

cual nos remitimos, y tomando por base su interesante trabajo en este punto del *resumen de opiniones*, sin perjuicio de aconsejar el estudio directo de cada una de ellas en su propio asiento y dicción, como hemos creído necesario hacerlo nosotros, nos limitamos aquí á una mención y examen abreviados de lo más sustancial de los mismos.

A. DEL DIVIDENDO.

a. *Dividendo fijo ó mínimo.* Lo primero, porque es invariable ó siempre igual su *tipo*; lo segundo, porque es la menor parte de la herencia que puede tomarse como tal para girar sobre ella la operación de deducir la cuota viudal. Comprende tan sólo el tercio de la herencia destinado á legítima estricta ó rigurosa, y es permanente base en todo caso para la fijación de la legítima del viudo, siendo indiferente que exista mejora de todo ó de parte del segundo tercio destinado á mejora, ó que ésta no exista.

Mantienen esta opinión los Sres. Morell (1), López R. Gómez (2) Firmat (3), Lecaroz (4) y Lozano Sicilia (5).

Primero. Morell, se funda en que: 1.º, la mejora no es la porción de bienes de que *dispone* el testador, sino de la que *puede disponer*, siendo siempre mejora el tercio íntegro, y no una parte del mismo; 2.º, el Código establece una separación entre el tercio de mejora y el de legítima estricta, como lo prueban la Base *décimosexta* y los arts. 782, 806, 808, 813, 814, 815, 816, 819, 824, 831 y 835; porque la distinción arranca, no de que el testador disponga ó no del de mejora, que es un mero *accidente*, sino de la naturaleza legal de ese tercio, no de la disposición hecha, sino de la posibilidad de hacerla ó de la falta de necesidad de distribuirla por partes iguales entre los hijos y de la facultad de privar de participación en ese tercio á cualquiera de ellos en beneficio de otros hijos, no alterándose esa naturaleza porque el testador haga ó no uso de su derecho, pues aceptando que no hay más mejora que la que dispone el testador, resultaría que, lo que se llama legítima, podría crecer y menguar, nunca más de dos tercios ni menos de uno, pero siempre dentro de aquel *máximo* y de este *mínimo*; 3.º, la ley, al hablar del hijo *no mejorado*, alude á un tipo *ideal*, legalmente posible, que es el del hijo que no lleva parte alguna en el tercio de mejora, cuya cuota de legítima corta debe servir de base para fijar la correspondiente en usufructo al cónyuge superstite, resultando así una regla constante, fija, general y segura; 4.º, no es admisible que el segundo párrafo del art. 834 sea excepción del primero, porque la

(1) *Estudios sobre el Código civil*, págs. 170 y sigs.

(2) *Ob. cit.*, t. I, págs. 545 y sig.

(3) *Estudios sobre el Código civil*, págs. 130 y sig.

(4) *De la cuota legal en usufructo que, á favor del cónyuge viudo, establece el vigente Código civil*, págs. 3 y sig.

(5) *Ob. cit.*, págs. 115 á 180.

ley no lo dice y sólo sería necesario considerar como legítima de los hijos no mejorados las dos terceras partes y no una; porque que en el caso de un solo hijo debe reputarse mejorado, pues existiendo siempre la mejora como tercio, siempre habrá hijo mejorado, y de lo que no puede hablarse es de hijo alguno no mejorado, ya que al único le corresponde todo el tercio de mejora, toda vez que los párrafos *tercero* y *cuarto* del art. 834 aclaran y confirman, el primero, en el sentido de deber estimarse como legítima del hijo único la tercera parte del caudal, á pesar de las dudas que en este caso pudieran abrigarse, y por la falta de buen sentido en el legislador, ya que si se diera otra inteligencia, resultaría que, en vez de establecer una regla uniforme y constante, enlazaba excepciones sobre excepciones; 5.º, si bien la ley considera algunas veces como legítima los dos tercios del caudal, esto únicamente sucede cuando se trata de algo común á uno ú otro tercio y no hay razón ni interés para separarlo; pero en todos aquellos artículos, en los cuales, por tratarse de algo en que difiera un tercio del otro, habla al mismo tiempo de *legítima* y de *mejora*, separa los dos tercios y entiende por legítima un tercio del caudal ya que no cabe hablar de residuos y hay que considerar como legítima un tercio ó dos tercios íntegros, según lo prueban concluyentemente los arts. 819 y 829; 6.º, al referirse el art. 834 á la legítima de los hijos no mejorados, es evidente, ó al menos lo parece, que reduce la legítima algo, reducción que tiene que ser de un tercio, porque otra solución equivaldría á afirmar dos naturalezas distintas dentro del tercio mismo de mejora; 7.º, la ley, para marcar una cuota siempre fija en relación con el número de hijos, no podía señalar un tipo variable, para lo cual es preciso que no tenga parte alguna en el tercio de mejora, lo que se consigue excluyendo siempre este tercio.

Segundo. López R. Gómez, se funda en que: 1.º, dentro del art. 808 están perfectamente fijados los conceptos lato y estricto de la legítima, y si por el primero el hijo tiene un derecho limitado ó relativo á la totalidad de ésta, en cuanto depende de que el ascendiente ejerza ó no su libre facultad de mejorar, que, en caso afirmativo, hace que aquel derecho se contraiga á la parte ó tercio estricto, únicamente á éste tendrá derecho el hijo, ya que sólo puede ser privado de él por justas causas de desheredación, y así lo comprueba el concepto con que el hijo percibe todos los bienes que le correspondan en la herencia de su padre y la necesidad de la expresión de estos conceptos en las operaciones particionales, puesto que siendo el testimonio de ellas el título de adquisición y debiendo expresarse en los títulos el concepto en que se adquieren los bienes, no basta la expresión genérica de que ha tenido lugar por herencia del padre, sino que es preciso indicar particularmente el carácter asignado á cada uno de los bienes que se le adjudiquen; deduciéndose de todo esto, que no puede ser considerada como legítima sino la por-

ción de bienes que al hijo se transfiera del primer tercio de la herencia, sin relación alguna á lo demás, que por mejora, legado ó acrecentamiento, adquiera de los otros dos tercios; 2.º, si el descendiente tiene sólo ese derecho estricto á su legítima, dentro del primer tercio de la herencia, siendo este derecho relativo en cuanto al de mejora, siempre que el testador no disponga de todo ó parte de él en favor de otros descendientes, deben reputarse mejorados todos los hijos, y entenderse por *hijo no mejorado* el que sólo percibe la parte correspondiente en el tercio de legítima, y en caso de que todos los hijos adquieran mayor porción, sólo la cuantía de aquélla ha de servir de base para el concepto del usufructo del viudo; 3.º, si, efectivamente, la legítima consistiera en los dos tercios, hubiera ó no mejora, no tenía el legislador necesidad de distinguir y determinar, como lo ha hecho en el art. 835, ordenando la deducción del usufructo viudal del tercio destinado á mejora, los bienes sobre que habría de imponerse el usufructo, probándose con esto que si es inconcuso que la legítima no es susceptible de gravamen ó limitación, no cabe duda que el verdadero concepto de legítima consiste en los bienes del primer tercio; 4.º, el pár. 2.º del art. 834 no es una excepción, sino una aclaración y complemento, por el cual se fija el *máximum* que puede alcanzar el usufructo del viudo, igualándole á lo que estrictamente puede recibir por legítima el hijo ó descendiente, único heredero.

Tercero. Firmat, se funda en que: 1.º, la legítima, rigurosamente tal, no es más que un tercio del haber hereditario, ya que el tercio de mejora sólo de manera impropia puede llamarse legítima, por comparación á extraños, porque no puede salir de los descendientes; pero no con relación á éstos, pues cada uno por sí tiene, únicamente, derecho á la participación del tercio, y si el padre no dispone del otro á favor de alguno de los descendientes, como puede hacerlo, *mejora á todos*; 2.º, el art. 835 prescribe, «se saque la cuota viudal de la parte de bienes destinada á mejora de los hijos, sin duda, porque no admitiendo gravamen alguno la legítima rigurosa, quiere dejarla intacta para los que tienen derecho á ella; 3.º, hay fundamento en el Código para distinguir la legítima corta de la larga, como lo prueban, además de los arts. 808, 834 y 835, el 1.341, al establecer que la dote obligatoria á que se refiere el artículo anterior consistirá en la mitad de la *legítima rigurosa* presunta; 4.º, la Comisión de Códigos consideraba el caudal del padre dividido en tres partes iguales, una de legítima, otra de libre disposición y la restante destinada á las mejoras, de lo cual se deduce que la legítima, á que podían referirse los redactores del Código en el art. 834, no es más que un tercio; 5.º, el deseo del legislador fué que el viudo sea de mejor ó peor condición hereditaria, según el número de hijos ó descendientes del difunto, ó según la línea, descendientes llamados á suceder, y considerando como legítima los dos tercios para los primeros, si el padre difunto no establece mejora,

quedaría frustrado el pensamiento de aquél, pues siempre que haya sólo dos hijos, el cónyuge superstite llevará tanta cuota en usufructo como cuando exista uno ó no exista ninguno; 6.º, no es cierto que la prescripción del art. 835 se refiera al caso de existencia de mejora por disposición del testador, porque debe atenderse á que se encuentra establecido después del último párrafo del 834, declarativo de ser la cuota viudal, en caso de quedar un solo hijo, el tercio *destinado á mejora*, y cuando hay un solo descendiente no puede haber mejora con relación á otros herederos y pertenece de derecho al único existente; luego el nombre de mejora no lo recibe ese tercio por el hecho de mejorar, que puede no existir, sino por el destino que le da la ley; 7.º, el Código tiene fuerza y vigor por la ley de Bases, no por la aprobación de las Cortes; aquélla es el cimiento y el pensamiento fundamental, y éste el edificio y su forma, no pudiendo ser expresado en las Bases todo lo que en el Código se consigna, así es que en el silencio de las primeras habrá de acudir al segundo, pero cuando las Bases hablen y el Código ofrezca dudas, aquéllas deben de servir de medios de interpretación, en cuanto revelan el propósito del legislador.

Cuarto. Lecaroz, se funda en que: 1.º, la cuota viudal, por su carácter de *legal*, ha de ser *fija*, y no puede disminuirse por el testador en perjuicio del cónyuge viudo; resultando fija sólo cuando se reputa la legítima como equivalente de un sólo tercio para detraerla de él, pues de considerarla igual á los dos tercios, es ya variable dicha cuota, según que el testador disponga ó no del tercio de mejora; y ésta es sólo legítima en cuanto no puede salir de los descendientes, pero no en todo el sentido lato de la palabra, por el objeto á que se destina—mejora—y porque de él se saca la cuota viudal, pues aunque sea en usufructo, es ya una limitación ó gravamen que rechaza la verdadera legítima; 2.º, las palabras *no mejorados*, empleadas en el art. 834, respecto á los descendientes legítimos, quieren decir *con exclusión del tercio de mejora*, porque lo menos frecuente es la mejora de uno solo de los hijos, y lo más regular, que el testador mejore á todos en distinta proporción ó que no mejore á ninguno; caso en el que resultan *todos mejorados* por igual, en cuanto podría privar á cualquiera de ellos de la participación en dicho tercio, y, por consiguiente, únicamente es y puede llamarse *no mejorado* el que no lleva nada del tercio de mejora; 3.º, la afirmación del art. 835 de que la cuota se sacará del tercio de mejora, sería un contrasentido decir que la legítima, al efecto de fijar la cuota, son dos tercios, y, al mismo tiempo, afirmar que la cuota, que ha de ser igual á la legítima, ha de deducirse de uno solo de los dos tercios, el cual, además, no existe por estar repartido, en unión del otro, entre los hijos; 4.º, dado el art. 834, párrafo segundo, preceptivo de que quedando un solo hijo la cuota viudal será el tercio de mejora, para que exista una gradación

proporcional, justa y equitativa en la cuantía de aquélla, en relación con el número de hijos, es menester que se considere como legítima—dividendo—un solo tercio, porque al ser la cuota todo el tercio de mejora, cuando queda un solo hijo, será la de la mitad de dicho tercio cuando concurren dos hijos, de una tercera cuando tres, y así sucesivamente, cuya gradación no se consigue estimando que la legítima sea más del tercio; 5.º, el tercio de mejora no puede salir de los hijos ó descendientes, por ser legítima larga de los mismos, teniendo que hallarse forzosamente en todos ellos ó en varios, ó en uno, por lo menos, y así es que cuando el padre ó la madre no disponen expresamente del tercio ó cuando mejora á todos en distinta proporción, dicho tercio no sale de los hijos y todos llevan una participación del tercio de mejora, es decir, perciben parte de la mejora, y, por tanto, resultan ser verdaderamente *mejorados*; 6.º, la Base *décimoséptima*, para la redacción del Código, al hablar de la cuota del cónyuge viudo, dijo únicamente que sería igual á la legítima de los hijos, sin añadir la frase *no mejorados*, por no ser necesario, toda vez que la Base *décimosexta* consignaba que la legítima habría de ser un tercio; mas en el Código eran precisas dichas palabras para aclarar que, no obstante expresar que la legítima son dos tercios, como uno de ellos puede destinarse á mejora, la cuota sería igual á la legítima de los hijos no mejorados, es decir, con *exclusión* del tercio de mejora.

Quinto. Lozano Sicilia, además de lo antes transcrito (1) de su ilustrado parecer, y derivando de ello su juicio, se funda en que: «1.º, hay que optar por la opinión que, dando cumplimiento á la ley, que no excluye caso alguno ni establece diferencias, cualquiera que sea la cuantía de la herencia, el número de hijos, la forma que revista el caudal, las circunstancias que concurren, y, por lo tanto, haya ó no créditos, haya ó no deudas, haya ó no testamento, haya ó no hijos naturales reconocidos ó legitimados por concesión Real, siempre permite afirmar que se puede dar al cónyuge viudo una cuota en usufructo igual á la que á cada uno de los hijos corresponda en una porción de la herencia de su ascendiente legítimo, ó sea una cuota usufructuaria mayor ó menor, según el número de hijos, toda vez que la cuota que á cada uno de éstos corresponda en determinada porción de la herencia está en razón inversa de su número, y como hay que dividir por partes iguales entre los hijos la cuota que á cada uno corresponda, será forzosamente parte alicuota de la herencia, y si la usufructuaria del cónyuge viudo ha de ser igual á la de cada uno de los hijos será también en todo caso parte alicuota de la herencia de su consorte; 2.º, se equivocan, por tanto, los que creen que la cuota usufructuaria del cónyuge viudo ha de ser igual á la que cada uno de los hijos legítimos perciba de la porción de herencia de su ascendiente que cons-

(1) Ob. antes cit., núm. 65 de este cap.

tituye la legítima de los mismos, puesto que, como no pueden sacar de la porción que dividen de la herencia una parte alicuota más de las que corresponden al número de hijos, porque no pueden hacer lo imposible, para poder dar al cónyuge viudo una cuota igual á la de cada uno de aquéllos, lo incluyen en la partición, hacen tantas partes cuantos son los hijos, más el cónyuge viudo, le adjudican á cada uno una parte, y, además, á cada hijo la parte alicuota de la nuda propiedad que, según su número, le corresponde de la que se adjudique al viudo en usufructo, y sucede con esto que, ni las partes son iguales, porque la de cada uno de los hijos es mayor que la del cónyuge viudo en lo que se le adjudique de la nuda propiedad á la parte que éste lleva en usufructo, ni el viudo lleva la cuota que ha ordenado el legislador, en cuanto aquél ha querido que éste lleve una, siempre *aliquota* de la herencia de su consorte, y siempre igual á la que cada uno de los hijos legítimos tiene derecho á percibir forzosamente de la herencia paterna ó materna, muera ó no intestado el consorte y disponga ó no éste del todo ó parte del tercio de libre disposición ó del destinado á mejora, ni cada uno de los hijos, ni en conjunto, todos llevan la que les corresponde á la muerte de su ascendiente, porque siendo mayor la del cónyuge viudo á la que cada uno de aquéllos, cuando hay varios, tiene derecho á recibir forzosamente, ya se dé á aquél, en usufructo, tanto como cada uno de los hijos perciba de las dos terceras partes de la herencia, ya se le dé tanto como cada uno perciba de la totalidad de la misma, tanto cuanto lleva el cónyuge viudo en usufructo de más, llevan los hijos en conjunto de menos, y, lo que es consecuencia lógica, al dividir por partes iguales entre éstos lo que queda para todos ellos, lleva cada uno de menos la parte alicuota correspondiente á lo que el viudo lleva de más; ni está la parte alicuota que se da á cada uno en razón inversa al número de hijos, como antes estaba y ahora también debe estar, porque, entrando el cónyuge viudo en la división, aumentando, con tal motivo, en todo caso, en una unidad el divisor, ya sea el dividendo lo que reste de la legítima de los descendientes legítimos, después de haber dispuesto el ascendiente en favor de alguno ó algunos de éstos de parte de la porción de la misma destinada á este objeto, ya sea el dividendo aquel resto más lo que quede de la porción de herencia de libre disposición, la parte alicuota que se da á cada uno de los hijos, en ambos casos, está en razón inversa al número de éstos más el cónyuge viudo; resultando, por tanto, que siendo, por ejemplo, tres el número de hijos, en vez de recibir cada uno dos terceras partes de la porción de herencia que recibiría siendo dos, si no entrara el cónyuge viudo en la partición, como entra, de todos modos, con tal motivo, cualquiera que sea el número de hijos, se aumenta el divisor en una unidad más, y cualquiera que sea el dividendo, siendo tres los hijos recibe cada uno tres cuartas partes de la porción que recibiría siendo dos, y

siendo cinco el número de hijos, en vez de recibir cada uno cuatro quintas partes de lo que recibiría, si fueran cuatro, con el aumento que se hace al divisor, recibe cada uno cinco sextas partes de lo que recibiría siendo cuatro, y lo mismo sucede cualquiera que sea el número de hijos; 3.º, así interpretado el art. 834 del Código civil y así entendida la legítima del cónyuge viudo, cuando concurre con hijos legítimos á la sucesión de su consorte, se demuestra matemáticamente que la cuota usufructuaria de aquél es siempre exactamente el cociente que resulta dividiendo la *tercera parte de la herencia* por el número de hijos, ya hereden por sí, ya representados por sus descendientes, y, por ejemplo siendo 6.000 la herencia, como la tercera parte es 2.000, siendo esta cantidad el dividendo y el divisor el número de hijos, cuando hay uno solo, el cociente es igual al dividendo, y son 2.000 la cuota usufructuaria del cónyuge viudo, mientras que si deja dos hijos, como se duplica el divisor, el cociente es igual á la mitad del dividendo y la cuota viudal es de 1.000; si deja tres, el cociente y la cuota del cónyuge viudo es $666 \frac{2}{3}$; si deja cuatro, 500, si deja cinco, 400, y así sucesivamente; esto es, siempre igual al cociente, igual á la cuota que por legítima corresponde á cada uno de los hijos legítimos, cuando hay varios, y siempre en razón inversa al número de éstos, y por último, siempre parte alicuota de la herencia de su consorte.»

b. *Dividendo variable* (máximo y medio).—Esta opinión extrema y excepcional del dividendo *máximo*, se formula diciendo: «que la cantidad divisible es todo el haber hereditario, comprendido, desde luego, el tercio de mejora, cuando el cónyuge difunto no dispone de él, en beneficio de alguno ó algunos de los descendientes, é incluso también el tercio libre, cuando no le deje en favor de extraños».

Se funda esta opinión, mantenida en la acreditada revista *Gaceta del Notariado*, en que los hijos y descendientes legítimos son herederos forzosos de todo cuanto dejen los padres ó ascendientes, formándose su haber hereditario, lo mismo que con el tercio de legítima estricta y con el tercio que está facultado para destinar á mejora, cuando no utiliza este derecho, que con el último tercio de libre disposición, siempre que no use de esta facultad ó en la parte en que no disponga; pues en todas se sobrentiende que suceden los hijos y descendientes por su concepto de herederos forzosos, instituidos en el testamento ó llamados por la ley en la sucesión intestada; criterio visiblemente inaceptable, porque amplía indebidamente el concepto de heredero *forzoso*, confundiéndole con el *legítimo*, y olvida que, precisamente la cuota viudal, ha de ser *igual* á lo que, por *legítima*, corresponda al hijo heredero forzoso, y no es legítima, sino el tercio sólo para unos—la corta ó estricta—ó los dos tercios para otros—la lata ó larga—, pero nunca la tercera parte de libre disposición, ni, por consiguiente, menos la totalidad de la herencia, teniendo siempre,

respecto de dicho último tercio, el mismo heredero forzoso, descendiente, en la sucesión testada, el carácter de *legatario* ó el de *heredero voluntario*, en cuanto ni es legítima, según se ha dicho, ni puede reclamarla en tal concepto, siendo, por tanto, el parecer más opuesto á la recta inteligencia, por su letra y espíritu, el art. 834 (1).

El *dividendo medio*, que es el que tiene mayores partidarios, «se forma por los dos tercios del haber hereditario, no existiendo mejora y, si existe y no es de todo el tercio destinado por la ley á la misma, con lo que reste de lo no aplicable en este concepto, incorporándolo á aquél, se considera el total que componga como la *legítima* de los hijos ó descendientes legítimos, de cuyo total, una vez repartido entre los que sean, servirá lo que á cada uno corresponda, como *tipo* para fijar una *cuota igual* en usufructo, en pago de su legítima al cónyuge viudo.

Sostienen, principalmente, esta opinión, los escritores Sres. Navarro Amandi (2), Alcubilla (3), García Lastra (4), Manresa (5), Valverde y Maruri (6) y Scavola (7).

Primero. Navarro Amandi se funda en que: 1.º, lo mismo por el art. 806 que por el 808, resulta que la legítima de los descendientes la constituyen los dos tercios del caudal hereditario del ascendiente, ya porque el segundo así lo expresa de un modo terminante, ya porque uno y otro lo dejan sobreentendido, al declarar que de uno de los tercios, el destinado á mejora, sólo podrá disponer el padre ó ascendiente en favor de los hijos ó descendientes; lo cual se conforma además con la tradición jurídica nacional que ha considerado siempre como *legítima* todo aquello de que el testador no puede disponer en favor de extraños y la ha distinguido en *lata*, ó sin hacer uso de la facultad de mejorar, y *estricta*, consistente en lo que resta después de haber hecho uso de aquella facultad, en la medida y con aplicación exclusiva de los descendientes, que la ley determina; 2.º, así lo confirman otros artículos, como el 813, prohibitivo de imponer sobre la legítima más gravamen que el del usufructo viudal, en cuanto pagándose éste, según el 835, de la porción destinada á mejora, claro es que, al redactar ambos artículos, se partía de la base

(1) De esta opinión, que refutamos, parece participar el Sr. Marina y Muñoz, no porque la concrete, sino á juzgar por lo que diga: «según se haga ó no uso de este derecho (legarse ó no el tercio de libre disposición) *aumenta ó disminuye la legítima de los descendientes*, y como la cuota en usufructo del cónyuge viudo ha de ser *igual* á la de éstos, *no mejorados*, en igual proporción *aumenta ó disminuye dicha cuota*». Ob. cit., pág. 54, letra d.

(2) Ob. cit., t. III, págs. 534 y sigs.

(3) Ob. cit., apéndice de 1.894, págs. 284 y sigs.

(4) Ob. cit., págs. 7 y sigs.

(5) Ob. cit., t. VI, págs. 451 y sigs.

(6) Ob. cit., págs. 50 y sigs.

(7) Ob. cit., t. XIV, págs. 691 á 696.

de que la mejora es también porción legítima; el 823, insistente en que la mejora es una de las dos partes destinadas á legítima; y, por último, el 1.341, que, refiriéndose á la legítima resultante de la división del primer tercio de la herencia, dice «legítima rigorosa», que es lo mismo que hubiera dicho en el caso presente, si tal hubiese sido el propósito de la ley; 3.º, la disposición del Código, preceptiva de que el usufructo vidual se pague del tercio de mejora no puede quedar incumplida en ningún caso, como se alega por algunos, pues no habiendo ningún hijo mejorado, por haberse distribuido en partes iguales el tercio de mejora, en esa proporción pagarán también el usufructo; y la excepción del segundo párrafo del art. 834, es completamente racional y justificada, porque así, habiendo un sólo hijo, recibirá los dos tercios, y de aplicar á este caso la regla general, el viudo percibiría en usufructo los dos tercios del caudal hereditario; y por eso la ley hace una excepción expresa, demostrando que precisamente al disponer en el caso de haber un solo hijo, se tome como cuota la legítima corta, es porque, en la generalidad de los casos, debe servir la legítima *lata* de tipo regulador, cuando en vez de un hijo ó descendiente solo, fueren varios.

Segundo. Alcubilla, se funda en que: 1.º, hay conformidad entre el Código y la ley de Bases, y si el primero ha hecho algunas alteraciones respecto á ésta, han sido sólo de redacción, no de sustancia; respetó el espíritu ó el concepto y ha variado sólo la letra, siendo la forma distinta, pero la esencia igual, y ambos textos han constituido, con los dos tercios, la legítima de los hijos, si bien haciendo de uno de ellos la rigorosa y *necesaria*, y del otro la *voluntaria*; además de que la contradicción que algunos ven entre la Base *décimasexta* y el art. 834, es más aparente que real y no cabe conflicto entre el Código civil, que es una ley de aplicación, y la de Bases, que es una ley cumplida que nunca ha tenido el carácter de disposición preceptiva, reguladora de las relaciones sociales, de las instituciones de derecho privado, y que podrá servir para interpretar el Código en lo dudoso, mas de ninguna suerte puede admitirse como cuerpo de doctrina vigente, expresión de fórmulas aplicables á la vida y conjunto de preceptos de obligatorio cumplimiento, siendo, á lo que diga el Código, á lo que hay que estar, y de no olvidar, también, que la ley de Bases no negó á la *mejora* el carácter de *legítima*, como no la privaron de él ninguna de las leyes anteriores, todas las cuales consideraron la mejora como *parte de la legítima*, y si la mejora es algo y tiene un nombre especial, es precisamente para que no se confunda con la parte libre, por ser término medio entre la libertad que goza el testador para distribuir una parte de su caudal y la imposición legal para que gocen, de otra parte, determinados herederos, *por ser legítima*, que si no lo fuera, la mejora perdería su carácter, no tendría existencia propia, individualidad reconocida, no sería institución y se confundiría con los

bienes de que el padre puede disponer libremente; 2.º, el Código ha previsto la posible desigualdad entre los hijos por usar el padre de la facultad de mejorar, al señalar en el art. 834 la legítima del viudo, y por eso ha dicho que éste percibirá una cuota en usufructo igual á la que á cada hijo corresponda por legítima, y como ya antes había definido en el art. 808 la legítima de los hijos, diciendo que eran los dos tercios de la herencia, para evitar dudas en el caso de que hubiera hijos que percibirían distinta cantidad, ha añadido en el art. 834, al referirse á la legítima de los hijos, la frase *no mejorados*, es decir, que el viudo ó viuda tiene derecho á una cuota en usufructo igual á la cantidad que de los dos tercios de la herencia perciba cada hijo, pero cuando no todos perciban lo mismo, la cuota del viudo será igual á la del hijo que no esté mejorado; 3.º, el Código no señala una *cuota fija* para la legítima del viudo, como afirman algunos autores, porque no puede ni debe señalarla; lo primero, porque la cuantía de la legítima depende de la de la herencia, del número de herederos, de la forma que revista el caudal, y lo segundo porque es más justo que dicha legítima sea una cantidad proporcional, y lo injusto sería establecer á favor del viudo una cuota que no guardase relación con la de los demás herederos, ó que, buscando una proporción de la herencia del cónyuge sobreviviente y la de sus hijos, sólo se tomase en cuenta una parte de la cuota correspondiente á éstos, lo cual valdría tanto como querer establecer la proporción y poner los medios para no conseguirlo, y, por el contrario, el Código ha hecho consistir la legítima vidual en una cantidad proporcional á la de los hijos, y si se regulara la cuantía del usufructo vidual por la legítima rigorosa de los descendientes, despreciando el tercio de mejora cuando no se utilizase para mejorar, la proporción resultaría ilusoria y el espíritu del Código civil quedaría incumplido; 4.º, tampoco es admisible la opinión de los que sostienen que el texto del art. 835 parece autorizar para que el tercio de mejora no haya de servir á regular la cuantía de la legítima del viudo, porque en él no se ve sino la afirmación de que tal legítima ha de gravar siempre el tercio de legítima voluntaria y la prohibición de que grave la legítima rigorosa de los hijos y descendientes y el tercio de libre disposición del testador, sin que se enlace la idea de que la legítima del viudo se ha de pagar con el tercio de mejora, con la de que este tercio no haya de entrar en cuenta para regular la cuantía del usufructo vidual, ideas heterogéneas que no tienen entre sí relación alguna; 5.º, es puramente sofística y paradógica la afirmación de que cuando el padre no mejora á ningún hijo, *mejora á todos*, porque si los padres no disponen *expresamente* de la mejora, entonces es legítima, tan necesaria como aquel tercio del haber sobre el cual no cabe disposición alguna del testador, según demuestran los arts. 825, 826, 827 y 828, encaminados á defender el derecho de los hijos y descendientes á los *dos tercios del caudal*,

cuando los padres ó ascendientes no han dispuesto expresamente del de mejora, usando la facultad de mejorar á alguno ó algunos de ellos, y, por el contrario, si el testador reparte por igual entre *todos* sus hijos ó descendientes la porción ó tercio destinado á mejora, *no mejora*, porque el Código sólo concede la facultad de mejorar *á alguno ó á algunos*, y porque se supone que los hijos deben entonces el tercio de mejora á la ley; y de entender que, en este caso, los hijos deben el tercio de mejora á la voluntad del padre y que no heredan en él por ministerio de la ley, habrá que convenir igualmente en que, cuando hay testamento á favor de los hijos, no hay legítima, porque habría que asegurar que los hijos sucedían por voluntad del testador, absurdo que nadie se atreverá á sostener.

Tercero. García Lastra, se funda en que: 1.º, según el párrafo primero del art. 834, la base para determinar la cuota correspondiente al viudo es el importe de la legítima de cada uno de sus hijos ó descendientes legítimos no mejorados, y así lo viene á prescribir dicho artículo al establecer que dicha *cuota sea igual á ese importe* de la legítima, y, por consiguiente, cuando no hay mejora, lo mismo que cuando la hay, y salvo el caso de haber un solo hijo ó descendiente, previsto en el párrafo segundo del repetido art. 834, lo primero que hay que conocer es el importe de la legítima de los hijos ó descendientes no mejorados, para lo cual se han de dividir sólo entre éstos las dos terceras partes de la herencia, y luego que por división se sepa lo que corresponde á cada hijo ó descendiente no mejorado, se tomará una cuota igual al usufructo para el cónyuge viudo; 2.º, son reglas *invariables*, para determinar la porción usufructuaria de viudedad, las siguientes: 1.ª, si no hay mejora, se dividirán entre los hijos los dos tercios, y después se sacará para el viudo una cuota igual al importe de lo que á cada hijo corresponda, tomándola á prorrata de lo asignado á cada uno de ellos; 2.ª, si hubiese mejora del tercio íntegro, entonces el otro tercio que constituye la legítima rigurosa se dividirá entre los hijos, sacándose del tercio de mejora para el viudo una porción igual á la de cada uno de los hijos no mejorados; 3.ª, si la mejora fuese inferior al tercio, se dividirá entre los hijos el total que componga el remanente del tercio de mejora con el tercio de legítima rigurosa y una cuota igual á lo que de ese total corresponda á cada hijo, constituirá la porción usufructuaria para el viudo, que se sacará del tercio de mejora en proporción á lo que cada hijo lleve de ese mismo tercio, ya sea en concepto de mejora expresa, ya como parte que hubiera podido serlo; de modo que en el caso de no haber mejora del tercio íntegro, se buscará siempre su importe dondequiera que el mismo esté, ya en el mejorado, ya en los demás hermanos, para cargar proporcionalmente sobre ese tercio el usufructo respectivo al viudo.

Cuarto. Manresa, formula su opinión, bajo análogos fundamentos,

después de refutar las contrarias en las siguientes conclusiones: 1.ª, para determinar la cuota del cónyuge viudo hay que descontar, en primer término, el tercio de libre disposición, y servirán de base para la operación los otros dos tercios, que son los que constituyen la legítima de los hijos, en el caso de que no hubiese mejorado á ninguno de éstos; 2.º, si el testador hubiese destinado á mejora todo el tercio, quedará todo éste descartado completamente para determinar la cuota del viudo, y sólo se tendrá en cuenta el otro tercio de los dos que forman la legítima; 3.º, en el caso de que existiera una mejora que no comprenda todo el tercio, separada la mejora, el sobrante se agregará al otro tercio llamado de legítima corta, para la división consiguiente.

Quinto. Valverde y Maruri, se funda en que: 1.º, el Código por ser posterior á la ley de Bases y por haber sido discutido y aprobado en las Cortes con posterioridad á aquélla, debe ser el llamado á resolver las dudas que en su aplicación origine, sin que sea posible ir á buscar en dichas Bases el precepto legal que ha de regir, y tratándose de aplicar los preceptos del Código, debe atenderse á lo que establece el mismo en su articulado, sin necesidad de ir á buscar interpretaciones á la ley de Bases, y, mucho menos, anteponer éstas á aquéllos; 2.º, no existe divergencia ni contradicción entre la Base *décimosexta* y el art. 834 del Código, porque la Base fijó para la legítima un tercio, destinando otro para mejora, pero dando á entender claramente que este tercio era también legítima desde el momento en que disponía su distribución *forzosa* entre los hijos y descendientes legítimos, sin que en ningún caso pudiera el testador destinar esa porción á distinto objeto que el indicado, y el Código contiene idéntica doctrina, destinando un tercio para legítima, otro para mejora y el último de libre disposición, siendo la única diferencia existente entre la Base y el artículo del Código citados, que éste llama al tercio de legítima y al destinado á mejora con el nombre común de la primera, lo cual no pasa de ser una cuestión de palabras sin importancia, pues lo que quiere decir es que, de no usar el testador de la mejora, va á los mismos hijos ó descendientes legítimos, no como mejora, sino en concepto de legítima; y si la Base dividió la cuota legitimaria en dos partes, llamándola á una con el nombre propio de *legítima* y á la otra con el de *mejora*, el Código respetó esta misma división, si bien comprendió bajo el nombre de legítima, tanto á la mejora como á la legítima propiamente dicha; 3.º, las dos terceras partes de la herencia son siempre *legítima*, pero una de ellas se convierte en mejora cuando el testador hace uso de ella con ese objeto, y si no lo hace, permanece ese tercio siendo legítima, el cual existe siempre porque es creación de la ley, mientras que la mejora debe su existencia á la voluntad del testador, y si éste no la reconoce, no puede existir.

Sexto. Scævola es partidario, también, de esta opinión de considerar

como legítima el importe de los dos tercios del haber hereditario ó la cantidad que dicho importe restare, deducido el de la mejora, si la hubiere, ó sea del llamado por este ilustrado comentarista, *dividendo variable medio*, por los fundamentos del *dictamen* que formula y que se transcribe al final de esta *información científica*.

B. DEL DIVISOR:

a. *Divisor simple*. Según el criterio de doctrina que esta *nomenclatura* representa, conforme se deja dicho, «la cuota legitimaria (*dividendo*), ha de partirse por el número de hijos ó descendientes (*divisor*)». Suscriben esta opinión los Sres. Navarro Amandi, Morell y Terry, Alcubilla, García Lastra, Firmat y Scævola.

Primero. Navarro Amandi entiende que los que defienden la doctrina de considerar al viudo como *divisor*, proponen diversos sistemas, según la variedad del caso, hecho inadmisibles, porque no puede compararse la diversidad de sistemas y procedimientos con una sola y única regla, y si la ley no da más que una, no es posible adoptar bases distintas para cada caso, pues la ley no lo hace así; para todos los casos la regla es única y el procedimiento tiene que ser uniforme; por lo demás, no es interpretar la ley, es hacerla de nuevo; y aduce en comprobación varios ejemplos de los que se derivan resultados numéricos distintos, que le sirven para comprobar su impugnación contra la variedad de sistemas de computación y deducción de la legítima viudal desde el punto de vista del llamado *divisor*.

Segundo. Morell y Terry, se funda en que: 1.º, el art. 834 no dice que la legítima se divida por partes iguales entre el viudo y los hijos, sino que aquél tendrá derecho á una cuota en usufructo, *igual á la que por legítima corresponda á cada uno de sus descendientes legítimos no mejorados*; siendo evidente que, al admitir al viudo como un partícipe más, la cuota numéricamente será igual, pero *ni á los hijos se les da lo que por legítima les corresponde, ni al viudo una cuota igual á la que por legítima pertenezca de derecho á cada uno de los hijos*; 2.º, el mero hecho de quedar viudo ó viuda no puede alterar la porción señalada para legítima á los hijos, pues aunque los arts. 813 y 835 permiten sobre el tercio de mejora el gravamen de usufructo á favor del cónyuge viudo, bien claramente indican que se trata de un gravamen que afecta á una cuota ó porción determinada, y que el gravamen no altera la cuota, ya que el usufructo es un derecho real, el objeto en que radica sigue siempre siendo el mismo, aunque el gravamen lo haga desmerecer y valdrá menos, pero esto no autoriza para cercenar el objeto quitando una parte de él, y eso ocurre con el tercio del caudal que siempre representará una misma cantidad ó no será ya el tercio, el cual admitirá un gravamen, el usufructo del viudo ó una sustitución, con arreglo á los arts. 835 y 782, pero estas limitaciones, que pueden recaer sobre ese ter-

cio, esté ó no destinado á mejora por el testador, le harán desmerecer de valor, nunca variarán la cuota, ya que el tercio del caudal gravado no puede ser más que *uno*, y si la ley se lo concede á los hijos, no puede disminuirse la cuota bajo ningún pretexto, pues si el tercio son 12.000 no puede ser otro; los hijos tendrán 12.000 *con gravamen*, pero nunca 8.000 *sin él*, porque ni esta cantidad es ya el tercio ni el Código muestra empeño en que la porción de mejora sea libre; 3.º, es indudable que la base ó primer fundamento de la teoría no se respeta en ésta ó no se expone con verdad, porque no debe decirse «dar al viudo una cuota *igual á la legítima* de los hijos no mejorados», sino «dar al viudo una cuota igual á la de los hijos, dentro de la legítima», ó «repartir con igualdad la legítima de los hijos entre éstos y el cónyuge sobreviviente»; y como el art. 834 no afirma esto, dicho se está que el sistema que en tal base se funda, no puede prosperar—es una casa sin cimientos ó con cimientos falsos, y tiene que derrumbarse el edificio—; 4.º, esa misma teoría lleva en sí la inconsecuencia de considerar en algunos casos al viudo como *divisor*, y aunque la ley no autoriza comprender al viudo entre el número de hijos, si fuese cierto que lo estableciera, sería *siempre y en todo caso*, no en circunstancias determinadas, porque el art. 834 no contiene distinciones de ningún género; 5.º, teniendo á la vista los arts. 753 y 812 del Código italiano y la ley 15, tít. 2.º, lib. IV del Fuero Juzgo, no se concibe que el legislador omitiese siempre lo referente á que el viudo se contase para la división en el número de hijos, si tal hubiera sido su propósito; y antes al contrario, la supresión de esa condición revela que el legislador se aparta de los precedentes indicados, no queriendo seguir ese sistema.

Tercero. Alcubilla, se funda en que: 1.º, el art. 834 iguala al viudo con los hijos ó descendientes legítimos, concediéndole de por vida el goce de una porción hereditaria *igual á la que corresponda por legítima á los que no estén mejorados*; y el principio á que ha obedecido la ley, al establecer la igualdad, es claro, pues la ley, sin duda, ha dicho: «Yo *igualo* la legítima del viudo con la de cada hijo, y la única diferencia que establezco es que la legítima de viudo sea una cuota *en usufructo* y la del hijo una cuota en propiedad; por ministerio de la ley heredarán una cuota igual el viudo y cada hijo, y si algún hijo debe algo á la voluntad de su padre, yo al viudo no le quiero igualar con ese hijo, sólo quiero igualarle con los que todo me lo deben, y, en su consecuencia, la cuota que por mi mandato disfrute el viudo, será igual á la que por mi mandato goce cada hijo, y si el padre no mejora á ninguno, yo digo que todos son iguales; lo que á cada uno le corresponda de los dos tercios de la herencia, eso es su legítima, y la cuota que perciba el viudo en usufructo será igual á esa legítima»; 2.º, por tanto, el Código ha hecho consistir la legítima viudal en una cantidad proporcional á la de los hijos.