

*Cuarto.* García Lastra, se funda en que: 1.º, dado que el Código italiano (1) considera al cónyuge viudo *como á un hijo más*, y que dicho cuerpo legal se tuvo en cuenta para la redacción del Código español, si el objeto de éste hubiese sido dividir la porción hereditaria, contándole como una individualidad sumada al número de hijos, lo hubiera dispuesto expresamente en vez de omitirlo, como se demuestra por la admisión la doctrina del art. 819 del referido Código extranjero contenido en el 838 del nuestro; 2.º, si el fin del art. 834 fuese considerar al viudo como uno de los *divisores*, sobraría el segundo párrafo del mismo, el cual es necesario en el sentido de que no se comprende al viudo en el número de los hijos, por la sencilla razón de que, siendo, según el párrafo primero, la cuota del viudo igual al importe de la legítima de cada hijo no mejorado, pudiera entenderse, sin aquel párrafo, que en el caso de no quedar más que un hijo, la porción en usufructo para ser igual, absorbía toda la legítima de éste; y menos es lícito, como hacen los defensores de la opinión contraria, considerar al viudo unas veces como una individualidad más para la división, y otras no, pues aceptado que constituyera una parte más, había de constituir la siempre, ya que el Código no admite distinciones; y la diferencia de que el viudo sea unas veces *divisor* y otras no, nace de la necesidad en que los partidarios de este principio se encuentran de salvar el conflicto que la aplicación de aquél les ofrece, en los casos en que la mejora es superior al 75 por 100 del tercio, porque en ellos, siendo el viudo uno de los divisores, quedaría mermada la legítima corta; 3.º, no es cierto, como afirman los defensores de la regla de ser el viudo un divisor más, que exista heterogeneidad matemática de sumar la *nuda propiedad* con la *plena* para aplicar al viudo una cuota igual á la correspondiente por legítima al hijo no mejorado, de no figurar el cónyuge superstite entre los divisores, porque dicha heterogeneidad impide sólo sumar cantidades de diferente especie, como son los quebrados con los decimales, mientras no se les reduzca á un común denominador, y no hay analogía de casos, toda vez que el Código se refiere á *cuota*, lo que debe entenderse con relación á la

(1) En sus arts. 753 y 812, que dicen:

«Art. 753. Cuando el esposo difunto deja hijos legítimos, tiene el otro cónyuge sobre su herencia el usufructo de una parte hereditaria igual á la de cada hijo, *reputándose al efecto dicho cónyuge en el número de los hijos.*»

«Cuando hay hijos naturales que concurren con hijos legítimos, el usufructo del esposo superstite es de una parte igual á la que corresponda á cada hijo legítimo.»

«Esta porción de usufructo no excederá nunca de la cuarta parte de la herencia, y puede formarse de la manera establecida por el art. 819.»

«Art. 812. El cónyuge, contra quien no exista sentencia firme de divorcio, tiene derecho sobre la herencia del otro cónyuge, cuando éste deja hijos legítimos ó descendientes de éstos, al usufructo de una porción igual á la que corresponde á cada hijo á título de legítima, *comprendiendo también al esposo en el número de los hijos.*»

*cifra ó cantidad* numérica — que para el viudo ha de ser en usufructo —, en relación á la cantidad que importe la legítima de los hijos no mejorados; 4.º, adoptando el criterio de considerar al viudo como *divisor* con los hijos, los haberes de éstos, en algunos casos, exceden en *cuota* al del viudo en todo lo que importa la adjudicación de la nuda propiedad, á favor de aquéllos; y si se entiende que este exceso no implica una diferencia de más para los hijos, tampoco, para ser consecuentes, debe implicarla para el viudo en los casos en que así suceda, conforme al criterio opuesto, porque lo que no sea exceso en una hipótesis ó sistema, no es lógico que lo sea en el procedimiento contrario, cuando los términos de comparación son enteramente iguales, con la notabilísima circunstancia de que, siendo de mucho más valor la nuda propiedad que el usufructo, la diferencia, en caso de haberla, sería mayor relativamente en aquella hipótesis que en esta otra.

*Quinto.* Firmat, se funda en que: 1.º, toda vez que la ley nada dice expresamente, no ha podido querer que el viudo sea *divisor* y que su parte se saque del resto del tercio de mejora, porque se llegaría en muchos casos á producir perjuicios; 2.º, el Código no admite casos particulares ni distinciones, como establecen los que consideran al viudo como *divisor*, y se pregunta: ¿está ó no prescrito en el Código que sea un divisor y su parte se haya de sacar de lo que llevan en el tercio de mejora los hijos no favorecidos por el padre?; y se contesta: si lo está, no hay por qué variar de criterio en los distintos casos, y si no lo está, no hay tampoco por qué adoptar este procedimiento.

*Sexto.* Scævola, suscribe también esta opinión, según se deduce de su fundamentado *dictamen*, á que antes aludimos y después insertamos.

*b. Divisor compuesto.*— Conforme al valor que se atribuye á este tecnicismo, significa que: «La cuota legitimaria fijada, según las varias opiniones expuestas (*dividendo*), ha de partirse por el número de hijos, *más el cónyuge viudo (divisor)*. Profesan esta doctrina los señores Jareño, Manresa, Valverde y Maruri y Marina y Muñoz.

*Primero.* Jareño (1), se funda en que: 1.º, no considerándose al viudo como un partícipe más, resultarían mermadas las legítimas de los hijos, puesto que la cuota de aquél ha de sacarse de la tercera parte destinada á mejora, tercera parte que ya ha figurado en la operación, que ya ha sido dividida entre los hijos, y al formar de ella el haber del viudo es evidente que disminuye el suyo, porque no se concibe que la cosa dividida entre dos se reparta entre tres y les quede á aquéllos la misma cantidad que les tocara en la división, como tampoco se explica que el hijo que le haya tocado la cantidad determinada, dé una parte de ella sin disminuir su haber; ya que no es posible pagar un crédito de un fondo sin

(1) En la *Gaceta de Registradores y Notarios*.

que éste disminuya, y esto precisamente es lo que sucedería dividiendo los dos tercios de legítima sólo entre los hijos, para después pagar igual cuota al viudo, deducida del tercio de mejora que ha formado parte del capital dividido; 2.º, deberá concurrir el viudo como un heredero más sólo cuando de esta operación no resulten mermaidas las legítimas, pues de otra manera no puede considerarse al cónyuge sobreviviente como un partícipe más, sino que recibiría entonces una cuota igual al hijo no mejorado, dividiéndose la herencia en tantas partes cuantos hijos haya; 3.º, considerar al viudo un divisor más cuando no haya mejora, ó habiéndola, el testador hubiere dispuesto de una mitad ó menos del tercio, quedando solos los hijos; de dos terceras partes del mismo, si concurren tres; de nueve décimas, si son cuatro, pero no cuando el testador ha dispuesto de todo el tercio de mejora ó de una parte de ella, que no baste para cubrir la cuota correspondiente al viudo, porque en ningún caso puede gravarse la legítima.

*Segundo.* Los Sres. Manresa y Charrín (1), fijan su criterio en los términos siguientes: 1.º, *no existiendo mejora*, el importe total de los dos tercios se distribuirá por partes iguales *entre los hijos y el cónyuge viudo*, puesto que su cuota ha de ser igual á la que por legítima, y no en otro concepto, corresponda á cada uno de los hijos ó descendientes legítimos no mejorados; 2.º, *si el testador hubiere destinado á la 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, el cual se dividirá en *tantas partes como hijos* entran á heredar por corresponderles exclusivamente, y se dará al viudo una cuota igual á la de los hijos, *sacándola del tercio de mejora*; 3.º, *si la mejora no comprende todo el tercio*, separada la mejora, el sobrante se agregará al tercio de legítima corta, y del conjunto se hacen tantas partes como hijos, y *una más* en usufructo al cónyuge viudo.

»Claro es, prosigue este escritor, que la parte que se adjudica en usufructo para el viudo á la muerte de éste se la dividen los mismos hijos ó herederos legítimos, por partes iguales, porque desde luego eran ya los propietarios de esa cuota ó parte de bienes que el cónyuge viudo tuvo en usufructo, á no ser que se saque del tercio destinado á mejora, conforme al art. 835, porque entonces pertenecerá la propiedad al hijo ó hijos ó descendientes mejorados. Así deberá consignarse en la partición de la herencia, expresando en la hijuela de cada hijo la parte que le corresponde en nuda propiedad de la porción adjudicada en usufructo al cónyuge viudo, con la designación de bienes, si es posible, á fin de que al fallecimiento de éste no tengan que hacer otra partición. Hecha

(1) En la *Revista general de Legislación*, t. LXXVI págs. 544 y 554 y después el primero, en sus *Comentarios al Código civil español*, t. VI, págs. 459 á 464.

en esa forma la división de la legítima para la computación de lo que corresponde al viudo, según el art. 834, resulta que si no quedase más que un hijo, como no puede haber mejora de los dos tercios de la herencia que constituyen la legítima de ese hijo, se hacen dos partes iguales, una para el hijo y otra para el cónyuge viudo, y, por tanto, corresponde á cada uno de los dos un tercio de los dos que constituyen la legítima, y de ahí el que el párrafo segundo del referido art. 834 establezca que, en el caso de no quedar más que un solo hijo ó descendiente, el viudo ó viuda tendrá el usufructo del tercio destinado á la mejora para que el hijo tenga libre el tercio de la legítima corta. Del tercio de libre disposición puede ordenar el testador lo que tenga por conveniente, correspondiendo á los hijos la parte de que no disponga, ó todo él, si no hay legados ni mandas; pero según el art. 808, esta tercera parte del haber hereditario *no es legítima de los hijos, y, por consiguiente, no puede tomarse en cuenta para designar la cuota que ha de adjudicarse en usufructo al cónyuge viudo*, porque ésta ha de ser igual á la que, *por legítima*, corresponda á cada uno de los hijos *no mejorados*. En tales casos, á la cuota que á éstos corresponda por legítima, que será igual á la que en usufructo se adjudique al cónyuge viudo, *acrecerá* lo que reste del tercio de libre disposición de que no hubiese dispuesto el testador, dividiéndolo por partes iguales entre todos los hijos, pues este tercio no ha de computarse para las mejoras y para fijar la porción usufructuaria del viudo» (1).

Esta opinión la concreta aquel jurisconsulto de merecida nombradía, después, en sus *Comentarios al Código*, en la siguiente forma: «*La legítima se divide entre los hijos y el viudo, siempre que no se perjudique la porción forzosa de aquéllos*», y la funda en que: 1.º, el Fuero Juzgo y los antes citados artículos del Código de Italia, como precedentes tenidos en cuenta por los redactores del Código, tuvieron este criterio, y esa fué también la idea del Sr. García Goyena, al redactar la Base, la cual fué aprobada en tal sentido por la Comisión codificadora, conforme al testimonio autorizado del Presidente de aquélla (2), según lo comprueba también el texto del art. 834, al exigir que la cuota del viudo sea *igual* á la que como legítima corresponda y hubiera *de percibir cada uno de los hijos*, como dice la Base decimoséptima, ó se adjudique á cada uno de los hijos no mejorados; 2.º, la legítima de los hijos, como lo dice claramente el art. 808 y á la que alude el 834, tiene que ser la que aquél establece en general, ó sea las dos terceras partes de la herencia; pero como las mejoras expresamente ordenadas por el causante alteran la igualdad entre los hijos se pregunta, si ha de fijarse la cuota del viudo prescindiendo de

(1) *Revista cit.*, págs. 548 y 549.

(2) Alonso Martínez, *ob. cit.*, t. II, pág. 88.

las mejoras, y contesta que, por el contrario, ha de fijarse teniéndolas en cuenta, mas para no estimarlas *legítima*, pues el viudo no ha de percibir tanto como el hijo mejorado, sino una cuota igual á la del hijo no mejorado, á la del hijo que menos perciba, según terminantemente lo ordena el art. 834, y para cumplirlo hay que separar siempre la porción destinada expresamente por el padre para mejoras y considerar como legítima el resto, que será el tercio de legítima estricta, más la parte del otro tercio no aplicada para mejora por el testador; 3.º, la igualdad que el art. 834 requiere sólo puede obtenerse repartiendo la legítima, ó sea los dos tercios del caudal, si no hay mejoras, entre los hijos y el cónyuge, ó sea considerando al viudo como *un hijo más*; pues si esas dos terceras partes se dividen: primero, entre los hijos solamente, el total partible queda ya absorbido, y para dar al viudo la porción igual á la del hijo no hay más remedio que quitar algo á cada uno de éstos, sin que baste alegar que sobre la cuota que usufructúa el viudo corresponde la *nuda propiedad* á los hijos, porque el Código, con las palabras «lo que por legítima corresponda», da claramente á entender que el tipo de comparación que debe tomarse para fijar la legítima del viudo, es lo adjudicado á los hijos en *pleno dominio*, puesto que lo que la ley quiere es *igualar* al viudo con sus hijos, que el viudo *disfrute* lo mismo que los hijos, tanto como ellos, nunca *más, y más disfrutaría y no existiría ninguna igualdad*, si se computase lo correspondiente á esos hijos en nuda propiedad, por ejemplo, en una herencia cuyos dos tercios sean 36.000 y tres los hijos del mismo matrimonio, en cuyo caso, hecha la división sólo entre éstos, corresponderían 12.000 á cada uno; pero como hay que entregar al viudo una parte igual del tercio de mejora, y como los dos tercios ya están repartidos, para cumplir la ley habría que quitar 4.000 á cada hijo, resultando que éstos tomarían 8.000 nada más y el cónyuge 12.000, contra el precepto del art. 834, que quiere la igualdad, ó sea el viudo tendría el usufructo de un capital de 12.000 y sus hijos el de uno de 8.000 cada uno, cuya diferencia no puede decirse compensada con la *nuda propiedad* de los 4.000 restantes, puesto que los hijos no pueden percibir sus productos mientras viva el viudo, y, en cambio, dividiendo los 36.000 *entre los tres hijos y el viudo*, corresponde á cada uno 9.000, cuota igual, conforme al pensamiento y al precepto del legislador; 4.º, en la aplicación del art. 834 no puede prescindirse de los 813 y 835, según los cuales ningún legitimario puede ser privado total ó parcialmente de su legítima y la única parte de la de los hijos que admite gravamen, es el tercio destinado á mejora, sin que, por otra parte, pueda exceder de ese tercio la cuota del cónyuge quedando hijos ó descendientes legítimos, y, por esto, si al considerar al viudo como un hijo más, sufriese desmembración ó gravamen el tercio de legítima estricta de los descendientes, se quebrantarían los preceptos de aquellos arts. 813 y 835, y

para evitarlo, al llegar al límite en que ese gravamen habría de efectuarse, esto es, cuando el residuo libre, digámoslo así, del tercio de mejora, sea inferior á la cuota de cada hijo en la legítima corta, hay que cambiar de procedimiento, sin que esto sea una *inconsecuencia*, pues fijándose bien es fácil observar que cuando el procedimiento se altera, puede obtenerse la igualdad de cuotas entre los hijos y el viudo, *sin necesidad* de que éste éntre como un partícipe en la *división*, pues para que, habiendo mejora, concurra el viudo con los hijos á dividir por iguales partes, es necesario que, si han quedado sólo dos hijos, el testador no haya dispuesto más que de una mitad ó menos del tercio, de dos terceras partes del mismo si concurren tres hijos, de tres cuartas partes si son cuatro, etc., ó que el residuo libre del tercio de mejora sea superior ó igual á la cuota de cada hijo en la legítima corta; 5.º, al llegar á este límite pueden seguirse dos procedimientos distintos, á saber: uno de ellos, dividir sólo entre los hijos la legítima corta, única que puede corresponderles en dominio y de la que no se les puede privar, y dar al viudo una porción igual, primero en el residuo del tercio de mejora, y después, para lo que en su caso falte, en la parte de mejora expresa, conservando la nuda propiedad el mejorado, y es el otro dividir sólo entre los hijos la legítima que resulte —tercio solo ó tercio y residuo— y pagar al viudo una cuota igual en la parte de mejora expresa, cuyo método tiene por límite para el viudo el importe de esa mejora expresa, pues si su porción excede de ese importe, habría que quitar algo á los hijos en el residuo, y alterándose así la igualdad y recurrir al primer procedimiento, que por ser el más seguro es el más aceptado (1).

*Tercero.* Valverde y Maruri se funda en que: 1.º La igualdad entre las legítimas de los hijos y la del viudo es el punto principal á que debe atenderse, y si empleando esa *base única* no se llega á ella, deben buscarse otros medios para alcanzar tal resultado, aunque haya que emplearse dos ó más reglas, puesto que el fin es lo que exige el artículo del Código, y los medios importan poco, no siendo por eso argumento digno de ser tomado en consideración el hecho de que cuando no haya mejora sea divisor el viudo, y que no lo sea cuando, habiéndola, exceda de 75 por 100 del tercio destinado á tal objeto; 2.º, si bien es cierto que el Código *no contiene disposición, concepto ni palabra que autorice el procedimiento*

(1) Nosotros consideramos completamente inaceptable este segundo procedimiento, por contrario al art. 834 y al derecho de legítima del viudo, que no puede caprichosamente ser limitado en su cuota, reduciéndola á límites inferiores á la proporción de igualdad con lo que perciban los hijos legítimos no mejorados, *legalmente necesaria* é inexcusable, por el especioso é ilegal propósito de acomodarla á la cuantía ó importe de la mejora expresa de parte del tercio y dejar de prorratarla con la comparación del residuo de aquél que se distribuyó como legítima entre los hijos, aumentando la del tercio estricto.

de considerar al viudo como divisor — confesión que acredita una plausible probidad en la exégesis hecha por este ilustrado escritor—, también lo es que tampoco existe en el mismo Código disposición, concepto ó palabras que lo prohiban, ni mucho menos afirmativas de lo contrario; 3.º, no es, tampoco, argumento contra el sistema el de que de su aplicación puede suceder que la legítima corta ó rigurosa sufra menoscabo, porque teniendo que sacarse del tercio de mejora el usufructo viudal, es imposible que grave el otro tercio de legítima, porque sobre él nunca pesará.

Cuarto. Marina y Muñoz se pronuncia también en favor de esta opinión, por análogos fundamentos, y después de transcribir como tipo del sistema opuesto, reglas del Sr. García Lastra, entiende que «no es mucha la diferencia que alcanza con la sustentada por él; pero en cambio es mucho más complicada y ha de producir más dificultades en la práctica»; añadiendo que de cuantos argumentos se exponen para apoyar esta teoría — es decir, la antes llamada del *divisor simple*—, únicamente merece los honores de tal el ya enunciado de que con la forma por él practicada — el titulado el *divisor compuesto* — no se considera el valor de la nuda propiedad, y algo vale esta desmembración del dominio; «por lo cual, á primera vista, no deja de tener fuerza la argumentación; pero si se considera despacio, se ve que es sofística en demasía, pues el valor por que se adjudique la nuda propiedad al hijo ó descendientes legítimos otro tanto hará aumentar la legítima viudal, y como, por otra parte, ésta disminuiría con lo que de tal desmembración correspondiera á la nuda propiedad, habría de tenerse que adjudicar por tal causa otra mayor cantidad al cónyuge viudo por la que se le deduce de la nuda propiedad, y todo esto viene á producir los mismos efectos y con la forma de hacerse las adjudicaciones — por él sustentada en diferentes ejemplos, que forman interesante apéndice de su monografía —, viene á conseguirse lo mismo, facilitándose mucho, en cambio, las operaciones de partición, ventaja no despreciable en asunto tan práctico, cual es la materia de adjudicaciones testamentarias» (1). Estas insinuaciones adolecen de cierto matiz de confusión, por falta, sin duda, del desarrollo suficiente, dada la índole reducida del trabajo, que el autor desde luego declara.

Corresponde, por último, en este inventario de antecedentes doctrinales sobre cuestión tan debatida y de tan grande interés práctico, lugar de cierta merecida preferencia, la opinión del ilustrado comentarista Q. M. Scævola, que extensamente la examina en toda su resultancia y como término de su examen concreta su opinión en un *dictamen* (2), á que antes aludimos, y que, por su mérito y debido respeto á su inte-

(1) Ob. cit., págs. 60 y 61.

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

gridad y valor doctrinal, en su conjunto, transcribimos á continuación, así como por no quebrantar su unidad, dada la conexión entre sus fundamentos, nos hemos limitado á hacer antes de él tan sólo las pertinentes referencias. Dice así:

«DICTAMEN REFERENTE Á LA CUOTA DEL USUFRUCTO DEL CÓNUGE VIUDO EN CONCURRENCIA CON PLURALIDAD DE HIJOS LEGÍTIMOS

»1.º Considerando: Que es impertinente á todas luces traer á debate, concediéndola vigor, en oposición al Código civil, la *ley de Bases de 11 de Mayo de 1888*, cuya sustancia jurídica pasó á nutrir é integrar el Código civil, quedando, por tanto, aquella virtualmente extinguida; no siendo posible, por esta misma causa, hablar desde la publicación del último de dos cuerpos legales distintos, con vida propia, sino de uno solo, el Código civil:

»2.º Considerando: Que sólo cabe hablar de la *ley de Bases* en orden á su parentesco con el Código civil, y en tal sentido hay que reconocer plenamente que el art. 808 del segundo es descendiente legítimo de la *Base 16.ª*, por ofrecer su misma fisonomía doctrinal y tener un mismo valor jurídico.

»3.º Considerando: Que, en efecto, cualquiera que sea la redacción de la *Base 16.ª*, su contenido exacto y preciso es que el testador *puede*, á su arbitrio, distribuir su haber hereditario en tres partes: una que, necesariamente, como legítima, ha de ser para los descendientes; otra, para los mismos en concepto de mejora, y el resto para extraños; resultando así que de no disponer de la porción susceptible de ser destinada á mejora, la legítima la constituyen dos tercios del haber hereditario, cuyo contenido es idéntico por completo al del art. 808, en cuanto en él se concede también al testador la *facultad* de la distribución de su haber hereditario en tres porciones, y se afirma la legítima de los dos tercios, caso de no disponer de uno de ellos para mejorar:

»4.º Considerando: Que la interpretación de la *Base 16.ª*, en el sentido que á sus palabras quieren dar los defensores del *dividendo fijo*, conduce al error de suponer que el testador ha de distribuir *forzosamente* su haber hereditario en tres partes iguales, cuando tal distribución es facultativa de la mera potestad del disponente, por lo que tal interpretación es inadmisibile:

»5.º Considerando: Que la adición de las palabras *no mejorados* hecha por el legislador en el párrafo primero del art. 834 con referencia al texto de la *Base 17.ª*, antecedente del primero, no proviene, como suponen los mantenedores del *dividendo fijo*, de una alteración en la cuantía de la legítima, sino que obedece al deseo de favorecer á los hijos, *asimilando* al viudo con su cuota al hijo que perciba menos:

»6.º Considerando: Que con relación última á este punto de la *ley de*

Bases, según sentencia de 24 de Junio de 1897, dicha ley carece de toda eficacia ante los Tribunales, por lo que, aun siendo real la supuesta incongruencia entre ella y el Código, esto afectaría al orden histórico, pero no al positivo y legal:

•7.º Considerando: Que la doctrina de la *legítima de un tercio* tiene como fundamento principal la idea antes expuesta, reminiscencia del contexto literal de la Base 16.ª, de una *predistribución* del haber hereditario por *ministerio de la ley* en tres porciones, constitutiva cada una de un organismo jurídico propio, á saber: legítima, mejora y parte libre; idea falsa por completo, porque conforme á la letra y al espíritu del art. 808, *originariamente* la herencia sólo cabe diferenciarla en dos porciones, una forzosa, dos tercios, y una libre, un tercio:

•8.º Considerando: Que al manifestar dicho precepto legal que constituyen la legítima las dos terceras partes del haber hereditario, pero con facultad en los padres de disponer de una de ellas para aplicarla como mejora á sus descendiente legítimos, demuestra con perfecta evidencia que en tanto la legítima existe *nativamente*, la mejora sólo vive cuando el testador quiere; esto es, que no nace hasta que usa de la facultad que le concede la ley, no siendo admisible la coexistencia original de la *trinidad* ó *trinidad* del *dividendo fijo*, un tercio de legítima, otro tercio íntegro de mejora, y un tercio de libre disposición:

•9.º Considerando: Que la afirmación de la mejora de un tercio *íntegro, innata ó nativa*, proveniente de la ley y no de acto de voluntad del disponente, lleva á los que la sostienen á la consecuencia de que cuando no existe tal acto, el testador *mejora á todos*, produciéndose así una mejora *negativa, tácita é igualitaria*, ó sea con caracteres antitéticos á los de la mejora propiamente dicha, la cual es *positiva, expresa y antiigualitaria*; lo primero, porque consiste en una acción, no en una omisión, en el hecho de disponer de una porción de la herencia en beneficio de determinada persona; lo segundo, porque, conforme á los arts. 825 y 828, ha de constar de manera indubitada, sin mezcla de duda alguna acerca de la intención del ascendiente, y lo tercero porque responde al deseo de dejar á un descendiente más que á otro, con infracción del principio de *igualdad* inherente á la legítima:

•10.º Considerando: Que si de una parte constituye la *legítima* los dos tercios de haber hereditario, y de otra la *mejora* la porción que de hecho disponga el ascendiente en pro de un descendiente dentro del tercio destinado á este objeto, pudiendo dedicar á él más ó menos suma, sin necesidad de ceñirse al tercio, la porción legitimaria podrá ser diversa en cada caso — *dividendo variable*:

•11.º Considerando: Que, á mayor abundamiento, confirman en este criterio las frases del párrafo primero del art. 834, «hijos ó descendientes legítimos *no mejorados*», las cuales, lejos de poder ser interpretadas en

el sentido de querer decir «*con exclusión del tercio de mejoras*», como sostienen los defensores del *dividendo fijo*, refiriéndose á un tercio íntegro de mejora *ideal y abstracta*, conciernen de manera directa y forzosa á la mejora *real y concreta*, á la hecha por el ascendiente en cuanto existiendo en tal caso hijos mejorados y no mejorados, y, por tanto, variedad de cuotas, con objeto de favorecer á los descendientes para que perciban la mayor cantidad posible, asigna al viudo la *cuota mínima*, ó sea una igual á la del hijo que perciba menos:

•12.º Considerando: Que la circunstancia de que la cuota del cónyuge sea legitimaria, no lleva consigo la de ser siempre de igual cantidad; antes al contrario, es varia y flexible, adaptándose á la diversidad de casos que pueden presentarse, según la calidad de los herederos concurrentes con el viudo; y aun tratándose de hijos legítimos, hallándose subordinada su cuantía á la del derecho de los hijos, experimentará las variaciones de la de aquéllos, según exista ó no mejora:

•13.º Considerando: Que, á la disposición del art. 835, no puede concedérsele más valor y alcance que el que se deduce de sus palabras, ó sea el de que la cuota del cónyuge ha de sacarse de la porción destinada á mejora, hallándose consignada su doctrina, según consta de las discusiones de la Comisión de Códigos, con relación implícita al caso de un solo matrimonio del cónyuge superstite, y para distinguir el caso del de segundas nupcias, regulado por el 839; pero sin gozar de influencia alguna sobre la cuestión de la cuota viudal ajena á su jurisdicción, y porque, de reconocerla alguna, habría que otorgársela también en su caso correspondiente á dicho art. 839, ampliación que nadie exige ni nada justifica:

•14.º Considerando: Que, lejos de tener el art. 835 la importancia que quiere atribuírsele, es hasta cierto punto superfluo, limitándose su valor positivo al caso de existir mejora, en el que el usufructo recaerá determinadamente sobre ella, pues no habiéndola, aquél gravará la legítima íntegra, porque siendo el viudo un tercero con relación á los hijos, los dos tercios del haber hereditario tendrán el carácter de herencia necesaria, sin que tampoco sea dable alegar el principio de la inviolabilidad de la legítima, dado que el legislador, con conocimiento de causa, en el art. 813, consignó como excepción el gravamen del usufructo viudal:

•15.º Considerando: Que al decir el art. 834 que el cónyuge viudo «tendrá derecho á una cuota en usufructo *igual* á la que por legítima corresponda á cada uno de sus hijos ó descendientes legítimos no mejorados», indica explícitamente el modo de obtener esa cuota, fijando, en primer término, la porción legitimaria del hijo no favorecido por vía de mejora, y, en seguida, por comparación con ésta, la del cónyuge viudo, sin que pueda aceptarse la idea de ser éste una unidad del divisor, un *hijo más*, por repelerla diversas razones, á saber: a, haberse apartado el Código español del criterio del italiano, que indudablemente tuvo á la

vista el autor del primero, cuyo Código extranjero manifiesta expresamente que se ha de comprender al cónyuge en el número de los hijos; *b*, ser la conocida intención del legislador conceder al viudo un derecho igual en cantidad al del hijo, y diferente en calidad, para que ambos derechos puedan vivir conjuntamente, y *c*, la analogía del precepto del art. 834 con el 840, referente al hijo natural, que concede á éste la mitad de la cuota que corresponde al hijo legítimo, y si en este caso no es lícito reputar al bastardo como un *hijo más*, con mayor motivo se ha de excluir de tal concepto al cónyuge superstite en el del art. 834:

»16.º Considerando: Que la palabra *descendiente*, que consta en el art. 834, distinguiéndola de la de *hijos*, no puede tener influencia alguna en su doctrina, porque los descendientes heredan por representación, ocupando el lugar de su padre difunto, y, por tanto, para los efectos de la sucesión es como si existiera éste, debiendo, en su consecuencia, dividirse la legítima por el número de hijos, y no por el de éstos y el de descendientes.»

Q. M. Scævola opina:

1.º Se considerará *legítima* el importe de los dos tercios del haber hereditario, ó la cantidad que de dicho importe restare, deducido el de la mejora, si la hubiere (dividendo variable medio).

2.º La cantidad á que asciende la legítima se dividirá por el número de hijos comunes de los cónyuges (*divisor simple*); y una suma igual al cociente que resulte de esta división, representativo de la cuota del hijo legítimo no mejorado, será la que debe asignarse al viudo.

66. Son dignos de aprobación, en conjunto, los *fundamentos* del *dictamen* anterior, deducidos á manera de inteligente *resumen* de las principales conclusiones que resultan explícita ó virtualmente del extracto de las diferentes opiniones que, á título de *información científica* del tema, dejamos extractadas, siquiera algunos de aquéllos pudieran exigir ciertas salvedades ó aclaraciones; por ejemplo: el *primero*, en cuanto es verdadera su doctrina en el sentido que se establece, pero en la dicción es algo extremado, porque se puede *hablar* de la ley de Bases y aun utilizarlas como el mejor elemento de interpretación, si bien subordinándolas desde luego al texto del articulado del Código, y sin alterar en lo más mínimo el mismo, ó sea con el criterio ya establecido por el Tribunal Supremo (1), de que «la ley de Bases de 11 de Mayo de 1888 para la redacción del Código civil, no se promulgó para que la aplicaran los Tribunales, sino para que el Gobierno se amoldara á ella al hacer uso de la autorización que le confirió el Poder legislativo, por donde sus preceptos no pueden servir de fundamento á ningún recurso judicial ordinario ó extraordinario»; el *quinto*, que si no cabe negarle cierta conformidad, deja

(1) Sent. 24 Junio 1897.

en pie, sin embargo, la dificultad, pues no basta traducir así el concepto de *igualdad* á que se refiere el final de este Considerando, tan capital en el art. 834, como que es el principal problema de interpretación del mismo y la incógnita á despejar para la determinación de la cuota vidual, por el verbo *asimilar*; el *décimotercero*, con el cual cabe conformarse en el razonamiento, siquiera al interpretar el art. 835, no ya sólo se *habla* de la ley de Bases, sino que se acude á las discusiones habidas en el seno de la Comisión de Códigos, desviándose algo del criterio absoluto del Considerando *primero*, pero no conformes del todo en la aplicación extensiva hipotética que se hace del art. 839, sobradamente extrema— para el supuesto de que á eso llevaría la interpretación contraria— que manifiestamente está dictado sólo para el caso *especial* de concurrir hijos de dos ó más matrimonios; y el *démoquinto*, que si también es conforme en el razonamiento, es débil, por extraño y forzado, en la comparación que establece con el 840 de la legítima del hijo natural, y, sobre todo, al combatir lo de considerar al cónyuge como un hijo más y unidad del *divisor compuesto*, no se hace cargo y pasa en silencio los inconvenientes prácticos, que también es justo reconocer, puede producir respecto de la falta de igualdad *verdadera* de cuota entre los hijos y el viudo, haciendo equivalentes, para sumar el importe de aquéllos, la nuda propiedad con el pleno dominio.

En cuanto á las *dos resoluciones*, la *primera* merece la más absoluta conformidad; pero, en los términos de la segunda, de sentido indudable, en cuanto á mostrarse partidario de la doctrina y procedimientos del *divisor simple*, quizá no parece lógica derivación de *todos*, aunque sí lo sea de la mayor parte, de los razonamientos de los Considerandos en que se fundan (1).

67. Hasta aquí hemos consignado, para que precedan á nuestro juicio y le ilustren, dándole todo el conocimiento de causa posible, las principales opiniones de *fondo* y *procedimiento* que se refieren á la determinación de la *cuantía* de la legítima vidual y, por consiguiente, los *sistemas* y *métodos* que profesan los diversos escritores, para *formar* dicha *cuota vidual*. Pero lo que importa no es suscribir unos ú otros, por su mayor ingenio ó atracción; antes, al contrario, hay que evitar todo *prejuicio* en cuanto á los *métodos*. Lo primero, es fijar bien el *sentido* de la ley; y lo secundario, es señalar y adoptar después el *procedimiento* ó *procedimientos* que sean necesarios para dejar á salvo la integridad de aquel sentido legal, haya ó no *simetría* en la aplicación de esos métodos que exija aquel fin primordial, según los diversos supuestos de su

(1) De todas suertes, estos ligerísimos reparos, sólo consignados al efecto de mostrar la atenta consideración que nos ha merecido trabajo tan interesante, no mengua el muy estimable valor del mismo.

práctica. Aquello es lo sustantivo; y esto, lo adjetivo ó procesal, que debe subordinarse á lo primero.

68. El tema á dilucidar consiste, ni más ni menos, en la *interpretación* y fijación del verdadero sentido de los arts. 834 y 835 del Código, este último, como complementario de aquél; y los problemas que naturalmente se derivan del texto legal del primero, son, en nuestra opinión y procediendo con estricta fidelidad en la exégesis de dicho art. 834, de cuyo marco legal estricto, por racional interpretación, no puede ni debe salirse, los siguientes: 1.º, cuál es la *legítima que corresponda* al hijo ó descendiente, y cómo debe entenderse ésta constituida de modo *fijo ó variable*, según los casos; 2.º, cuál será la cuota *igual* que en usufructo debe llevar el viudo, á la que *por legítima corresponda* á cada uno de sus hijos ó descendientes legítimos *no mejorados*, y, por consiguiente, en qué consiste ó cómo ha de ser estimada esta *igualdad*, si ha de ser *cuantitativa ó cualitativa* ó de *ambas* condiciones, y si es posible que lo sea, y cuál es, además, puesto que sirve de tipo de comparación, la inteligencia que deba darse á la frase *no mejorados*; 3.º, cuál, en su consecuencia, será el *procedimiento ó procedimientos* necesarios para realizar mejor y más exactamente la *fórmula legal* que sirva á fijar la legítima ó cuota viudal.

*Primer problema.*—¿Cuál es la *legítima que corresponda* al hijo ó descendiente, y cómo debe entenderse ésta constituida de modo *fijo ó variable*, según los casos?

El equívoco consiste en que unos miran y se refieren á la legítima, *legalmente indefectible*, ó que no puede faltar, en ningún caso, al descendiente, de la *tercera parte* del caudal hereditario del ascendiente, ó la que siempre *debe percibirse* por aquél en la sucesión testada de éste y de la cual no se le puede privar, hacer objeto de gravamen, condición ni sustitución (art. 813), y otros, á la legítima *real y efectiva* que en *cada caso* perciban *de hecho* los hijos ó descendientes, como porción de bienes á título de *legítima*, según que el testador ascendiente no usó ó usó, total ó parcialmente, dentro del tercio destinado á *mejora*, de la facultad de mejorar.

Para nosotros, esto segundo es lo indudable: la legítima se constituye, en todo caso, legalmente hablando, según el Código (art. 808 y concordantes), por los *dos tercios*, y se forma siempre, por lo menos, del primero y de lo que reste del segundo, sea todo ó parte, del caudal hereditario, que puede el testador destinar á mejora de alguno ó algunos de sus hijos ó descendientes y que no haya aplicado á hacer uso de su facultad de mejorar, teniendo, por tanto, la legítima de los hijos ó descendientes legítimos una *cuantía variable*, si bien comprendida y limitada entre un *minimum*, que es el *tercio* necesario é irreductible, y un *máximum* posible como límite superior, que no cabe traspasar por título de legítima,

consistente en los dos *tercios*; y dentro de ambos límites, *variable de hecho* en cada caso, según el no uso ó uso, y su extensión, que hiciera el ascendiente de su facultad de mejorar.

Fundamos esta opinión, que tenemos por *definitiva*: 1.º En cuanto se deja dicho con la necesaria extensión en otros lugares de este volumen (1), que aquí no hemos de repetir y damos por reproducido; 2.º, en cuanto al efecto, con prolijidad y evidencia indudables, se alega por los partidarios del llamado *dividendo variable ó medio*, que se deja extractado y citado anteriormente (2), que suscribimos; 3.º, en que así lo confirma también, el propio art. 834, puesto que dice: «*igual á la que por legítima corresponda á cada uno de sus hijos ó descendientes legítimos no mejorados*»; esto es, en *cada caso*, y por eso dice *corresponda*, si no diría lisa y llanamente «*cuota igual á la que pertenece á cada hijo en el tercio de legítima, según el número de ellos*», ú otra forma equivalente; ó cambiaría el tiempo del verbo, y diría «*corresponde*», seguido de tal aplicación y no dejando el verbo sin ninguna otra concreción de referencia á tipo ideal, general ó abstracto alguno ni precepto de la ley. Verdad es que añade: «*á cada uno de los hijos ó descendientes legítimos no mejorados*», que es el tipo expreso de relación ó comparación para la *igualdad* de cuota con el viudo, y que en esa calificación quiere entreverse por los partidarios del llamado *dividendo fijo* una indudable *equivalencia* que ya sería, sin llegar á semejante arbitrario extremo, interpretación atrevida, aunque se limitara á calificarse de una *referencia virtual* á lo que á los hijos *corresponde*—que nunca significa igual que *corresponde*—, sólo por el tercio *minimum* de legítima; pero para que eso debiera entenderse así era preciso que se dijera claramente, pues, además, tan *no mejorados* son, en abstracto, los que se hallan aludidos dentro de esa referencia legal por no heredar más que la parte del tercio de legítima estricta que les *corresponda*, según su número, como aquellos otros hijos ó descendientes, en el caso de que el testador no haya dispuesto de todo el tercio para mejora y sí sólo de parte en favor de otro ú otros de ellos, que también son *no mejorados* y suceden, sin embargo, por legítima en la parte del referido primer tercio que les *corresponda*, dividido entre todos y en igual proporción y por igual título de legítima, en lo que resta del segundo tercio, ó sea la parte del mismo de que el testador no dispuso para mejora.

Luego, pueden ser dos las situaciones que bajo este respecto tengan los hijos, por supuesto, existiendo *mejora: primera*, que sea la mejora de todo el segundo tercio, en cuyo caso los *no mejorados* sólo dividen

(1) Núms. 60 y 61 de este capítulo y cap. 17.º de este tomo.

(2) Y que extensamente resume y completa Mucius Scævola en las págs. 656 á 668, t. XIV de sus *Comentarios*.