

entre sí y el mejorado ó mejorados el primer tercio, que es el caso de la *legítima estricta ó ideal* que profesan los defensores del *dividendo fijo, segunda*, que la mejora sea sólo *de parte* del segundo tercio, en cuyo caso los *no mejorados* dividen, con los mejorados, además del primer tercio, lo que quede del segundo que no se empleó ó aplicó á la mejora parcial, que es el supuesto de la *legítima real y positiva* en cada caso.

En ambas situaciones ó hipótesis son hijos ó descendientes *no mejorados*, que es el *único* supuesto expreso de la ley (art. 834), como tipo de lo que perciban los hijos ó descendientes, ó, según dice su texto, de lo que «*por legítima corresponda á cada uno de ellos*»—que será distinto, según los casos, para regular la *igualdad* de la cuota del viudo—, por cuya razón no se puede traducir libremente lo de *no mejorados* como equivalente y sinónimo de herederos, hijos ó descendientes legítimos, sólo en el primer tercio de la herencia ó en lo que se llama *legítima corta, estricta ó rigurosa*.

Solución de este primer problema: que la legítima de los hijos ó descendientes legítimos es, en general, en el Código, para todas sus aplicaciones, y lo es también, por consiguiénte, y por su propia letra, en el art. 834, para la determinación de la cuota vidual, los *dos tercios*, si no hay mejora; *un tercio*, si se aplicó á mejora todo el segundo, ó el primer tercio, y lo que quede del segundo sin aplicarse á mejora; y que la cantidad que cada una de estas hipótesis represente, *variable* según los casos, es la que ha de tomarse como lo que *por legítima corresponda* á cada hijo ó descendiente y por *tipo* para comparar la *igualdad* de la cuota vidual en usufructo y fijarla en igual importe, según el art. 834.

Segundo problema.—¿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*?

La solución de este problema exige previamente la de otros dos, que le integran, á saber: 1.º, en qué consiste, ó cómo ha de ser estimada esa *igualdad* y sus posibles *especies*, y 2.º, cuál es la inteligencia que debe darse á la frase *no mejorados*, cuya cuota, que *por legítima les corresponda*, ha de servir en cada caso de *tipo de comparación* para regular dicha *igualdad*.

Respecto del primer punto de este segundo problema, la *igualdad, indispensable*, de la cuota vidual con la que *por legítima corresponda*, á los hijos *no mejorados*, no ha de ser, según la ley, conforme antes lo dejamos resuelto, respecto sólo de la estricta, ó traducida arbitrariamente por el tercio, *fija y siempre la misma* en su totalidad, con relación al caudal hereditario de que se deduce, aunque distinta en su importe para cada uno, según el número de hijos ó descendientes entre quienes se distribuyera, sino la que, con variedad, en cualquiera de los diversos casos de sucesión, *corresponda ó correspondiera* á cada uno

de los hijos ó descendientes legítimos, con arreglo á la diferente monta á que ascienda la legítima en aquéllos, atendidas las hipótesis de *no existir mejora ó de existir de la totalidad del tercio* destinado á ella, ó sólo *de parte del mismo*, y formarse, respectivamente, dicha totalidad, á repartir por *legítima* entre los distintos partícipes que la acreditan como hijos ó descendientes, con los *dos tercios*, con *un solo tercio*, ó con *este tercio y parte del otro*, de que no se dispuso para mejora; supuestos diferentes, con los cuales concuerda el tiempo del verbo *corresponda*, empleado por el art. 834, y adecuado y congruente con esa posible variedad aritmética del importe de la legítima para cada partícipe, en los diferentes casos, en espera del resultado numérico que arrojen las operaciones en unos y otros.

Esa *igualdad*, pues, entre la cuota del cónyuge superstite y lo que *por legítima corresponda* al hijo ó descendiente, es el *tipo supremo ó indeclinable*, regulador de la misma, al cual hay que someterse, no siendo legalmente posible aceptar como buena, es decir, como *legal* dentro del Código, ninguna solución que quebrante dicha *igualdad* ó no se ajuste estrictamente á ella, y menos en perjuicio de la legítima del hijo ó descendiente.

Esa *igualdad* ¿ha de ser *cuantitativa*, ó *cualitativa*, ó de ambas condiciones?

Cuantitativa será la igualdad, cuando la *cuantía* del haber del cónyuge sobreviviente, por su cuota vidual, esté representada por una cifra ó valor numérico *igual*, asignado á los bienes que se le aplican en su pago, aunque sea, como ha de ser siempre, en usufructo, al que tengan los aplicados en pago de la que le *corresponda por legítima* á cada uno de los hijos ó descendientes legítimos, pero observando si es en concepto de *dominio* todos ó parte de ellos en *nuda propiedad*.

Cualitativa será la igualdad, si en vez de extenderse á la valoración que se dé á los bienes aplicados al hijo ó descendiente por su legítima, y al cónyuge por su cuota vidual, lo fueran á ambos, por el propio concepto de usufructo ó de nuda propiedad ó dominio, en la hipótesis, por ejemplo, esto último, del art. 838, de entregar los herederos al viudo un capital en efectivo, como medio subsidiario de pago de su legítima usufructuaria; y *cuantitativa* y *cualitativa* será á la vez esa *igualdad* en todos los casos en que la *cifra numérica* del valor de los bienes aplicados y el *concepto jurídico* en que se apliquen fueran *idénticos* en las dos adjudicaciones.

Ahora bien, esta igualdad, ¿basta que sea *cuantitativa*, aunque no *cualitativa*, ó es preciso que reuna las dos condiciones, y que su *cantidad* ó cifra de valoración de los bienes y su *calidad* ó concepto jurídico ó *título* por el que éstos se adjudiquen, de usufructo, nuda propiedad ó pleno dominio, *sean efectivamente iguales*, es decir, *idén-*

ticas en cantidad y calidad las dos cuotas, la del hijo ó descendiente, por lo que de legítima le corresponda, y la del cónyuge por la suya vidual?

Desde luego, en la normalidad general prevista por el art. 834, y fuera de los medios supletorios, de voluntario acuerdo ó de decisión judicial que por excepción establece el 838, *la igualdad cualitativa no puede existir según la ley*, desde el momento en que ésta previene que la cuota del viudo ha de ser *en usufructo*, cuya *nuda propiedad* de los bienes que él ha de usufructuar, forzosamente ha de ser adjudicada, bajo tal concepto, á los hijos ó descendientes en pago de su haber, quedando á la natural expectativa de que se reunan ambos derechos, integrándose el de dominio pleno, por el modo jurídico de la *consolidación*, cuando termine el usufructo del viudo, por su fallecimiento, única causa de extinción legal del mismo, excepción hecha de la improbable renuncia posterior de la cuota vidual á la aceptación antes prestada.

No es posible desconocer, á no negar su significación verdadera á las palabras, que el Código no dice ni más ni menos que «una cuota, en usufructo, *igual* á la que *por legítima corresponda* á cada uno de los hijos ó descendientes legítimos *no mejorados*». Ciertamente que la índole de la cuota vidual es *especialísima*, en cuanto está expresamente prevenido que sea en *usufructo*; pero cierto, también, que ha de ser *igual*, comparada con la que por legítima *corresponda* al hijo ó descendiente; y *si puede ser igual*, indudablemente, *en cantidad*, cifra ó importe que represente, *no puede serlo*, de modo alguno, *en calidad*, concepto jurídico ó título, pues lo que al hijo ó descendiente se ha de aplicar en pago de su legítima ha de ser en *pleno dominio* y no en *usufructo*, y menos en *nuda propiedad*, porque, al fin, el dominio comprende el usufructo, es decir, el derecho de fruición ó percepción de frutos naturales, industriales ó civiles, pero la nuda propiedad carece de él, ó sea, el dominio es propiedad *con* usufructo, la nuda propiedad es propiedad *sin* usufructo; y, por tanto, es evidente que falta, entre estos conceptos, cualidades jurídicas ó títulos de adjudicación, sobre todo en el usufructo, comparado con la nuda propiedad, que son antitéticas entre sí y representan la desintegración del dominio, llevando á un lado el poder de libre disposición y á otro opuesto el de libre aprovechamiento, la nota posible *de igualdad*, que en términos absolutos y generales exige el Código tenga la cuota vidual en usufructo con la que por legítima corresponda al hijo ó descendiente.

Así es, que, caprichoso y de mayor ó menor ingenio será, y aun, si se quiere, solución más racional tal vez pudiera haber sido, cualquier otra en que se combinaran, para fines análogos á dicha comparación de igualdad, estos factores de verdadera *heterogeneidad jurídica*; pero nunca podrá afirmarse, con verdadero fundamento y en recta interpretación del

art. 834 y concordantes, que la nota indispensable de *igualdad, sin adjetivos*, entre la cuota vidual y la legítima del hijo, pueda entenderse cumplida mirando sólo á la *cantidad* ó sólo á la *calidad*, sino que es preciso, si ha de respetarse fielmente el texto de la ley, que para que se cumpla el atributo de *igual* de ambas cuotas legitimarias del viudo y del hijo sean efectivamente *iguales*, comparadas en esas dos circunstancias, y no en una sola, ni supliendo la que falte por otra que se suponga equivalente; por ejemplo: 2.000 en usufructo al viudo y 2.000 á cada uno de los cuatro hijos, formando dicha suma de 2.000 de valor numerario, por 1.500 en pleno dominio y 500 en nuda propiedad, que multiplicados por cuatro, que son los hijos, representen un total en nuda propiedad igual y correspondiente al mismo valor de 2.000 de los bienes adjudicados en usufructo al viudo.

Á este criterio obedece la solución aconsejada por todos aquellos escritores que consideran lo mejor, para *igualar* la cuota del viudo con la de los hijos, una operación equivalente á *extraer* de la de éstos, después de dividida sólo entre ellos la legítima, una parte proporcional de cada uno, bastante á formar la del viudo y servir á la apariencia de *igualdad*, bien reteniendo en la legítima de cada hijo igual cantidad en nuda propiedad que la que en usufructo se extrae de su porción legítima para formar la cuota del viudo, ó bien, que es lo mismo, adjudicar la nuda propiedad á cada hijo de la parte correspondiente de aquello que se adjudicó en usufructo al viudo; siendo la única diferencia, que en aquel procedimiento es una operación y en éste son dos, pero obrando *ad libitum*, como si fueran ambos conceptos de pleno dominio y nuda propiedad, calidades jurídicas *homogéneas*, que pudieran sumarse, cuando no lo son y resultan perjudicados realmente los hijos, que sólo en parte hacen efectiva su legítima en pleno dominio, y en la otra se les pretende dar por completada con un valor jurídico, más nominal que real, y con la expectativa futura de la *consolidación*, mientras que el viudo tiene efectivo usufructo en todos los bienes adjudicados para pago de su cuota vidual desde el primer momento.

La desigualdad entre ambas cuotas no puede ser más manifiesta, no sólo por razón de cantidad ó valores efectivos, sino por el número de elementos ó factores de la composición de cada una; pues en tanto que la del viudo se forma de una sola *cantidad*, igual á la que por legítima corresponda y se reconozca al hijo ó descendiente no mejorado, la de éste se compone de varios y heterogéneos factores, esto es, *igual cantidad* en conjunto, pero en parte real y en parte nominal, es decir, diferente ó *desigual cantidad* efectiva, y en cuanto á la *calidad*, en lugar de ser una sola como la del usufructo del viudo, su cuota por legítima se compone de tres, dominio con usufructo en todo lo que por dominio se le adjudica, nuda propiedad, ó sea propiedad sin usufructo, en otra parte

de bienes, y expectativa jurídica ulterior de *consolidación*, al tiempo del fallecimiento del viudo.

Nos parece de toda evidencia, por méritos de lo expuesto, y sin que en el extracto de la *información científica* que hacemos preceder, encontremos razones suficientes á desvirtuarla, que ni se satisface con tales arbitrios la precisa nota de *igualdad* de cuotas entre el viudo y los hijos, ni se cumple, por tanto, la ley en base tan fundamental, ni se hace otra cosa, con semejante criterio, que perjudicar considerablemente á los hijos, menoscabando ó quebrantando la integridad de su legítima.

Y entonces, ¿es que, por ventura, el art. 834 del Código, sus concordantes y precedentes legales han establecido y preceptuado un *imposible*, físico, matemático y jurídico? Así habría que reconocerlo, de no ofrecerse más explicación y soluciones interpretativas que aquellas que, militantes hasta ahora, que sepamos, alcanzaron mayor boga entre los comentaristas; y, sin embargo, no debía ser así y no es, en efecto, según nuestra opinión, que sometemos respetuosos á la crítica de otras más ilustradas.

En efecto: el que la cuota del viudo y la del hijo ó descendiente no mejorado por legítima hayan de ser *iguales*, puede tener dos sentidos: ó el total de que sean *iguales entre sí*, mutua y completamente, la una con la otra y la otra con la una, de tal manera que ambas en cantidad, calidad y en todas sus circunstancias fueran *idénticas*, comparadas entre sí, ya la del viudo con la de los hijos, ya la de los hijos con la del viudo, es decir, medida la una por el tipo de la otra ó viceversa, ó solamente referirse la nota de ser *igual* á la del viudo con relación á la del hijo; es decir, que el viudo, por razón de su cuota viudal, no adquiriera cosa, cantidad, ni derecho que no tenga en idéntica extensión de cantidad y circunstancias de calidad el hijo ó descendiente no mejorado, por razón de su legítima, siquiera éste pueda tener, además, otras circunstancias ó calidades y aun cantidades, en lo que á él se le adjudique ó en el título ó concepto en que lo sea, siempre que dentro de él vaya comprendido un derecho *igual en cantidad y calidad* al que se aplica al cónyuge por su referida cuota viudal; ó, lo que es lo mismo, que la cuota del viudo tenga *representación idéntica*, en *cantidad y calidad*, en la legítima del hijo, y, por tanto, pueda decirse, bajo este respecto, que la cuota del viudo es *igual* á la del hijo, pero no la del hijo á la del viudo.

Aunque á primera vista esto parezca paradójico, no lo es, sino, por el contrario, viene á ser el único sentido en que es posible que se cumpla la nota de *igualdad* prevenida por la ley, á partir de la disposición expresa de ésta, de que la cuota del viudo sea precisamente en usufructo y nada más ni por otro concepto jurídico ó título alguno—fuera de los indicados medios supletorios del art. 838—; y, por consiguiente, que no lleve el viudo en usufructo más cantidad en bienes que lo que por igual

concepto de usufructo y por su legítima corresponda al hijo, aunque además lleve en usufructo incorporado al dominio en su adjudicación y aun haya de añadirse la aplicación de la nuda propiedad de los bienes que sólo en usufructo se adjudiquen al viudo.

Otra inteligencia que ésta respecto de la indicada nota de igualdad, comparadas una con otra legítima, la del viudo ó la del hijo ó descendiente, no cabe por *imposible* y fuera de la mente de la ley, que empezó por fijar esa índole excepcional á la del viudo, por su carácter únicamente *usufructuario*, y claro es que no puede ser comparada con la del hijo más que bajo este exclusivo concepto que tiene, porque faltarían términos hábiles para la comparación entre cosas naturalmente heterogéneas y distintas. Sin embargo de esta heterogeneidad, comparado el complejo jurídico de la legítima del hijo en pleno dominio y con las adiciones necesarias de la nuda propiedad y futura consolidación de lo adjudicado en usufructo al viudo con la cuota meramente usufructuaria de éste, la ley habla de que ambas han de ser *iguales*, claro es que se refiere á comparar tan sólo aquellos caracteres que le sean *comunes*, pero no los *diferenciales é incomparables* entre sí; es decir, á usufructo sin propiedad ó no incorporado el dominio, de la cuota viudal, con usufructo unido á propiedad ó incorporado al dominio en la legítima de éste, reduciendo la comparación á sólo aquello que puede corresponder á ambos, en *usufructo*, por sus derechos hereditarios respectivos en la sucesión del causante, mas no á todos los otros accidentes diferentes entre sí, que no tiene la legítima del viudo y tiene la de los hijos.

El rigor gramatical y el criterio lógico, si han de respetarse los textos legales, no consiente otra inteligencia, ni la permite, tampoco, el recuerdo del propósito ó pensamiento del legislador, claramente revelado, lo mismo en la Base *décimoséptima* que en sus precedentes de discusión en la Comisión de Códigos, que en las declaraciones oficiosas y autorizadas de su Presidente, en sus notables publicaciones científicas posteriores, según tenemos anotado, y no ha de repetirse aquí.

Y así resulta que el cónyuge viudo realiza su derecho á una cuota en usufructo *igual* á la que por legítima corresponda á cada uno de sus hijos, sin tomarle en cuenta á éstos la nuda propiedad, que es un desprendimiento consiguiente á la naturaleza meramente usufructuaria de la cuota viudal y cuya nuda propiedad no compensaría á los hijos, puesto que no gozarían el usufructo de los bienes así adjudicados, ni llegarían á tener en ellos el pleno dominio hasta después de muerto el cónyuge, percibiendo de hecho menor cantidad que lo que aquél recibía en usufructo, lo cual produciría el perjudicial resultado de *dejar en suspenso* ó retardado en cierta medida de cantidad la sucesión de los hijos por razón de su legítima, cosa que siempre sucedería con este sistema, por lo que parece que el Código quiso evitar que los *medios de sustentación* que

en la sucesión alcanzaran los hijos por su legítima y el cónyuge por su cuota vidual fueran á resultar *desiguales*, queriendo, por el contrario, y esta es la base del sistema que inspira el art. 834, que sea *igual* lo que unos y otros perciban, *como medios de subsistencia*, en su respectivo concepto.

En cuanto á la solución de la segunda parte de este *segundo problema*, de cuál es la inteligencia que debe darse á la frase *no mejorados*, cuya cuota, que *por legítima corresponda*, ha de servir en cada caso de *tipo de comparación* para regular dicha *igualdad*, nos remitimos á todo lo antes dicho en distintos pasajes de este capítulo y de algún otro (1), pues es evidente que no significa otra cosa, para los efectos de dicha *igualdad*, sino que la comparación *cuantitativa* de la cuota del viudo ha de hacerse con la cantidad ó cifra que represente lo que corresponda ó se adjudique á los hijos *sólo á título ó por razón de legítima, pero no de mejora, donación ó legado*, y que á este punto de vista, más que á la circunstancia personal de ser *mejorados ó no*, es á lo que claramente se refieren las palabras «no mejorados» que emplea el art. 834.

Tercer problema.—«Cuál, en su consecuencia, será el *procedimiento ó procedimientos* necesarios para realizar mejor ó más exactamente la *fórmula legal* que sirva á fijar la legítima ó cuota vidual.» Ya dijimos antes que á la solución de este problema hay que ir, *sin perjuicio* alguno en cuanto á la predilección por *métodos predeterminados*, sin dejarse cautivar por la *unidad* ó prevenir por la *variedad* de los mismos, ni por la *simetría* ó *desarmonía* que resulte de la primera ó produzca la segunda; porque no es lícito, á título de consideraciones semejantes, anteponer lo secundario á lo principal, por no decir á lo único inexcusable, que es, ante todo y sobre todo, que la ley sea fielmente cumplida, después de ser rectamente interpretada, con más ó menos dificultad, según la mayor ó menor claridad con que esté formulado el precepto legal. Nosotros lo hemos procurado así en las soluciones de los dos problemas anteriores y á ellos hemos de subordinar la de este tercero. Según las mismas, son bases indeclinables para ello:

1.^a Que lo que «por legítima corresponda al hijo ó descendiente legítimo, no mejorado, según el art. 834, ó sea la *legítima*, por la cual ha de regularse la *cuantía* de la vidual en usufructo, á fin de que sea *igual*, bajo este respecto de *cantidad*, la una que la otra, es, como *máximum*, los dos tercios del caudal hereditario, cuando no haya mejora; como *mínimum*, el tercio destinado á legítima estricta, únicamente, cuando haya mejora de la totalidad del segundo tercio destinado á ella; y como *medio*, dicho tercio de legítima estricta, sumando á él lo que

(1) Cap. 17.º de este tomo.

quede del tercio destinado á mejora, cuando ésta haya sido sólo de parte y no de la totalidad de aquel tercio destinado á mejora; y fijando dentro de esos tipos, máximo, mínimo y medio, la cifra en cada caso de la cuota vidual, igual en cantidad á la del hijo ó de cada uno de los hijos no mejorados, según el número de éstos.

2.^a La *necesaria y completa igualdad en cantidad y la posible en calidad* de la cuota vidual, con la que «por legítima corresponda al hijo ó descendientes legítimos no mejorados», según los casos de no existir mejora ó de existir total ó parcial del segundo tercio destinado á ella. Es decir, que lo que perciba en usufructo el viudo, por su cuota vidual, sea *igual* á lo que corresponda al hijo ó descendiente legítimo no mejorado, por legítima, y no en otro concepto, y tenga en ello en igual cantidad de propiedad *con usufructo*, cualesquiera que sean, *además*, las adjudicaciones ó aplicaciones de otros bienes que se le hagan por diferentes conceptos de mejora, legado, donación ó acrecimiento de herencia de parte libre de que no dispuso el testador ó por la *nuda propiedad* de los bienes que en usufructo se adjudicaron al viudo; concretándose *exclusivamente* esa relación de *igualdad*, entre la cuota del cónyuge y la del hijo por legítima, á lo adjudicado al hijo por aquel primer concepto, pero no por los demás.

3.^a Que el Código sólo consigna las dos bases anteriores, únicas que pueden tenerse por *legales*, sin que directa ni indirectamente establezca sistema ó *régimen completo* que se refiera al *método ó procedimiento* que haya de emplearse para la determinación y fijación de la cuota vidual en todos y los diferentes casos, que no sea el que virtualmente resulte necesario, *en cada uno de ellos*, para el fiel cumplimiento de las dos bases anteriores; no siendo, por tanto, lícito ni admisible proclamar como imperante, en nombre de la ley, procedimiento *total* alguno, ni el de computar al cónyuge como *un hijo más* á los efectos de la repartición de la cuota legítima de los hijos y fijación indirecta de la *igual* del viudo, como prevenía el Código italiano, que tuvo indudablemente á la vista la Comisión redactora del nuestro, ni tampoco excluir ó condenar este método á título de interpretación por ese antecedente y omisión referida, cuando se considere como el *único* adecuado para salvar la integridad de las dos bases anteriores; y, por tanto, que es viciosa y expuesta á error la opinión que proclame la preferencia ó uso exclusivo en *cualquier caso* de un método determinado, como tal *procedimiento legal y total*, si con su empleo único no se consigue, *en todos los casos*, la satisfacción de los fines del Código, contenidos en aquellas *dos bases* anteriores, fundamentales á nuestro juicio, salvando los respetos debidos á todas las opiniones contrarias, en el que perseveramos después de larga meditación y observación de hechos, y de diversas prácticas profesionales, propias y ajenas, en diferentes operaciones particionales

durante todo el tiempo que lleva vigente el Código, por más artísticos y recomendables que dichos procedimientos parezcan.

Confesamos, sin rubor, que, por estas razones, no somos partidarios incondicionales ni enemigos declarados de los titulados procedimientos del *divisor simple ó compuesto*, cuyas doctrinas ya expusimos, y que atendido lo indeclinable de las dos bases primeras, mencionadas anteriormente, y que son resultado concreto de la solución de los dos primeros problemas que ofrece la interpretación del art. 834 y sus concordantes, no nos atreveríamos á título de atracción de alguno de ellos á uscribir la preferencia de ninguno. Lo único que en punto á *procedimiento* para determinación de la cuota vidual se encuentra en el Código, como deducción rigurosamente lógica de sus preceptos, y puede y debe, por tanto, utilizarse y practicarse á este efecto son *ocho* reglas, que no se pueden reunir ni constituyen *sistema* determinante de un método ó *procedimiento total* y de aplicación indistinta á *todos los casos*, sino que han de aplicarse unas ú otras, atendidos los diversos supuestos, á saber:

1.º Una *singular*, en cuanto aparece dictada para un solo caso, que es la del segundo párrafo del art. 834, que dice: «si no quedare 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», cuya regla dejamos explicada y aplicada á su hipótesis respectiva, examinada antes de la presente; haciendo notar allí ya, y reiterándolo aquí, que, á pesar de la *singularidad* del caso para que está dictada, tiene un sentido general y comprensivo del pensamiento del Código y trasciende á todos los demás, como confirmatorio de aquél, desde los puntos de vista predominantes para la ley de que *siempre* se aplique á la cuota vidual el tercio destinado á mejora, ó, si no alcanza á cubrirlo su cuantía, se saque de dicho tercio su importe, asignando tal carga y responsabilidad al mismo de modo especial é invariable y que *nunca* invada ni afecte en lo más mínimo al tercio de legítima estricta de los descendientes.

2.º Otra regla *general*, ó sea de aplicación común á todos los casos para la determinación de la cuota vidual, en perfecta armonía con la anterior, que parece un ejemplo ó aplicación anticipada de ésta, que es la del art. 835, según el cual, «la porción hereditaria asignada en usufructo al cónyuge viudo *deberá sacarse de la tercera parte de los bienes destinada á la mejora de los hijos*»; texto cuya generalidad indistinta, y, por consiguiente, de aplicación *común* á todos los casos, no puede ofrecer duda alguna y excluye cualquiera otra que pretenda hacerse por este concepto de cuota vidual á ninguna de las otras dos porciones de los otros dos tercios, de legítima y de libre disposición, en los que se considera legalmente dividido el caudal hereditario, según la Base *décimo*

sexta de la ley de 11 de Mayo de 1888 y artículos concordantes del Código que la desarrollan.

3.º Otras *cuatro reglas especiales*; es la una precepto de *excepción* del anterior, para el caso de concurrir hijos de dos ó más matrimonios, en el cual, según el art. 839, apartándose de la regla general anterior, dice: «y el usufructo correspondiente al cónyuge viudo de segundas nupcias *se sacará de la tercera parte de libre disposición de los padres*», la cual aplicamos y explicamos más adelante en el supuesto correspondiente (1).

Es también *especial* la del art. 836 que, para el caso de no dejar el cónyuge viudo descendientes, pero sí ascendientes, fija la cuota vidual en el usufructo de la *tercera parte de la herencia* y la manda *sacar de la mitad libre*, pudiendo el testador disponer de la propiedad (nuda) de la misma.

Otra regla *especial* es la del art. 840, párrafo primero, para el caso de concurrencia de hijos naturales legalmente reconocidos con hijos ó descendientes legítimos, que reconoce á aquéllos como *legítima* el derecho á la mitad de la cuota que corresponda á cada uno de los legítimos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición, del cual habrá de sacarse, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral.

Y también existe otra regla *especial*, según el art. 841, para el caso de que los hijos naturales concurren con ascendientes legítimos, y además de éstos concurren cónyuge viudo, previniendo, en el segundo párrafo de dicho artículo, que el derecho que como legítima reconoce á los hijos naturales, ha de entenderse sin perjuicio de la legítima de aquél, y al efecto, se adjudicará á dichos naturales sólo en *nuda propiedad*, mientras viviere el cónyuge superstite, lo que les falte para completar su legítima.

Y 4.ª, Otras dos reglas *complementarias y subsidiarias*, expresivas de ciertos medios *supletorios* de los normales ú *ordinarios*. La primera de ellas, establecida por el art. 838, en virtud de la cual «los herederos *podrán* satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia ó los productos de determinados bienes, ó un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo, y, en su defecto, por virtud de mandato judicial»; cuya regla, *facultativa* en los herederos, pero necesitada de la conformidad del cónyuge ó de la resolución de los Tribunales, se explica también en la respectiva hipótesis de su aplicación (2).

La segunda de estas subsidiarias es la del último párrafo del art. 840, por el cual se autoriza á los hijos legítimos para satisfacer la cuota que corresponda á los naturales, en dinero ó en otros bienes de la herencia á justa regulación.

(1) Núm. 173 de este capítulo.

(2) Idem id.

Cuanto se diga de más reglas de procedimiento para determinación de la cuota vidual según el Código, será más ó menos estimable ó útil y hasta original é ingenioso, pero nunca constitutivo de un método rigurosamente legal.

69. En consecuencia de todo lo expuesto hasta aquí y del criterio por nosotros proclamado, las *soluciones* para la determinación de la cuota vidual, según cada una de las *cinco* hipótesis, en el caso (1) siguiente, serán:

B. *Varios hijos ó descendientes legítimos, que concurren con el viudo, en las diferentes hipótesis (2) siguientes:*

Se distribuirán los dos tercios del caudal hereditario entre los hijos y el cónyuge viudo, como si fuera un partícipe más—*dividendo*, los dos tercios, y *divisor*, los hijos y el cónyuge viudo—, pero á éste no se adjudicará su cuota más que en usufructo, y la nuda propiedad correspondiente á los bienes que él lleve en usufructo se repartirá y adjudicará entre los hijos ó descendientes en aquel concepto; de suerte que cada hijo ó descendientes que le representen lleve *igual cuota* de propiedad con usufructo, ó sea en *pleno dominio*, que lo que á aquél se adjudique sólo en *usufructo*, y además la parte de la nuda propiedad correspondiente á este usufructo, según el número de hijos.

EJEMPLO: 30.000 unidades de caudal líquido hereditario, cuatro hijos legítimos y el viudo.

a. *Sin mejora:*

Á cada uno de los cuatro hijos, por su legítima, 4.000, multiplicado por 4 (arts. 808, 834, párrafo primero, y 835):

En <i>pleno dominio</i> , hacen.....	16.000
En <i>nuda propiedad</i> , 1.000, ó sea la cuarta parte de lo adjudicado en <i>usufructo</i> al cónyuge viudo, multiplicado por 4, hacen.....	4.000
Quedan para libre disposición:	
En <i>pleno dominio</i>	10.000
TOTAL.....	30.000

Refiriéndonos á lo antes dicho, bueno será recordar que se observa, contra este criterio y procedimiento, la *falta de igualdad*, en daño del viudo; pero no es realmente así, si se considera, como ya hemos tratado

(1) Letra B, núm. 65 de este capítulo.

(2) De las letras a, b, c, d, e, letra B, idem id.

de demostrar, que lo de *igual* del viudo con cada hijo ó descendiente legítimo no mejorado, ha de serlo, no sólo en *cantidad*, sino en *igual cantidad de igual calidad* que caracteriza la cuota vidual, por su índole excepcional de *usufructuaria*, de manera que, á partir de esta condición especial que ella tiene, y *no fuera*, en *otras calidades* que no le pertenecen, como son las del dominio y nuda propiedad, es como ha de medirse y compararse la igualdad con la de cada hijo, y no viceversa; y como no cabe comparación entre calidades heterogéneas, el tipo de lo que perciba el viudo en usufructo es el único que debe ser regulador de dicha igualdad con la legítima del hijo, ó sea con lo que á éste se le adjudique en pleno dominio, no por serlo así, sino en cuanto este concepto lleva comprendido en sí el usufructo y no ni nunca con lo que además sea preciso aplicarle *nominalmente* en nuda propiedad y para expectativas ulteriores de *consolidación*, cuando ocurra la muerte del viudo; puesto que, obrando así, la *desigualdad* es aparente y nominal, sin daño positivo ni justamenté reclamable por el viudo, obteniéndose la *única igualdad posible de cantidad y calidad* de su cuota con la del hijo, ambos por su respectiva legítima, que la ley exige fundamentalmente, de modo genérico y sin calificativos ni distinciones de esa igualdad.

Por el contrario, si se obra del modo opuesto, distribuyendo sólo entre los hijos los dos tercios de legítima y fijada la cuota correspondiente á cada uno, *extrayendo* de ellas, por decirlo así, la parte necesaria de usufructo para formar la vidual, igual á la de cada uno, dejando á ese resto extraído, representado sólo por la nuda propiedad, se completa la legítima de cada hijo sólo nominalmente y por mera exterioridad numérica de valores, formando un total con sumandos heterogéneos, como son el *pleno dominio* y la *nuda propiedad*, y además se compara esto para saber si es igual con otra calidad, que es también heterogénea, como el *usufructo*, siendo evidente el daño que cada hijo experimenta y la falta de verdadera igualdad *en cantidad y calidad* entre lo que por legítima le correspondiera y percibe, comparado con la cuota vidual, y sobre todo, se dejan incumplidos el texto y pensamiento de la ley, según queda antes demostrado con mayor extensión.

Cierto es que ambos procedimientos acusan falta de *igualdad absoluta en cantidad y calidad*: el primero de los expuestos, y por nosotros aplicado, cediendo en daño más aparente que real del viudo, y el segundo, al contrario, en daño positivo y real de los hijos y en beneficio manifiesto del viudo, sin que haya ningún otro que para este caso pueda producir diferente resultado, por cuya sola razón era bastante para preferir el primero al segundo, si no hubiera la fundamental, antes indicada en aquella demostración que precedió á estas aplicaciones, de ser sólo así posible la comparación de términos homogéneos y comparables, dada la necesaria especialidad de ser en usufructo la cuota vidual y de ser

ésta la única interpretación rigurosamente conforme con la letra y el espíritu del Código y de todos los elementos que han inspirado su formación.

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

Se distribuirá el tercio de legítima estricta sólo entre los hijos y se formará una cuota igual en usufructo para el viudo, que se sacará del tercio destinado á mejora, adjudicando al mejorado la nuda propiedad de lo que lleve el viudo en usufructo, y, además, en pleno dominio lo que reste de ese tercio destinado á mejora, á que no haya alcanzado la deducción de la cuota viual.

EJEMPLO: 30.000 unidades de caudal líquido hereditario y cuatro hijos legítimos y el cónyuge viudo.

Con mejora total ó de todo el tercio de la herencia destinado á ella por la ley, á favor de uno de los cuatro hijos.

Á cada uno de los cuatro hijos, por su legítima, 2.500 (arts. 808 y 823):

En pleno dominio, 2.500, que, multiplicado por 4, hacen.....	10.000
Al mejorado por su mejora total del tercio:	
En pleno dominio.....	7.500
En nuda propiedad de la correspondiente á lo adjudicado al viudo en usufructo.....	2.500
Al viudo, por su legítima en usufructo, 2.500.	
Quedan de libre disposición.....	10.000
<hr/>	
TOTAL.....	30.000

c. *Con mejora parcial, ó sea en cantidad inferior al tercio destinado á ella y cónyuge viudo.*

Se distribuirá sólo entre los hijos el tercio de legítima estricta, y además la parte que reste del otro tercio destinado á mejora después de calculada la cuantía de ésta. Así fijado lo que por legítima corresponderá en este caso á cada hijo ó descendiente legítimo no mejorado, se formará la del viudo con una cuota igual, la cual se sacará del resto del tercio destinado á mejora, haciéndose pago por completo de ella, si atendido que la mejora es de parte y no del todo quedara lo bastante para ello; y, en otro caso, lo que falte será disminución en usufructo del importe de la mejora, ó lo que es lo mismo, se completará con la parte de bienes en usufructo que sea necesario. La nuda propiedad de lo adjudicado en usufructo al cónyuge para su cuota viual se repartirá y adjudicará á cada hijo por su legítima en la parte correspondiente, según su número, puesto que, siendo sobrante del tercio destinado á mejora, á cada uno de ellos

le correspondería por mejora en pleno dominio, si no hubiera de convertirse en nuda propiedad todo ó parte de ello por la necesaria deducción de la cuota viual; pero en aquello en que la mejora haya de disminuirse, por no alcanzar á cubrir la del cónyuge, lo que reste del segundo tercio destinado á mejora, atendida la cuantía parcial de ésta, se adjudicará en nuda propiedad al mejorado.

EJEMPLO: 30.000 unidades de caudal líquido hereditario, cuatro hijos legítimos y el cónyuge viudo.

Con mejora parcial de la mitad del tercio destinado á ella por la ley.

Á cada uno de los cuatro hijos legítimos, por su legítima, 2.500 del primer tercio del caudal destinado á la legítima estricta y 1.250 del sobrante del segundo tercio, que no ha sido objeto de la mejora parcial, suman para cada uno 3.750 y multiplicado por 4 (arts. 808, 834, párrafo 1.º, y 835):

En pleno dominio, hacen.....	15.000
Al hijo ó descendiente legítimo mejorado, por su mejora de la mitad del tercio, teniendo en cuenta la cuota viual:	
En pleno dominio.....	1.250
En nuda propiedad, de lo adjudicado en usufructo al viudo.....	3.750
Al cónyuge viudo, por su legítima, una cuota igual en usufructo á la de cada uno de los hijos legítimos no mejorados, ó sean 3.750.	
Quedan de libre disposición.....	10.000
<hr/>	
TOTAL.....	30.000

d. *Con mejora ó sin mejora, total ó parcial, del tercio destinado á ella, disponiendo el testador ó no, en legados, de todo ó de parte del tercio de libre disposición.*

Esta hipótesis es por completo indiferente para la deducción de la cuota viual, como ajena al supuesto legal de su deducción; toda vez que esos acrecimientos que la herencia de los hijos ó descendientes legítimos tengan con el total ó residuo del tercio de libre disposición, de que no haya dispuesto el testador—y, si dispuso, menos aún hay para qué tenerlo en cuenta con este motivo—, no son la legítima de los hijos, que no puede exceder de las dos terceras partes, como *máximo*, aunque estén expresamente instituidos como herederos en ella, respecto de la cual tienen el carácter de *voluntarios* y no de *forzosos*, ni tampoco, cuando sean legatarios de todo ó parte de dicho tercio—descontadas siempre las responsabilidades especiales que le son peculiares—, y como sólo ha de computarse la *igualdad* de la cuota viual con lo que por