

algunos dictámenes (1), suponiendo que debía reputarse incompatible la cuota viudal con la ordenación de un legado de igual ó mayor cuantía, que en plena propiedad ó en usufructo hiciera el cónyuge difunto en favor del superstita, ó cuando éste, por sus aportaciones y mitad de gananciales, no necesitara, notoriamente, del auxilio de la cuota viudal para un decoroso sostenimiento, á fin de evitar que esto cediera en perjuicio de los hijos ó herederos, con tantas deducciones, y en beneficio exagerado del cónyuge sobreviviente.

Podrá esto segundo, resultar cierto en algún caso; pero ya dejamos indicado que nada afectan estas consideraciones al propio ó principal fundamento jurídico y menos á los textos legales que establecen y regulan la legítima viudal. Y en cuanto al primero de aquellos argumentos, la compatibilidad de dicha legítima con cualquier legado, sea cual fuere su cuantía, siempre que quepa en la parte de libre disposición que tenga el testador, cónyuge premuerto, según la clase de sus herederos, es de todo punto evidente, si se atiende al tenor literal de la Base *décimoséptima* y arts. 807; núm. 3.º, y 834 á 839, que no se hacen cargo ni distinguen acerca de tal supuesto, ya á la naturaleza jurídica y legal de la legítima en cuestión, ya, por último, porque la validez, eficacia y compatibilidad respectiva de la legítima viudal y del legado, que además pudo ordenarse en favor del cónyuge sobreviviente en el testamento de su consorte, se fundan en diferentes motivos, que les hacen legalmente posibles y se refieren á distintas *partes legales* de la herencia, que responden especialmente de cada una de ellas; de la cuota viudal, generalmente el tercio, destinado á mejora, de donde debe sacarse, según el art. 835, y los legados del tercio de libre disposición, de donde se sacará también la cuota viudal, pero sólo «por excepción», en el caso del art. 839, de concurrir hijos de dos ó más matrimonios. Además, no hay razón, ni menos regla legal, que haga al cónyuge viudo, como *legatario*, no como *heredero forzoso*, en virtud de libre disposición del premuerto testador, de peor condición que un legatario extraño, como lo sería con tal interpretación de incompatibilidad entre el legado y la cuota viudal, olvidando que el primero procede de la libre voluntad del que lo ordena y la segunda del ministerio exclusivo de la ley (2).

55. *d.* Por último, respecto al núm. 3.º del art. 807, que declara herederos forzosos al viudo ó viuda, según se deja explicado en la letra anterior *c*, también hace igual declaración á favor de los hijos naturales

(1) Á este recelo respondía la práctica notarial de cláusulas por este estilo: «que dicho legado ha de entenderse sin perjuicio de la porción de bienes que en concepto de usufructo viudal le sean reconocidos en su haber».

(2) Dicha compatibilidad legal entre la cuota viudal y un legado y la deducción por gananciales, está reconocida ya en las sentencias de 21 de Febrero y de 26 de Octubre de 1904, insertas en el núm. 22 de este capítulo.

legalmente reconocidos y al padre ó madre de éstos, en la *forma* y *medida* que establecen los arts. 840 al 842 y 846. En orden á este punto, ahora sólo es de notar:

1.º En cuanto á los *hijos naturales*, que el Código amplía considerablemente, comparado con el Derecho anterior, su condición de herederos forzosos, según se ha dicho, y, á pesar de no mencionar en ese núm. 3.º del 807 más que á los *hijos naturales*, la extiende, por muerte de éstos, á sus *descendientes legítimos* — pero no á sus *descendientes naturales* —, por el art. 843, que debe reputarse complementario de aquél.

2.º Que, igual concepto extensivo, comparado con las leyes precedentes, ofrece el Código, al considerar como herederos forzosos de los hijos naturales, al *padre ó madre* de éstos, según declara el art. 846 (1), igualmente complementario del 807, núm. 3.º, al decir: «El derecho de sucesión que la ley da á los hijos naturales pertenece, por reciprocidad, en los mismos casos, al padre ó madre naturales», no siendo aplicable tampoco el 944, relativo al supuesto del hijo natural reconocido que muere sin dejar posteridad legítima ó reconocida por él, por igual razón que la antes dicha de referirse á la sucesión intestada y no á la testada.

3.º Que, no obstante no mencionar el 807, núm. 3.º, á los hijos *legitimados por concesión Real*, deben ser también incluidos entre los herederos forzosos de éstos, en iguales lugar y categoría; por virtud de lo dispuesto en el 844, que les *asimila* á los naturales, al prescribir que «la porción hereditaria de los legitimados por concesión Real, será la misma establecida por la ley en favor de los hijos naturales reconocidos».

4.º Que, á diferencia de lo que el Derecho anterior establecía (2) respecto de los *hijos adoptivos*, otorgándoles cierto reducido derecho en la sucesión del padre en los casos de adopción plena, en esta numeración de herederos forzosos no los menciona, sin embargo de que, conforme al art. 177, pueden serlo, si bien declara que «el adoptado tampoco adquiere derecho á heredar, fuera de testamento, al adoptante», añade: «á menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado á instituirle heredero», cuya obligación «no surtirá efecto alguno cuando el adoptado muera antes que el adoptante». Dicho supuesto constituye un caso de verdadera *legítima*, en cuanto el adoptado ostenta un derecho á ser instituido en la sucesión del adoptante, que á ello se comprometió en la escritura de adopción, con la especialidad de que esta legítima es *mixta* de *legal*, en cuanto la ley admite el supuesto y declara la eficacia

(1) De cuya explicación se trata en el núm. 105 de este capítulo.

(2) Núm. 6 de este capítulo.

de aquella obligación, y de *contractual*, en cuanto el derecho procede de un acto jurídico *inter vivos* con los efectos civiles obligatorios de un contrato, siendo á su vez una excepción más, del criterio general prohibitivo de los *pactos sucesorios*, que proclama el párrafo segundo del art. 1.273 (1).

56. *e. De los demás ilegítimos que no sean naturales.* — También á éstos se reconoce, con motivo de la sucesión testada, por el fallecimiento del padre ó madre ilegítimos, un derecho á los alimentos, antes declarado y regulado por otros en el Código, que no es lícito calificar de *legítima alimenticia*, aunque tenga cierta apariencia de ello. Al efecto, en el lugar correspondiente á esta materia de *legítimas*, el art. 845 (2) prescribe que, «los hijos ilegítimos que no tengan la calidad de naturales sólo tendrán derecho á alimentos»; y que «la obligación del que haya de prestarlos se transmitirá á sus herederos y subsistirá hasta que los hijos lleguen á la mayor edad, y en el caso de estar incapacitados, mientras dure la incapacidad». Este art. 845 es una derivación de los arts. 139 y 140 (3) y del art. 143, segundo párrafo del núm. 4.º del mismo (4), los cuales, respectivamente, establecen el derecho á los alimentos de los demás hijos ilegítimos que no sean naturales, en los tres únicos casos en que taxativamente se les reconoce este derecho, y en la medida ó cuantía por razón de sus fines en que se les otorga, sólo como auxilios necesarios para la subsistencia, y además los relativos á la instrucción elemental y á la enseñanza de una profesión, arte ú oficio.

57. En resumen, resulta de lo expuesto que, integrado el art. 807 con todas las concordancias que el Código ofrece respecto del mismo, son *herederos forzosos*, ó acreditan derecho á legítima en la sucesión testada, no sólo los que aquél menciona bajo sus tres números, sino todos los que se enumeran y por el orden en que se expresan á continuación, para mayor claridad y precisión de la doctrina legal, á saber:

1.º Los hijos legítimos y los legitimados por subsiguiente matrimonio, respecto de sus padres (arts. 807, núm. 1.º, y 122).

2.º Los descendientes legítimos y los legitimados por subsiguiente matrimonio, respecto de sus ascendientes legítimos (arts. 807, núm. 1.º, y 122).

3.º Los descendientes de aquellos hijos premuertos á la celebración del matrimonio de sus padres, y que de haber vivido hubieran sido legítimos

(1) Explicado en el núm. 47, cap. 10.º, t. IV, 2.ª edic.

(2) Insistimos en la mayor explicación de este artículo, mencionado aquí, con el solo fin de enumerar estos especiales legitimarios, al tratar de los *elementos reales* de la legítima y de su consiguiente cuantía en el núm. 107 de este capítulo.

(3) Explicado en los núms. 57 y 59, cap. 26.º, t. V, 2.ª edic., págs. 1.041 y 1.044.

(4) Idem en los núms. 59, cap. 26.º; 34, 35 y 39, cap. 30.º, t. V, 2.ª edic., páginas 1.044, 1.217 y 1.227.

timados por dicho matrimonio, respecto de los bienes de sus ascendientes (art. 124).

4.º Los padres, respecto de sus hijos legítimos (art. 807, núm. 2.º).

5.º Los demás ascendientes, por orden de su proximidad de grado, respecto de sus ascendientes legítimos (art. 807, núm. 2.º).

6.º El viudo ó viuda en la *forma y medida* que establecen los arts. 834, 835, 836 y 837 (núm. 3.º del art. 807).

7.º Los hijos naturales legalmente reconocidos en la *forma y medida* que establecen los arts. 840, 841, 842 (núm. 3.º del art. 807), y en representación de aquellos premuertos, sus descendientes legítimos (art. 843).

8.º El padre ó madre de éstos, en la *forma y medida* que establece el art. 846 (núm. 3.º del art. 807).

9.º Los hijos legitimados por concesión Real (arts. 127, núm. 3.º, y 844).

10.º Los hijos adoptivos, respecto del adoptante, cuando éste se obliga á instituirles herederos en la escritura de adopción (art. 177).

Anotemos aquí, por complemento, aunque no inventariado, bajo el número siguiente al 10.º y último del anterior resumen de herederos forzosos, según el Código, el *derecho á los alimentos*, en los términos que los reconocen otros artículos (1), de los *demás hijos ilegítimos* que no sean *naturales*, y la obligación del que haya de prestarlos, *transmisible* á sus herederos hasta que aquéllos lleguen á la mayor edad, y si están incapacitados mientras dure la incapacidad, siquiera éste no sea un caso de *legítima* propiamente tal.

III. Elementos REALES de la legítima. Su cuantía.

58. *Primero. Porción legítima de los descendientes legítimos.* — Se determina por el art. 808, que, á pesar de ser el desarrollo de la Base *décimosexta* de la ley de 11 de Mayo de 1888 (2), y de ofrecer un resultado común de doctrina en cuanto á la distribución del haber hereditario en *tres partes iguales*, destinadas, respectivamente, *una* de ellas, á *legítima*, y de la que el testador no podrá privar á los herederos más que en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie (arts. 813, 756, 848 á 857); *otra tercera parte* que puede el padre ó ascendiente asignar, á su arbitrio, como *mejora* entre los mismos (arts. 823 á 833); y *otra última, de libre disposición*, ofrecen, comparados ambos textos, ciertas diferencias de calificación legal: pues, según el 808, pár. 1.º, «constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos *las dos terceras partes* del haber hereditario del padre y de la madre» — ó del ascendiente —, si bien en el segundo añade que, podrán «éstos disponer de una parte *de las dos*

(1) 139, 140 y 143.

(2) Explicada en el núm. 28 de este capítulo.

que forman la legítima, para aplicarla como mejora á sus hijos y descendientes legítimos. «El resultado es igual en ambos textos de la Base *décimosexta* y del art. 808, y la diferencia sólo de redacción y nomenclatura. De ambos resulta que la *cuantía* de la legítima de los hijos y descendientes *ha de ser*, forzosamente, por lo menos de *un tercio* del haber hereditario, cuando el padre destine el segundo tercio á mejora en favor de alguno ó algunos de los otros hijos ó descendientes; y *puede ser de dos tercios*, cuando el padre no usa de dicha facultad de mejorar, así como *puede ser* también de *un tercio y sólo parte del otro*, cuando no destina todo el segundo tercio á mejora, sino sólo una parte de él.

La legítima de los hijos y descendientes tiene un *mínimum* y un *máximum* legales. Ni ha de ser *menos del tercio*, ni puede ser *más de los dos tercios* del total de la herencia; y es, por tanto, dentro del tipo legal, *variable* de menos á más, según que haya ó no *mejora* de todo ó de parte del tercio, pero *fija* en su *menor* ó *mayor* cuantía, conforme á aquellas hipótesis. Por esto cabe mantener la distinción antigua en legítima, *estricta* ó *corta*, que será en el Código el *tercio* que, por lo menos, ha de percibir el hijo ó descendiente legítimo de la herencia del ascendiente; y legítima, *larga* ó *lata*, que será de los *dos tercios* de la herencia, cuando el ascendiente no utilice la facultad de disponer de uno de ellos como *mejora*.

A esta distinción no son extraños del todo los textos legales que, al menos, la reconocen y virtualmente la admiten, como el art. 1.341 (1), al determinar, que la dote, que tiene obligación de constituir el padre ó la madre, consistirá en la mitad de la *legítima rigurosa presunta*, equivalente á la que se calificaba de *corta* en el antiguo Derecho, y que será en el Código la que se limite á *uno* de los *dos tercios* que, según el 808, constituyen la legítima, aplicando el otro á mejora, como lo permite dicho artículo, y el 823, y la *larga*, los mismos dos tercios, aplicados á legítima, y sin deducir uno de ellos para mejora.

En ambos casos, la legítima, *corta* ó *larga*, se defiende por ministerio de la ley; su naturaleza jurídica es la misma, aunque varíe el tipo de su cuantía, y le son aplicables todas las reglas de Derecho, comunes y especiales, respecto de los descendientes, que se explican después, al tratar de su *contenido*, lo mismo que para servir de tipo de comparación á otras explicaciones, al determinar la legítima viudal y la de los hijos naturales,

El efecto jurídico, diferencial y visible, es que en el tercio de legítima estricta y en los dos tercios de legítima larga, cuando no hay mejora, el descendiente sucede por ministerio de la ley y con el concepto de heredero forzoso; mientras que en el segundo tercio, destinado á mejora en su favor por el testador, sucede en parte por el ministerio de la ley, que

(1) Explicada en el núm. 39, letra c, cap. 18.º, t. V, 2.ª edic.

sólo permite mejorar á los descendientes, y en parte por la voluntad del testador, que pudo no mejorarle, y respecto de cuya mejora tiene más el concepto de heredero *voluntario*, aunque sea siempre preciso, para que pudiera ser objeto de la mejora, ostentar la doble calidad de forzoso y descendiente.

Uno y otro tercio, ya destinados ambos á legítima *larga*, ya uno á legítima *corta* y el otro á mejora, representan una *porción alicuota* de la herencia, ó sea del total del caudal relicto, que ha de liquidarse y fijarse, según las reglas del art. 818 (1), atendido el valor de los bienes que quedan á la muerte del testador, á cuyo líquido ha de *agregarse*, después de deducidas las deudas y cargas, sin comprender en ellas las impuestas en el testamento, el valor que á su vez tenían todas las *donaciones colacionables* del mismo, en el tiempo en que las hubiera hecho. Este tipo legal, ó cuantía de legítima, aunque el Código no lo diga en este artículo ni en ninguno otro que de la materia de legítimas se ocupa, por las razones antes expuestas (2), se entiende que ha de distribuirse por igual entre los hijos *in capita*, é *in stirpes*, entre los descendientes que concurren con aquellos ó con otros descendientes de grado preferente, bajo el criterio legal del derecho de *representación* y en la proporción correspondiente á la porción aplicable al representado, si hubiera sobrevivido al testador, padre ó ascendiente, ó no hubiera sido excluido por indigno ó desheredado por justa causa. Este art. 808, parece más bien una *pauta* para la distribución total del caudal hereditario, puesto que en el último párrafo declara que la *tercera parte restante* será de *libre disposición*; lo cual ha de entenderse, en cuanto fuere posible ó lo permitan otras disposiciones del Código, que, según habrá ocasión de observar, dejan fuera del alcance de la voluntad del testador el que éste pueda disponer *íntegramente* de toda ella en algunos casos (3).

(1) Explicado en el núm. 113 de este capítulo.

(2) Núm. 39, letra a, de este capítulo.

(3) Tal sucederá, por ejemplo, en el supuesto del art. 836, que se refiere al caso de concurrir el viudo con ascendientes, en el cual tendrá derecho aquél á la tercera parte de la herencia en usufructo, que se ha de sacar de la mitad libre cuando los herederos forzosos son ascendientes; pero que, deducida la tercera parte para el viudo, no queda ni la tercera ni la mitad de libre disposición; el del 839 para el caso de concurrir hijos de dos ó más matrimonios, en el cual se manda sacar el usufructo correspondiente al cónyuge viudo de segundas nupcias de la tercera parte de libre disposición de los padres; el del 840 respecto de la legítima de los hijos naturales que concurren con descendientes legítimos y tienen derecho á la mitad de la cuota de lo que corresponda á cada uno de los no mejorados de éstos, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición del cual habrá de sacarse, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral; el del 841, para la hipótesis de concurrencia de naturales con ascendientes legítimos, que otorga á aquéllos la mitad de la parte de herencia de libre disposición; pero como esto se ha de entender *sin perjuicio de la legítima del viudo*, conforme al art. 836, cuando con éste concurren hijos naturales se adjudicarán á éstos sólo en *nuda propiedad*,

59. Segundo. *De los ascendientes legítimos.*—La cuantía de su legítima se fija, por el art. 809, en la *mitad* del haber hereditario de los hijos ó descendientes, pudiendo éstos disponer libremente de la otra *mitad*, salvo lo que se establece en el art. 836. Esta salvedad se refiere al usufructo del cónyuge viudo, que cuando concurre con ascendientes y herederos forzosos del superstite, á fin de dejar á éstos íntegra la cuantía de su legítima, ó sea la *mitad*, manda que la del viudo, consistente en la *tercera parte* de la herencia en usufructo, se saque de la otra mitad libre, por lo cual, en este caso, deja de serlo; lo que sucede también en otros, como en el de concurrir hijos naturales, por cuya razón á la salvedad expresa del art. 836 que hace el 809, debió agregarse la del 841.

La legítima de los padres y ascendientes legítimos es fija ó invariable, y no tiene *máximum* ni *mínimum*, ni puede distinguirse en *larga* y *corta*, como la de los descendientes, por no admitirse la mejora de ascendientes. Es mayor que la legítima corta de aquéllos en la diferencia de la mitad á un tercio, y menor que la larga, en lo que falta de la mitad á los dos tercios.

Á diferencia de la omisión cometida por el Código, respecto de la *forma* y *medida* de división de la legítima entre los hijos y descendientes legítimos, el art. 810 completa la doctrina estableciendo, como criterio de distribución, las reglas siguientes: 1.^a, la *sucesión lineal*, que vale tanto como declarar que en la legítima de los ascendientes legítimos respecto de los descendientes legítimos, no sucede la *persona* sino en cuanto representa la *línea paterna* ó *materna*, habiendo *representación de líneas*, pero no *de personas*, y lo contrario sucede en la legítima de los descendientes respecto de los ascendientes, que lo que se sule por el derecho de representación es la *persona* ó el *grado*, pero no la *línea*; 2.^a, la exclusión de los ascendientes en grado posterior, como representantes de su línea, por los ascendientes que haya de grado anterior, así es que en esta sucesión de ascendientes legítimos por razón de legítima, respecto de descendientes legítimos, es absoluta la regla de que el pariente ó ascendiente *más próximo* excluye á todos los más *remotos*, aunque él, por ejemplo, represente la línea paterna ó materna solamente y los haya más remotos de ambas líneas, ó de la contraria á la que él representa, esto es, que el padre ó madre excluyen á los abuelos paternos y maternos, y lo mismo el padre sólo á los maternos, que

mientras viviere el viudo, lo que les falte para completar su legítima. En suma, que este tercio de libre disposición que declara el art. 808, para el que tiene descendientes legítimos, como la mitad para el que tiene ascendientes, no es en muchos casos real y efectiva, porque lo estorban, disminuyéndola y poniéndola fuera del arbitrio de la voluntad del testador, otros derechos ó responsabilidades declarados en el Código, á cuya satisfacción se aplican, en más ó en menos, esa tercera parte ó esa mitad, calificadas de *libre disposición*.

la madre sólo á los paternos, en virtud del imperio de la regla de mayor proximidad de grado; 3.^a, que la sucesión deja de ser *lineal* y se convierte en sucesión *in capita*, cuando sólo hay representantes de una línea y faltan los de la otra en el mismo grado; por ejemplo, si hubiera padre ó madre solos, el que existiera de éstos sucedería en toda la legítima, excluyendo á los abuelos, lo mismo maternos que paternos, y si hubiera abuelo ó abuelos paternos, pero no maternos quedarían excluidos, no sólo los bisabuelos paternos, sino también los maternos, y aquel ó aquellos de los abuelos paternos sucederían en toda la legítima, *in capita* dividiéndola por mitad cuando concurrieren dos ascendientes de igual *línea* y del mismo *grado*.

Este art. 810, que regula la sucesión de los ascendientes legítimos, respecto de los descendientes legítimos, concuerda exactamente con los arts. 936 y 937, que regulan, con igual criterio, la sucesión *ab intestato* de los descendientes por los ascendientes.

Lo dispuesto en el art. 810, ha de entenderse sin perjuicio de lo establecido en los 811 y 812, relativos, el primero, á la especial reserva pseudo troncal que el Código introduce, y el segundo, al derecho de los ascendientes para suceder, con exclusión de otras personas, en las cosas dadas por ellos á sus hijos ó descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión, ó si hubieran sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación á ellos, y en el precio, si se hubieren vendido, ó en los bienes con que se hayan sustituido si los permutó ó cambió; preceptos ambos de excepción, que se explican más adelante (1).

Esta salvedad ya se establecía el tercer apartado de la Base *décimo-sexta* de la ley de 11 de Mayo de 1888, al decir: «la mitad de la herencia en propiedad adjudicada por proximidad de parentesco, y *sin perjuicio de las reservas*, constituirá, en defecto de ascendientes legítimos, la legítima de los ascendientes, *quienes podrán optar entre ésta y los alimentos*». Esta última parte de la Base ha sido *abandonada* y ha quedado sin desarrollo en el articulado del Código, sin duda con buen acierto, porque, sobre prestarse á conflictos, faltaba toda ecuación entre la legítima y los alimentos, que responden á fundamentos distintos, y se dan para muy diferentes fines y en muy diversa cuantía.

60. Tercero. *Del cónyuge viudo.*—La *cuantía* de la *legítima* á favor del cónyuge superstite, usualmente llamada *cuota vidual*, es la que determinan, según sus respectivos supuestos, los arts. 834, 836 y 837, en relación con el 838.

Es *excepcional*, *relativa*, *variable*, y permite formas *subsidiarias*, que

(1) Al tratar del *contenido* de las legítimas, respecto de los ascendientes legítimos, letras B, b, núm. 116 de este capítulo.

la modifiquen á voluntad de los herederos en los medios de su satisfacción.

Es *excepcional*, en cuanto recae sobre el *usufructo* y no sobre la *propiedad* (art. 834) y, á lo sumo, puede transformarse, según el art. 838, en otras *formas* de su efectividad, que la normal de usufructo,

Es *relativa*, porque su cuantía se determina *en relación* con una porción de la herencia que perciben ciertos partícipes, consistiendo en una cuota en usufructo *igual* á la que por legítima corresponda á cada uno de sus hijos ó descendientes legítimos *no mejorados*, siendo *varios*; cualidad *relativa* que pierde, cuando no quedase más que *un solo hijo ó descendiente*, ó quedaren sólo ascendientes, ó no dejare descendientes ni ascendientes, en cuyos casos tiene el tipo *fijo*, aunque distinto según las hipótesis, y en el primero, la imputación es determinada del usufructo al tercio destinado á mejora (arts. 834, 836 y 837).

Es *variable*, porque no es siempre la misma. Al contrario, la cuota viudal cambia de *cuantía*, según las hipótesis, á saber: 1.º, si existen varios hijos ó descendientes, aquélla consiste en el derecho á *una cuota, en usufructo, igual á la que por legítima corresponda á cada uno de los hijos ó descendientes legítimos no mejorados* (art. 834, párrafo 1.º); 2.º, si no quedaran más que un solo hijo ó descendiente, la cuota viudal consistirá en *el usufructo del tercio destinado á mejora* (art. 834, pár. 2.º); 3.º, no dejando el testador descendientes, pero sí ascendientes, la cuota viudal consistirá en *la tercera parte de la herencia en usufructo* (836); 4.º, si el testador no dejara ascendientes ni descendientes legítimos, la legítima del viudo consistirá en *la mitad de la herencia en usufructo* (837).

Es susceptible de *medios subsidiarios*, que la modifiquen en la *forma* y *medida* de su pago, sustituyéndola por una renta vitalicia ó por los productos de determinados bienes ó por un capital en efectivo, si media mutuo acuerdo entre los herederos y el cónyuge viudo ó, en su defecto, resolución judicial (837, núm. 3.º, y 838).

61. La inteligencia del Código acerca de la *determinación* de la legítima viudal y del *procedimiento* para fijar su cuantía en cada uno de los variados casos que pueden ofrecerse, según sus condiciones y supuestos respectivos, y las diferentes y complejas circunstancias de la práctica, demanda la exposición previa, en la forma más abreviada posible, de todo lo que de *esencial* suministran los prolijos antecedentes y opiniones con que han ilustrado la cuestión escritores y hombres de Derecho, teóricos y prácticos; siquiera se procure no recaer en el extremo contrario de hacer inventario minucioso de cuanto se ha dicho y conjeturado ó pueda conjeturarse sobre punto tan á propósito para ello, porque, sin grande utilidad, produciría, tal vez, mayor confusión.

En todos aquellos pareceres se encuentra más de un fundamento,

de los en que se apoyan, digno de conformidad, como verdades parciales innegables, desde el punto de vista particular en que cada uno se inspira; pero apenas si cabe suscribir absoluta y totalmente ninguno, sin salvedades ni distingos, que quebrantarían la adhesión y no permiten la reproducción completa.

62. Nótese, en primer término, que es necesario distinguir para establecer *criterio de solución concreta*, formulario en congruencia con los diferentes casos que pueden presentarse según el Código y las hipótesis más frecuentes en la realidad, para la determinación de la legítima viudal y fijación de la cuantía de la cuota usufructuaria que la constituye. Son estos:

A. *Un solo hijo ó descendiente legítimo que le representa, concurriendo cónyuge viudo.*

B. *Varios hijos ó descendientes legítimos, en las siguientes hipótesis:*

a. Sin mejora.

b. Con mejora de *todo el tercio* de la herencia, destinado á ella por la ley.

c. Con mejora, pero en cantidad *inferior al tercio* destinado á ella.

d. Sin mejora ó con mejora, total ó parcial, del tercio destinado á ella, y disponiendo ó no el testador, en legados, de todo ó de parte del tercio de libre disposición.

e. Concurrir á la sucesión sólo hijos ó también nietos, hijos de alguno de aquéllos, premuerto.

f. Concurrir con el cónyuge viudo hijos que traigan á colación bienes, que hayan recibido, con anterioridad, del difunto causante.

g. Concurrir con el cónyuge viudo hijos de dos ó más matrimonios.

C. *No existir hijos ó descendientes legítimos, pero sí ascendientes legítimos, concurriendo cónyuge viudo.*

D. *No existir descendientes ni ascendientes legítimos, pero sí cónyuge viudo.*

E. *Concurrir hijos ó descendientes naturales reconocidos, padre ó madre natural de éstos ó hijos legitimados por concesión Real con el cónyuge viudo, y dentro de este supuesto las siguientes hipótesis:*

a. Concurriendo con el viudo y con hijos ó descendientes legítimos.

b. Concurriendo con el viudo y ascendientes legítimos, pero no descendientes.

c. Concurriendo con el viudo, solos, sin descendientes ni ascendientes legítimos.

d. Concurriendo hijos legitimados por concesión Real, cuya legitimación sea anterior á la fecha en que empezó á regir el Código civil y posterior la en que falleció el causante de la sucesión.

63. Vengamos ahora á las *soluciones legales* para cada caso:

64. A. *Un solo hijo ó descendiente legítimo, concurriendo cónyuge viudo.* La solución es explícita y, á nuestro juicio, clara y terminante en el Código por el pár. 2.º del art. 834, que dice: «Si no quedara más que un solo hijo ó descendiente, el viudo ó viuda tendrá el usufructo del *tercio destinado á mejora*, conservando aquél la *nuda propiedad*, hasta que por fallecimiento del cónyuge superstite se consolide en él el dominio.»

EJEMPLO.—30.000 unidades de caudal líquido hereditario.

A. *Un sólo hijo ó descendientes legítimos que le representen, concurriendo cónyuge viudo.*

Al hijo ó descendientes legítimos que le representen, por su legítima (art. 834, 2.º pár.)

En pleno dominio.....	10.000
En nuda propiedad.....	10.000
Al cónyuge viudo, por su legítima en usufructo, 10.000.	
Queda de libre disposición:	
En pleno dominio.....	10.000
Total.....	30.000

No es extraño que la justificada prevención que existe contra la defectuosa redacción del Código, provoque críticas, despierte recelos y ofrezca dudas de interpretación á cada momento; pero así y todo nos parece algo exagerado espíritu de censura el que con motivo del texto antes transcrito se plantee ningún problema de exégesis, pretendiendo (1) que su letra, por las palabras «del tercio destinado á mejora», pueda dar lugar á revelar, no sólo una impropiedad por hablar de mejora existiendo un solo hijo ó descendiente legítimo, cuya sola individualidad, por ser única, hace imposible toda idea de mejora, sino á suponer, nada menos, que si se entendiera que de los dos tercios de la herencia, el uno correspondía al solo hijo ó descendiente, por *legítima*, y el otro por *mejora*, equivaldría á dejar en tal caso sin su cuota viual en usufructo al cónyuge superstite, puesto que de ese tercio es de donde debía sacarse, según este segundo párrafo del art. 834, que confirma, en general, para todo caso de cuota viual en concurrencia con hijos y descendientes, el 835; cuando es visto que ni la mejora es posible, según se reconoce, tratándose de un solo hijo ó descendiente, con el cual concurra únicamente en la sucesión el viudo, ni lo «del tercio destinado á mejora» puede interpretarse que haya sido destinado á tal fin en aquel caso, sino

(1) Marina, ob. cit., págs. 50 á 52.

que claramente se refiere á la organización y distribución en *tres partes*, que hace del haber hereditario por *criterio legal general*, el segundo párrafo de la Base *décimosexta* y el art. 808; y que, en efecto, lo que quiso decir, y á nuestro juicio dice con términos más abreviados, es que de una de las tres partes en que considera dividida la herencia aquel *régimen legal*, la segunda, ó sea aquella de que, en el caso de existir *varios hijos ó descendientes legítimos—no uno solo—* como en el caso de que se trata y á que especialmente provee el párrafo segundo del art. 834—, *hubiera podido disponer* el ascendiente como *mejora* en favor de cualquiera de ellos, esa es la que se aplicará en usufructo al pago de la cuota viual.

Por el contrario, entendemos que este texto, no sólo es claro para la aplicación concreta á que se contrae de concurrencia del viudo con un solo hijo ó descendiente, sino que tiene una gran significación, combinado con el 835, para contribuir á la explicación y mejor inteligencia del primer párrafo del mismo art. 834, fuente, por su especial redacción, de tantos problemas, dudas y opiniones, como su interpretación ha producido á los comentaristas del Código; en cuanto que aquel segundo párrafo de dicho artículo pone de manifiesto que, al efecto de determinarse la legítima viual, no pueden hacerse *equivalentes* la *nuda propiedad* del usufructo y menos del *pleno dominio*, puesto que da *en usufructo* al viudo el *segundo tercio*, esto es, el *destinado á mejora*, como le llama, y al hijo ó descendiente legítimo único, en el supuesto de que trata, le da *en pleno dominio* el *primer tercio*, que pudiéramos llamar el *destinado á legítima* en aquella distribución del haber hereditario que hace la Base *décimosexta*, y corrobora con diferente dicción el art. 808 (1), y *además* le otorga la *nuda propiedad* del *segundo tercio*, que el cónyuge lleva *en usufructo*, para pago de su cuota viual.

Esto demuestra claramente que, para la ley, no hay tales *equivalencias*, ni se consideran esos valores como *homogéneos*, al efecto de que sumados, *pleno dominio*, en parte, y *nuda propiedad*, en otras de las adjudicaciones hechas á los hijos ó descendientes legítimos que concurran con el viudo en la sucesión del consorte difunto, puedan constituir un *total* por *acumulación de ambos*, cuyo importe sea el que regule el *tipo de igualdad*, por el numérico de valor que represente la cuota adjudicada al viudo en usufructo, y cuya nota de *cuota igual* es la pauta ó clave principal del mencionado art. 834, párrafo primero.

65. B. *Varios hijos ó descendientes legítimos con cónyuge viudo*, en sus diferentes hipótesis, antes enumeradas, de no existir ó de existir mejora, bien de todo el tercio de la herencia, destinado á ella por la ley, bien de existir, pero en cantidad inferior á dicho tercio, de existir ó no

(1) Ambos textos explicados en los núms. 28 y 58 de este capítulo.

mejora total ó parcial que el testador haya ó no dispuesto, en legados, de todo ó parte del tercio libre y que concurran á la sucesión sólo hijos ó también nietos, hijos de alguno de aquéllos premuerto. Este supuesto de la pluralidad de hijos ó descendientes legítimos con los cuales concurra el viudo, en las diferentes hipótesis que dentro del mismo pueden ofrecerse, antes mencionadas, ha sido y es el que ha engendrado la más ardiente polémica y el punto de discrepancias, conjunto de ilustradas opiniones más varias, y el verdadero, por no decir el único, problema planteado y resuelto con muy distinto criterio, de radical diferencia en unos pareceres y de composición ecléctica en otros, á los fines de fijar la inteligencia y mejor sentido de aplicación del párrafo primero del art. 834.

Ante todo, es de observar, que no se trata de ninguna cuestión de principios, bajo cuyo influjo directo haya de resolverse, optando por una ú otra teoría jurídicas, sino tan sólo de una cuestión meramente positiva, cual es la de fijar la verdadera inteligencia y criterio de aplicación de un texto legal que contiene una fórmula más cuantitativa que cualitativa, establecida por el arbitrio de la ley, según el criterio numérico de cantidad y proporción que se ha considerado de mayor conveniencia por el legislador ó mejor ajustado á los fines que se propuso cumpliera la introducción de la legítima viudal en nuestra legislación ó Derecho de Castilla; y es, por tanto, desde el punto de vista científico ó doctrinal, un problema muy secundario, pero desde el práctico ó de aplicación tiene una trascendental importancia.

Por esto, con una convicción tan sincera como atractiva, comienza un ilustrado escritor (1), diciendo: que como «son tres las partes iguales en que se divide la herencia del ascendiente legítimo, son tres las opiniones que se han formado sobre este punto, según se ha entendido que la cuota usufructuaria del cónyuge viudo, cuando hay hijos legítimos, ha de ser igual á la que cada uno de éstos perciba de la tercera parte de la herencia, ó de las dos terceras partes de la misma ó de su totalidad»; que «no parece sino que es elástica la porción de herencia del ascendiente que constituye la legítima de los hijos ó descendientes legítimos, y de igual modo es elástica toda la herencia, para que, estirada convenientemente ésta ó aquélla, pudiéramos sacar fácilmente de tal porción de la herencia ó de toda ella, á medida de nuestro deseo, una parte más que el total á que asciende el número de hijos vivos y representados, para hacer así de la herencia, ó de aquella porción de la misma, tres mitades si son dos los hijos, cuatro ter-

(1) D. Cristóbal Lozano Sicilia, en su notable monografía titulada *Interpretación del art. 834 del Código civil, ó legítima del cónyuge viudo, cuando concurre con descendientes legítimos á la sucesión de su consorte*, Madrid, 1898, págs. 116 y sigs.

ceras partes, si son tres, y así sucesivamente una parte alcuota más de las que corresponden en cada caso al número de hijos»; y que esto, como imposible, no ha podido decirlo ni lo dice el primer párrafo del art. 834 (1).

Coincidiendo otro distinguido comentarista (2) con la idea de que se trata de una operación aritmética que consiste en la división del caudal relicto y que la cuota no es más que un cociente, resume y clasifica, por muy inteligente modo, las diferentes opiniones, poniendo de relieve su discrepancia en lo relativo á los dos factores de la división, *dividendo* y *divisor*; entendiéndose por el primero la expresión de cantidad mayor ó menor del importe de la herencia, incluso para alguno la herencia entera, sobre la cual ha de girar la división y deducirse, en consecuencia, la *cuota viudal* (3), y por el segundo, el número mayor ó menor de unidades, formado sólo, para unos, por el número de hijos existentes ó representantes de ellos premuertos, como descendientes de grado ulterior, y para otros, por este mismo número de hijos ó descendientes en su representación y, además, *otra unidad*, que es la del cónyuge viudo.

Respecto del primero, lo distingue en *fijo ó mínimo* y *variable*, y éste, en *máximo* y *medio*, y en cuanto al segundo, en *simple* y *compuesto*; y bajo estas distinciones agrupa en extracto y critica las principales opiniones que á esta materia se refieren. El inventario de ellas (4) puede reputarse completo y fielmente hecho el extracto de sus fundamentos, seguido de la conformidad ó contradicción del ilustrado escritor (5), al

(1) Y añade en otro pasaje: «Ni la entidad jurídica herencia, ni las dos terceras partes de la misma, tienen la cualidad de la elasticidad; aquella entidad y la porción que constituyen sus dos terceras partes, consideradas como un todo, al dividir la una ó la otra en un número determinado de partes alcuotas iguales, el quebrado impropio que representa el número y cuantía de estas partes ha de tener el denominador igual al numerador; este quebrado ha de ser un entero, dos medios, tres tercios, cuatro cuartos, cinco quintos ó cualquier otro que tenga por numerador el número de hijos y por denominador la cuantía de la parte alcuota que corresponde á cada uno en la unidad que se divide; por lo tanto, cualquiera que sea esta unidad y el número de hijos entre quienes se divida por partes iguales, sólo puede darnos tantas partes alcuotas cuantos son éstos, sin que pueda haber una parte más para darla en usufructo al cónyuge viudo, porque la de cada uno de los hijos está representada por un quebrado que tiene por numerador la unidad y por denominador el mismo de dicho quebrado impropio, el número de hijos».

(2) Mucius Scaevola, ob. cit., t. XIV, págs. 639 y sig.

(3) Que, al fin, como dice Manresa, «cuota equivale á parte ó porción del todo, que es la herencia, y la cuota, una porción determinada de la misma, y como la herencia representa una cantidad, la cuota representa una fracción de esa cantidad, una parte de la misma fijada en relación con el total». Ob. cit., t. VI, pág. 449.

(4) Fuera de alguna omisión que explica la fecha de los trabajos, como la del señor Lozano, monografía citada, y otras que no han alcanzado tanta publicidad.

(5) Y termina con un resumen en forma de dictamen, ob. cit., págs. 691 á 696.