas manos constituye una situación jurídica y económica (1) más imperfecta que la del pleno dominio y no deja de ser ocasionada á dificultades y complicaciones anejas á la división de facultades dominicales en ese estado excepcional de la propiedad; pero aparte las garantías y fórmulas que las reglas generales del usufructo, aplicables al vidual, puedan ofrecer, siempre sería un inconveniente ó mal menor que cualquiera de los otros dos, de desconocer al cónyuge viudo esa forma especial de participación en la herencia del premuerto, ó dejar fuera de ella y consumada definitivamente la pérdida, para los herederos de éste, de los bienes adjudicados como porción hereditaria en plena propiedad al cónyuge sobreviviente.

46. De los diferentes sistemas legales que se ofrecieron á los redactores del Código en esta materia de los derechos hereditarios del cónyuge viudo, entre el tradicional romano y español de las Partidas, de las *cuarta marital*, el amplio del usufructo foral aragonés y navarro, y el más atenuado y especial de los Códigos modernos, singularmente del italiano prevaleció este último, y para algunos vocales de la Comisión quizás tuvo la equivalencia esta legítima vidual de algo parecido á un derecho de alimentos, de forma y extensión especialísimas, según lo deja traslucir el Presidente de aquélla, en cuanto expresa que con ello se realizó el fin de asegurar al cónyuge superstite una situación digna y más desahogada

(1) «Desde este punto de vista—el económico—justo es reconocerlo, el usufructo concedido por el Código al cónyuge viudo no puede ser digno de aplauso. El usufructuario, en general, no tiende sino á sacar el mejor provecho de los bienes usufructuados; así que, conservar el buen nombre de la industria fabril, con los gastos que esto muchas veces ocasiona; mejorar las fincas rústicas variando sus cultivos, perfeccionando las labores que han de dárseles; hacer obras de consideración en las casas, no será muy general que se realice, puesto que saben que en plazo indeterminado, pero cierto, han de abandonarse aquellas industrias, tierras ó casas; no son los mejores alicientes para invertir en ellas capitales, tiempo, iniciativas é inteligencia, faltando como falta el estímulo de ser suyo el objeto en que se emplee el capital, el tiempo, las iniciativas y la inteligencia.»

«Económicamente, malos resultados han dado en Aragón, por cuya legislación, en que la legítima vidual es más duradera por ser usufructo vitalicio, se han visto los campos yermos, las casas derruidas, la riqueza, en fin, perdida. En toda la comarca aragonesa son conocidas, generalmente, por su mal cultivo y su estado de esquilamiento, las fincas en que existe tal usufructo.»—Marina y Muñoz, *La legítima vidual en el novísimo Derecho de Castilla*, págs. 27 y 28.

durante su vida «é impedir que si es pobre, mientras su consorte era rico, descienda bruscamente de su elevada posición social para caer en la miseria y pase por la humillación de vivir de la caridad de sus hijos» (1).

47. La reforma es plausible, aunque no intachable, y ha merecido reparos. Tales son: además de la inconveniencia económica de toda forma de usufructo separada de la nuda propiedad, de que antes se hizo referencia, el considerar que valía más reducir á la mitad la cuota vidual y adjudicarla en propiedad, con lo cual tomarían más los herederos y sería definitiva la adquisición del cónyuge, que podría obrar con mayor desembarazo en la libre disposición de lo que se le adjudicara, cuidando siempre de sacar aquélla del tercio destinado á mejora para no mermar las facultades del testador respecto del tercio libre, y hacer lo propio, aunque se aumentara algo la cuota, cuando el viudo concurre con ascendientes, hijos naturales ó herederos voluntarios ú optar por una distinción, conservando la forma del usufructo para el caso de existir descendientes comunes de ambos cónyuges y emplear la de pleno dominio en los demás (2).

No puede negarse que unas y otras son soluciones más ó menos circunstanciales que no cabe rechazar en absoluto, pero su propio carácter de tales y su índole compositiva y cuantitativa están revelando que ni en ellas ni en la adoptada por el Código puede invocarse un fundamento jurídico sólido, ya que no indiscutible para su preferencia, con absoluta exclusión de los demás.

Se impugna también el Código, con este motivo (3), entendiéndose que: «La legítima del viudo sólo debía otorgarse cuando en realidad fuere necesaria para asegurar al cónyuge una posición digna y cómoda, como decía el Sr. García Goyena, en el hogar doméstico. No pedimos, se añade, precisamente la pobreza, pedimos sólo la igualdad. Fácilmente puede conocerse el caudal del cónyuge; si es igual ó mayor que el del difunto, si no ha de descender de posición, la legítima es completamente superflua.»

Prescindiendo de la dificultad é inconveniencia evidentes de estas investigaciones y de lo impropio, por no decir imposible, de adoptar y realizar en la práctica un criterio *numérico* ó de mera *cantidad*, no suscribimos en manera alguna semejante opinión, que juzga del reconocimiento de los derechos hereditarios del cónyuge viudo en la sucesión del premuerto, no por su fundamento de justa equiparación con otras personas—dentro, es claro, del sistema de *legítimas*— en razón á los motivos de afecto, vínculo y trascendencia de la personalidad conyugal

(1) Alonso Martínez, ob. cit., t. II, pág. 91.

(2) Valverde y Maruri, *El usufructo vidual*, pág. 138 á 142.

(3) Manresa, ob. cit., t. VI, pág. 439.

que ambos constituían y de la sociedad que los dos formaban, sino por un fin, aunque posible y hasta cierto y previsto, más *secundario*, cual es el de que, principalmente, la viuda sin aportaciones dotales ó parafernales ó siendo de escasa cuantía y sin gananciales, resultado de la liquidación, encuentre en la *legítima viudal* recursos para atender á su decoroso sostenimiento, y no descender visiblemente de posición respecto de los hijos ó herederos de su marido y mantenga aproximadamente lo que antes tenía.

48. El verdadero carácter de los derechos del cónyuge viudo en la sucesión del premuerto, ha sido entre legisladores y juristas objeto de discrepancias, pues mientras unos de los primeros (1) se resistían á otorgarle la cualidad de *heredero*, otros (2) se la reconocían como indudable; siendo este tema objeto de brillante exposición por uno de los civilistas más inspirados y geniales (3); sin que esta cuestión haya dejado de tener alguna resonancia entre los juristas españoles (4).

Plenamente convencidos, suscribimos desde luego la opinión que afirma la cualidad legal de *heredero* en el cónyuge viudo, y que á este título, y no al de *legatario*, se le otorgan los derechos que le reconoce el Código civil español.

Haciéndose cargo el segundo de los escritores citados en la nota, de las alegaciones del primero, también mencionado en la misma, dice: «Pero se pregunta: ¿qué heredero es ese, que con arreglo al art. 838 puede ser tratado como el art. 820 permite que se trate á los legatarios de usufructo? Y se contesta: «Prescindiendo de si es ó no exacta esa comparación, hay que tener en cuenta el carácter del art. 838, porque el Código tiende en general á evitar la excesiva división de la propiedad y hace aplicación de esa solución de satisfacer en metálico la legítima en varios casos, como en los de los arts. 840 para los hijos naturales, y el 1.056, para el padre que en interés de su familia quiere conservar indivisa una explotación agrícola, industrial ó fabril, que autoriza al testador para

(1) Pissanelli, que tan principal intervención tuvo en la formación del Código de Italia.

(2) Vacca, que fué ponente de la Comisión del Senado en el mismo trabajo legislativo.

(3) Cimbali, en sus magistrales trabajos *La nuova fase del Diritto: dottrina civile*, núm. 193. Traducción española de D. Francisco Esteban García; y en sus *Estudios de Jurisprudencia civil*.

(4) Por ejemplo, D. Alfredo Zabala, que en el *Boletín Jurídico-Administrativo*, la examina, formulando opinión negativa de la cualidad de heredero del cónyuge superstite en los derechos que le otorgan los arts. 834 y siguientes del Código civil; mientras que otro muy ilustrado, el Sr. D. Juan Alvarado, se hace cargo de esa opinión para combatirla, afirmando, con fundamentos legales incontestables, que es indudable la cualidad de heredero en el cónyuge viudo. *Rev. de Leg. y Jur.*, t. 78, 1891, págs. 174 á 177, «Derechos del cónyuge viudo».

hacer la partición de sus bienes por acto *inter vivos*, obligando á que se pase por ella en cuanto no perjudique á la legítima de los herederos forzosos y para disponer que se satisfaga en metálico su legítima á los demás hijos, alegando que el art. 838 tiene un fin exclusivamente económico, á lo cual pudiera añadirse que para nada afectan las formas supletorias que establece para el pago de la legítima viudal la naturaleza jurídica de heredero del cónyuge superstite (1), y que el segundo párrafo de dicho artículo lo confirma al decir que «mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge viudo», de donde se deduce claramente que éste no posee solo acción personal contra el heredero, sino un verdadero derecho real, un condominio—por *coherencia*— sobre la totalidad de los bienes que constituyen la herencia.»

Entiende el Sr. Alvarado que este problema existía en el Derecho italiano, pero que no puede plantearse en el nuestro; puesto que aquél se limita á decir en el art. 753 que el cónyuge sobreviviente tendrá en la herencia del difunto una *porción hereditaria* igual á la de cada hijo, frase muy vaga no aclarada por ningún otro artículo, sin que en los arts. 806 y 807 mencione al viudo entre los herederos forzosos, ni en el 819 se distinga entre la porción legítima que corresponde á los herederos forzosos de la cuota asignada al viudo y á los hijos naturales, á los que tampoco incluye en el número de aquéllos; mientras que comparados esos textos del Código italiano con los del español, es imposible negar al cónyuge superstite, según éste, y á no borrarlos, la condición de heredero, una vez que el 807 le reconoce explícitamente la cualidad de tal entre los *forzosos*, el 814 señala los efectos que producirá su preterición, y el 855 establece las causas de desheredación del cónyuge, cosa que no puede hacerse ni con el acreedor ni con el legatario, ni, en suma, con quien no sea *heredero forzoso*.

La jurisprudencia ha confirmado la cualidad de *heredero* en el cónyuge viudo desde el primer momento que tuvo ocasión para ello (2).

(1) Y en comprobación se invoca el testimonio de Pissanelli, que comentando el art. 819 del Código italiano, del cual es reproducción el 838 del español, dice que «la *facultas solutionis* concedida en él á los herederos, es verdadera expropiación en interés de la familia», y que Cimbali añade, que «esa facultad no cambia en lo más mínimo la naturaleza jurídica del derecho que compete al viudo; porque en ese caso sucede lo que en el caso de que el heredero enajene á un extraño su partida herencia, después de abierta la sucesión; el extraño adquirirá los bienes que constituyan la porción hereditaria, pero el enajenante conservará la cualidad de heredero».

(2) Sent. de 8 Febrero de 1892, en uno de cuyos considerandos se lee: «Que tampoco es de estimar el motivo 3.º porque el viudo es *coheredero* con los demás que con este carácter concurren á la herencia, desde el momento en que la ley le señala una parte alícuota en los bienes del cónyuge premuerto y viene á suceder á éste con ó sin voluntad, aparte de que el art. 807 del mismo Código civil expresamente llama al viudo ó viuda, *heredero forzoso*».

49. A los redactores del Código no les ofreció duda alguna, por lo visto, lo que para los comentaristas ha constituido importante problema de radical discrepancia, consistente en determinar *si la cuota ó legítima vidual es aplicable sólo á la sucesión testada ó también á la intestada del cónyuge premuerto.*

La solución *afirmativa* es indudable respecto de los primeros (1), por el órgano autorizado de su Presidente y principal Ministro que impulsó la formación del Código civil, Sr. Alonso Martínez, el cual declara (2) que: «Una vez acordado que, *en todo caso, con testamento ó sin él* é independiente de la voluntad del testador, por ministerio de la ley, el viudo ó viuda ha de tener en la herencia de su consorte difunto el usufructo de una porción igual á la legítima de los hijos...»

Varios escritores se dividen, manteniendo los unos la afirmativa (3), sosteniendo los otros (4), con ardoroso empeño, la negativa; todos provistos de razones muy atendibles, y pasando algunos (5) en silencio este punto, tal vez por considerarlo ejecutoriado en la primera, con aquella declaración semiformal, á manera de interpretación auténtica.

Concretadas estas opiniones á lo esencial de sus puntos de vista respectivos, resulta:

Primero. Que los que suscriben la afirmativa, entienden: que, siendo

(1) Siquiera algunos de tanta autoridad, entre otros, como los Sres. Comas y Silvela, contradijeran esta especie, en la discusión parlamentaria del Código.

(2) Ob. cit., t. II, pág. 91.

(3) Por ejemplo: Alcubilla, *Diccionario de la Administración Española*, t. VII, pág. 837; López R. Gómez, *Derecho de sucesión*, t. I, págs. 530 á 532; Navarro Amandi, ob. cit., págs. 285 á 290; Galindo, *Explicación doctrinal y práctica del libro 3.º del Código civil*, págs. 494 á 498; Valverde y Maruri, ob. cit., págs. 33 á 40; Lozano Sicilia, *Legítima del cónyuge viudo*, págs. 160 y 161; y Marina y Muñoz, ob. cit., pág. 68, que resume su opinión á este propósito: «Lugar más adecuado hubiera tenido el completo desarrollo de los derechos del cónyuge viudo en el cap. 5.º de dicho título, en el cual se contienen las disposiciones comunes á las herencias por testamento ó sin él, puesto que de hecho á ambas se refiere; pero no por falta de método pueden ser discutibles los derechos que nos ocupan, cuando, por cualquiera de las causas que enumera el art. 912, tiene lugar la sucesión intestada.»

»En efecto: si se tiene en cuenta el carácter de *legítima* asignando por nosotros y confirmado por reciente sentencia del Tribunal Supremo á los que el Código designa con la fría y poco expresiva rotulación de *derechos del cónyuge viudo*, se comprende perfectamente el fundamento de su existencia en la sucesión intestada, de la misma manera que aun no diciendo nada en la parte á ésta destinada, tienen que respetarse necesariamente las legítimas distintas que el Derecho civil reconoce. Ahora bien; la vidual participa del carácter de legítima; luego ha de seguir la misma suerte que las demás; y, de consiguiente, respetadas éstas en la sucesión intestada, ha de serlo también la vidual.»

(4) Morell y Terry, ob. cit., págs. 135 y siguientes; Mucius Scævola, ob. cit., t. XIV, págs. 315 y sigs.

(5) Firmat, *Estudios sobre el Código civil*; García Lastra, *La cuota usufructuaria de cónyuge viudo*; Manresa, ob. cit., t. VI, págs. 420 y sigs.

el cónyuge *heredero forzoso* de su consorte difunto, llamándose *legítima* á la porción de bienes que la ley reserva al que tiene derecho á heredar con tal cualidad, y concurriendo en el cónyuge viudo y en su cuota usufructuaria ambas calidades y circunstancias, la porción de bienes que en usufructo la ley le reserva, es *legítima* de éste, producto exclusivo del ministerio de la ley, y existe siempre independientemente de la voluntad del que la debe, sin que pueda privársele al heredero forzoso de ella, haya ó no testamento, cualquiera que sea la forma en que se distribuya su herencia, sean quienes fueren sus herederos testamentarios ó abintestato, siendo innecesario en la sucesión intestada hacer alusión alguna á dicha legítima, y, por lo tanto, careciendo de significación, en sentido contrario á la falta de un precepto expreso en las tres primeras secciones del cap. 4.º, tít. 3.º, lib. III del Código, como el que se contiene en la cuarta del mismo capítulo, título y libro, en el art. 953, más explícito en el reconocimiento de la cuota vidual, cuando concurra el viudo con hermanos ó hijos de hermanos.

Ese fué el manifiesto propósito del autor, según se deduce de los términos *generales é indistintos* de la Base *décimoséptima* y del mismo artículo 834, que no contradicen los siguientes hasta el 939, ni ninguno otro del Código, que, antes bien, virtualmente confirman esta solución por analogía, lo dispuesto en algunos, como el 814 (1), relativo á los efectos de la preterición del cónyuge viudo y el 855 (2) á los de la desheredación sin justa causa, y, asimismo, el 815, 816 y 817, aplicables á toda clase de legítimas, incluso á la del cónyuge viudo, respecto de su acción para completarla ó de las reglas para la deducción de las donaciones inoficiosas ó excesivas que mengüen las legítimas de los herederos forzosos, y aun el propio 813 que, al prohibir sean impuestos gravamen ó condición en la legítima de los herederos forzosos, hace la expresa salvedad ó reserva á favor de lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo, dando claramente á entender que tal usufructo ha de coexistir con toda clase de herederos. Finalmente, los mismos arts. 946, 952 y 953, éste antes citado, concernientes los tres á la sucesión intestada, los dos primeros relativos al llamamiento del cónyuge después de los hermanos y sobrinos, pero en *propiedad*, y el último, que expresamente salva el respeto á la cuota vidual en concurrencia con los hermanos é hijos de hermanos del cónyuge intestado, lo confirman así, aunque esto tiene la doble faz de argumento contrario, por no haber hecho igual salvedad en los llamamientos de descendientes y ascendientes, si bien puede explicarse esta *omisión* y resultar el 953 una innecesaria *redundancia* (3), por no

(1) Explicado en el cap. 16.º de este tomo.

(2) Idem id.

(3) Como lo es el mismo art. 946, existiendo un art. 952, que era el pertinente y bas-

considerarse apropiado ni preciso un llamamiento especial en la sucesión intestada para el cónyuge viudo, por lo que á la legítima viudal se refiere, aparte del que en su lugar le hace, respecto de la propiedad, el art. 952, porque este orden de llamamientos abintestato sólo se entiende á la sucesión en pleno dominio, y no en usufructo. Por el contrario, todos los que hace la ley han de considerarse *sin perjuicio* de los derechos por cuota usufructuaria viudal á favor del cónyuge ó por otros motivos de ley—alimentos, deudas, etc.—, que la misma establezca como responsabilidades de la herencia á favor de otras personas ó en respeto á otros derechos, independientes y coexistentes con los de sucesión abintestato de los comprendidos en los llamamientos de la ley, según los casos.

Segundo. Aquellos que mantienen la opinión negativa, ó sea la de considerar que la cuota viudal del cónyuge superstite no es de reconocer, por regla general, más que en la sucesión *testada* del premuerto, pero no en la *intestada*, en concurrencia con descendientes y ascendientes legítimos, hijos naturales reconocidos, legitimados por concesión Real y ascendientes naturales, y sí sólo con hermanos é hijos de hermanos, sean ó no de doble vínculo (1), en virtud de la salvedad que de dicha cuota viudal hace únicamente para este caso, y no para ningún otro, el art. 953, se fundan:

1.º En que inútilmente se buscará otro artículo en el Código que salve los derechos legitimarios del cónyuge viudo ó le conceda algo en la sucesión intestada de su difunto consorte, cuando quedan descendientes ó ascendientes legítimos ó naturales, ya que aquel art. 953 no se encuentra hasta después de ser llamados á la sucesión los hermanos y los sobrinos carnales.

2.º En que el Código se ha preocupado sólo del orden de suceder *abintestato* marcado en la Base *décimaoctava* y no atiende más que á la misma, á pesar de la consideración de que sería injusto arrebatar ese derecho al cónyuge sobreviviente, es lo cierto, según se ha visto, que su articulado no reconoce ni atribuye al viudo ó viuda porción alguna en el haber hereditario de su difunto consorte, cuando quedan ascendientes ó descendientes legítimos ó naturales é hijos legitimados por concesión Real.

3.º En que tratándose del cónyuge viudo, parece que la ley tiene dos criterios; uno para la sucesión testamentaria, en la que considera al viudo heredero forzoso, por su cuota usufructuaria, en concurrencia con

tante para el llamamiento del cónyuge á la sucesión intestada en propiedad del premuerto, que aquél genéricamente anticipa y repite sin necesidad. Achaque frecuente en el Código, por los defectos de construcción de que adolece.

(1) Y, también, concurriendo con los hermanos *naturales*, pues aunque no los menciona el art. 953 y les anticipa en el llamamiento el 945, no habian de ser de mejor condición que los *legítimos*.

toda clase de herederos, y otro para la intestada, cuyos llamamientos y reglas de distribución son producto exclusivo del ministerio de la ley, que no se acuerda para nada de que en otro lugar ha dado al viudo el carácter de *heredero forzoso*, siempre y en todo caso sin más condición que la de existir y no hallarse divorciado por su culpa ni desheredado, y sin acordarse tampoco de que en el art. 814 ha declarado que el cónyuge sobreviviente, aun preterido, *conserva todos sus derechos*, sin anular la institución (1).

Con esta opinión se declara conforme otro ilustrado comentarista (2), que resume su opinión, entendiéndolo: 1.º, que el usufructo viudal es una legítima, ó sea una porción hereditaria forzosa, de la que el testador no puede disponer, por reservarla la ley á favor del cónyuge superstite no divorciado por su culpa; 2.º, que el concepto de *legítima* y el de *heredero forzoso* son *correlativos* y hacen referencia exclusiva á la sucesión testamentaria; 3.º, que la legítima es una excepción al principio de libertad de disponer de los bienes y, como tal, de naturaleza restrictiva, debiendo aplicarse sólo á lo taxativamente marcado por la ley, sin poderlo ampliar á casos no mencionados en ella, doctrina aplicable á todas las legítimas, y con mayor motivo á la del cónyuge viudo, que es especial y limitada en la *forma* y *medida* que establecen los arts. 834 á 837; 4.º, que la sucesión intestada, en el Derecho español, es *supletoria* de la testada y ha de atenderse estrictamente á lo dispuesto en la ley, cuando las reglas establecidas no den origen á vacilación alguna, debiendo sólo respetarse el llamamiento hecho por la ley; 5.º, que estos principios de carácter general se encuentran recogidos en el art. 913 del Código, conforme al cual, «á falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia, según las reglas que se expresarán, á los parientes legítimos y naturales del difunto, al viudo ó viuda y al Estado», sin que sea lícito salirse del cuadro de derechos por ella establecidos; 6.º, que ninguna de las reglas jurídicas por las cuales se defiere la herencia intestada en el Código, reconoce al cónyuge superstite el usufructo viudal cuando existen descendientes y ascendientes legítimos ó naturales, limitándose á concedérselo el art. 953, en concurrencia con hermanos ó hijos de hermanos y, por tanto, á este caso hay que concretar su existencia sin ampliarlo á otros no mencionados en el Código; 7.º, que aun reconociendo en el orden extralegal la inexistencia del usufructo á favor del cónyuge viudo en todos esos casos de sucesión intestada, que es debido á omisión ó descuido, en el orden legal es inadmisibles este criterio,—y luego se añade, contradiciéndose, que el legislador no se olvidó del citado usufructo al tratar de la sucesión intestada, puesto que lo esta-

(1) Morell y Terry, ob. cit., págs. 109 y sigs.

(2) M. Scævola, ob. cit., t. XIV, págs. 627 y sig.