

Dicho art. 838 tiene dos párrafos, aunque relacionados, que encierran dos disposiciones distintas.

El primero de ellos contiene *tres fórmulas subsidiarias* para hacer efectiva la legítima vidual en defecto de la forma normal de su satisfacción, que es la del *usufructo* reconocido al cónyuge, viudo ó viuda, que al morir su consorte no se halle divorciado, ó lo estuviere por culpa del difunto, en bienes de la herencia y por *cuota igual* á la que *por legítima corresponda* á cada uno de los hijos ó descendientes legítimos *no mejorados*.

Esta es, por decirlo así, su forma ó contextura *normal*, según el art. 834, concordante y complementario del núm. 3.º del 807, que declara dicha legítima vidual, y el art. 833, en su primer párrafo, establece otras *tres formas de excepción* en sustitución de aquélla, consistentes: 1.º, en la asignación de una renta vitalicia; 2.º, en la de los productos de determinados bienes; 3.º, ó en la de un capital en efectivo. Ninguna de estas tres son iguales, en el concepto jurídico, al usufructo, forma que llamamos *normal*; pero cualquiera de ellas tiene el carácter legal de *equivalente*, como *suppletorias*, ó *in subsidium*, de aquélla, si bien desde que la legítima vidual se entienda cumplida por la sustitución de cualquiera de ellas á la ordinaria, el *contenido* de derechos y obligaciones de la legítima vidual para el cónyuge superstite no puede ser el indicado, correspondiente á los efectos comunes y especiales del usufructo, como *derecho real*, que antes se expresa, sino *variar*, atendida la forma de cualquiera de aquellas tres excepcionales de sustitución, en que se le paguen sus derechos legitimarios y según corresponda á la naturaleza de cada una: ya el único derecho á percibir de por vida la renta vitalicia asignada, ya el de limitarse á la percepción de los productos de los bienes determinados que se le asignen, ya á hacer suyo, en *pleno dominio*, el capital efectivo que se le entregue en equivalencia de su cuota vidual. Fuera de este último caso, el viudo ha transformado su derecho real de usufructo, tal vez, por un derecho personal á percibir una pensión ó renta, que si no se grava con ella á bienes determinados, deja reducido su derecho á la categoría de los de crédito personal y expuesto á todas las contingencias de la insolvencia de los herederos, como simples deudores; por lo cual, será extremo de mayor interés, en tales casos, la estipulación de las garantías especiales necesarias, que aseguren su cumplimiento, mediante hipotecas, fianzas, depósitos, prendas, etc.

Cualquiera de esos tres medios subsidiarios de satisfacer la legítima vidual, descansa en el derecho otorgado por dicho art. 833, *únicamente*, á los herederos forzosos ó voluntarios que concurren á la sucesión con el cónyuge superstite, y es, para ellos, de carácter *voluntario* su empleo, pero *no de su exclusivo arbitrio*, porque necesitan el consentimiento ó *aceptación* de la forma subsidiaria que aquellos propongan, por el viudo,

y, en su defecto, la *decisión* de los tribunales que la apruebe y la imponga á éste; de donde resultan las dos variedades de *convencional* ó *judicial*, que pueden afectar en cuanto á su *forma*.

Para la primera hipótesis, equivalente á un contrato de *transacción*, no hay que aplicar otras reglas que las generales de la contratación y las particulares de esta especie de contratos, según el Código; pero para la segunda, ni éste ni la ley de Enjuiciamiento civil, anterior en fecha y aun no reformada y concordada con el mismo, establecen regla ni procedimiento alguno, y si se ha de aplicar, por esto, el juicio civil declarativo ú ordinario que corresponda según su cuantía, parece impropio y excesivamente dilatorio y costoso á los fines y naturaleza del caso que, evidentemente, pide mayor economía y brevedad. Es cierto que no puede ser ventilado el asunto ni recaída la decisión judicial en un acto de jurisdicción voluntaria, porque supone necesaria contención entre partes, pues de no haberla, hubiera revestido la forma contractual por el consentimiento del legitimario vidual, en cuyo defecto sólo previene el Código la intervención y decisión judicial; pero á lo sumo, sin que pueda afirmarse más que como criterio algo racional, podrá considerarse, como en casos de análoga deficiencia del Código se viene practicando, que será bastante se tramitara este supuesto por las reglas de los incidentes, si bien no cabe desconocer que pueden ofrecerse casos en los que la importancia del caudal hereditario, la naturaleza de los bienes y los intereses opuestos entre herederos y cónyuge viudo, estimulados aquéllos por la mayor conveniencia que les impulse á utilizar y proponer estos medios subsidiarios y resistiéndose el cónyuge á aceptarlos, por razón de los perjuicios que estima se causa á su derecho ó por meras circunstancias de amor propio y posibles antagonismos personales, la controversia y la prueba pidan las mayores garantías de un procedimiento plenario que, de todas suertes, ha de tener los inconvenientes de toda *litis* en el delicado momento de las operaciones particionales de una testamentaría. Más grave es aún que en el fondo quede entregada la decisión de una cuestión tan circunstancial, y que en muchos casos puede ser compleja y susceptible racionalmente de muy variadas y hasta opuestas apreciaciones, al arbitrio judicial, sin que exista ni sea posible, tampoco, la preterminación de un criterio que le regule.

Descartados estos fundados reparos, la crítica no puede ser desfavorable al uso de estos medios subsidiarios, que evitan la división del dominio pleno en nuda propiedad y en usufructo, alejando los inconvenientes y riesgos económicos en cuanto á la administración, cultivo y producción de las fincas, á que es tan propenso el aprovechamiento de ellas por quien no tenga el título de dueño, realiza por completo la situación ideal de la libertad de la propiedad y la más fácil circulación de la riqueza, á la vez que suministra fórmulas de concordia á los antagonismos y con-

flictos posibles, y aun probables, entre los herederos y el cónyuge viudo, no sólo en la práctica de las operaciones particionales, sino aun después de aprobadas éstas en el tiempo que dure el usufructo viudal y su coexistencia con la nuda propiedad en los herederos.

Por el segundo párrafo del art. 838 se establece que «*mientras esto no se realice*, estarán *afectos* todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge viudo».

Ahora bien: ¿qué significa esta *afección general y temporal* de todos los bienes de la herencia, *mientras no se realicen* ninguna de las tres formas subsidiarias de pago de la cuota viudal que el párrafo primero de este art. 838 expresa, como *derecho* de los herederos, aunque necesitado de la *aceptación* del cónyuge viudo, ó, en su defecto, de la *decisión judicial* que las apruebe?

Algunos escritores han creído vislumbrar en ese precepto la introducción de una *hipoteca general y tácita*, ó por lo menos la de una *anotación preventiva* á favor del viudo (1), y aun alguna ley, como la Hipotecaria de Ultramar, de 14 de Julio de 1893 (2), desechó, desde luego, la idea de traducir semejante *afección* como equivalente de *hipoteca* y aceptó tan sólo, por la necesidad de respetar este precepto del Código civil (3), la introducción de un nuevo caso de *anotación preventiva* (4), y, por el contrario, se pronunció contra toda idea de aplicación alguna de la *hipoteca* al usufructo viudal, no ya sólo en estos casos de formas subsidiarias para su pago, establecidas por el citado segundo párrafo del art. 838, sino aun para la normalidad del mismo, equiparando dicho usufructo del cónyuge viudo al otro también *legal* de los padres ó madres sobre los

(1) «Aunque sobre los bienes pese, según este artículo, una especie de hipoteca tácita, como el derecho que se trata de asegurar es transitorio y la garantía es provisional, ó sea hasta tanto que se realice el pago al viudo de su cuota usufructuaria, la ley Hipotecaria de Ultramar entendió, y en nuestro sentir con razón, que bastaba al cónyuge sobreviviente para hacer efectivo el derecho que le concede el segundo párrafo del art. 838, obtener una anotación preventiva semejante á la que pueden pedir los legatarios, ya sobre la misma cosa legada, ya sobre otros cualesquiera bienes raíces de la herencia.—Morell y Terry, Estudios cit., *Rev. de Leg. y Jur.*, t. 55, pág. 403.

(2) En cuya redacción, discusión y aprobación nos alcanza la responsabilidad moral de haber intervenido como ponente en la Comisión de Códigos de Ultramar, y con igual carácter, como secretario de la parlamentaria en el Senado.

(3) Que aquélla no podía modificar ni derogar, sino que antes, por el contrario, se esforzó en concordar, llevando á su texto, literalmente transcritos, todos los artículos de dicho cuerpo legal que se relacionaban con su contenido propio, y principalmente los que ofrecían discordancias entre él y la anterior ley Hipotecaria, evitando, de este modo, la *antinomía* frecuente entre ambas leyes, que tienen igual fuerza, puesto que dicha Hipotecaria estaba declarada subsistente, sin restricción alguna, especialmente por los arts. 608 y 1.880 de aquél.

(4) Adicionándole en esta forma: Art. 42. «Podrán pedir anotación preventiva en el Registro público correspondiente ... 6.º El cónyuge viudo, por el derecho que le concede el art. 838 del Código civil.»

bienes de sus hijos en la *prohibición* que establece de semejante hipoteca de los mismos el art. 164 del Código civil y llevando (1) ambos al texto de aquella nueva ley Hipotecaria para las provincias de Ultramar; con lo cual, por cierto, dió por resuelta en sentido negativo la cuestión de que antes se trata, relativa á si dentro de la facultad de «*enajenar* por cualquier título aunque sea lucrativo», que el art. 480 reconoce á todo usufructuario, se debe considerar ó no comprendida en favor de éste la facultad de hipotecar el derecho de usufructo, y si, siendo dicho artículo aplicable al usufructo del viudo, puesto que tampoco tiene en el Código la excepción prohibitiva expresa del art. 164 respecto del usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos, debía considerarse ó no *hipotecable* dicho usufructo legal del viudo.

Como es visto, los redactores de la ley Hipotecaria de Ultramar, y de ello prestamos nuestro personal testimonio, profesábamos la opinión, llevada á aquella ley, de que por ser de la especie de los usufructos *legales*, el del viudo, como el del padre, y además por las complicaciones á que podía prestarse ó por su ineficacia relativa, atendida su condición precaria y temporal, debían ser igualados ambos en cuanto á la prohibición de ser hipotecados; ya que era inexcusable reconocer que, según los términos generales del art. 480 y el valor jurídico de la palabra *enajenar*, no podía ser tachada de arbitraria la interpretación que al mismo se da comúnmente de haber adoptado en esto un sentido contrario en absoluto al prohibitivo de hipotecar el usufructo, que inspiró ese núm. 7.º del art. 108 de la ley Hipotecaria de la Península.

Otros reputados comentaristas de dicha ley (2) se pronuncian en sentido opuesto hasta á la idea de que dicho precepto del Código deba producir una *anotación preventiva*; «El cónyuge sobreviviente, escriben, con relación al usufructo viudal, no es un legatario, sino un verdadero heredero, y en este concepto no tiene objeto la anotación preventiva de su derecho, que nadie puede burlar, ya que no se inscribirá en el Registro transmisión alguna de los bienes del causante sin que conste su consentimiento ... El cónyuge es un heredero con derecho, como todos los demás, á promover el juicio de testamentaria».

Otra opinión en contra de tal sentido hipotecario, como equivalencia del precepto de este segundo párrafo del art. 838 que examinamos, es la que se consigna en una interesante monografía, fundada en razones estimables, aunque no decisivas y más bien de cierto carácter conjetural (3),

(1) Art. 108: «No se podrán hipotecar ... 7.º El derecho de usufructo concedido por las leyes á los padres ó madres sobre los bienes de sus hijos y al cónyuge superviviente sobre los del difunto.»

(2) Galindo y Escosura, ob. cit., t. IV, pág. 337.

(3) Dice así: «Del precepto del Código parece deducirse la existencia de una hipoteca legal; pero ¿que ley la reconoce? No es posible crear á nuestro antojo esas hipotecas legales.»

y que contiene algunas deducciones relativas al influjo suspensivo que en la partición de la herencia tiene que producir, á su juicio, mientras no recaiga acuerdo entre los herederos y el cónyuge, ó se pronuncie decisión judicial sobre el empleo de los medios subsidiarios del pago de legítima viudal, establecidos por el segundo párrafo del art. 838 (1); pero obsérvese que, si bien tal circunstancia puede ser causa ocasional de semejante efecto suspensivo, la verdadera razón no es otra sino la de que siendo el cónyuge, por su legítima viudal, un *coheredero* y de carácter *forzoso* es, en todo caso, indispensable su conformidad para la aprobación de la partición, y, en su defecto, la resolución judicial firme, que á ello le obligue, cualquiera que sea la causa de su resistencia.

Algo más indecisa parece la consideración que merece este problema, á otro reputado autor (2).

tecias, sin otro fundamento para ello que esas palabras vagas del Código. La ley Hipotecaria, que es la llamada á regular á esta materia, no la establece; hace más, restringe el número de ellas á las que taxativamente se enumeran en el art. 157; el adverbio *únicamente*, que emplea el legislador, confirma esto. Y, sin embargo, el párrafo segundo del art. 833, al preceptuar que todos los bienes de la herencia estén afectos á la legítima viudal mientras no se pague ésta, quiere decir que sobre cada uno de dichos bienes pesa ésta de tal manera, que dondequiera que haya un bien de la herencia, estará obligado á responder del usufructo. ¿Qué es esto sino una hipoteca?...

»Si el legislador quiso conceder á los viudos una hipoteca legal sobre la herencia, no llevó á la práctica el pensamiento. Achacar esto á un olvido del que redactó la vigente ley Hipotecaria, es suponer cosas imposibles de suposición en el terreno legal y traspasar los límites de la regla de interpretación de las leyes, para entrar de lleno en las cuestiones que competen á los legisladores. El precepto legal, con toda su mala redacción, con toda su obscuridad, tenemos que aceptarle y buscar una solución dentro de él que nos conduzca á un fin que sea admisible dentro del mismo Código, y que no pugne con lo establecido en él y en otras leyes especiales. Para nosotros, pues, la hipoteca se quiso establecer, pero se detuvo el legislador en mitad del camino.» Valverde y Maruri, ob. cit., pág. 47.

(1) Á este propósito, alega el Sr. Valverde y Maruri en esta forma: «El artículo supone que la herencia no se ha dividido aún entre los herederos. Esta suposición es necesaria: sin ella no es concebible el precepto, porque no es posible que los bienes de una herencia divididos y adjudicados sigan afectos al usufructo viudal, respondiendo de él sin ocuparse para nada del actual poseedor de dichos bienes, como si sobre todos pesara una de nuestras antiguas hipotecas legales. Es indudable que este fué el pensamiento del legislador, pero el precepto que examinamos no lo dice, ni lo dice tampoco ninguna de nuestras leyes especiales. En el precepto no se dice que los bienes han de permanecer pro indiviso mientras no se asigne al viudo su cuota. Sin embargo, para nosotros es indudable esto. Los bienes de la herencia no podrán dividirse ni adjudicarse mientras los herederos y el cónyuge no lleguen á un acuerdo ú obtengan los primeros un mandato judicial.»

(2) Que sustancialmente se expresa así: «¿Es necesario al viudo una garantía mayor que la que la ley le ofrece al asignarle una parte de la herencia en usufructo, y qué garantía es ésta?»

La mayoría de los comentaristas se deciden por la falta de necesidad de dicha garantía, alegando como argumentos de carácter legal el que tanto el Código como la

Fué objeto este tema de notables trabajos académicos (1), en los cuales, con grandes convencimientos de ambos discursantes y con raciocinio jurídico y legal pertinente, se rechazó la especie de que dicho precepto pudiera traducirse por *hipoteca* ni siquiera por *anotación preventiva* (2).

ley de Enjuiciamiento, al considerar el primero al viudo como legitimario, no le puede hacer de mejor condición que á los demás, y la segunda, por el mismo motivo, le concede derecho como á los coherederos para promover el juicio voluntario de testamentaria, sin que haya en ambas leyes ninguna otra disposición que autorice la concesión de garantía especial.

»¿Quién no ve lo ilógico de la consecuencia? Ó la ley concede ó no esa garantía. Tanto en uno como en otro caso sobran los argumentos, pues lo que hay que discutir no es si debe haber ó no garantía, sino si ésta existe establecida en la ley.

»Otros argumentos hay de la misma índole que los anteriores: fundados en que el art. 838 no puede conceder una hipoteca general tácita por la razón de que la ley Hipotecaria estableció los caracteres de especialidad y publicidad, y además, porque ésta, en su art. 168, enumera las hipotecas legales y no menciona entre ellas la del cónyuge viudo. El art. 838 tampoco pudo pensar en dar al viudo derecho á pedir la anotación preventiva, porque la ley Hipotecaria sólo concede este derecho á los legatarios de cosa específica, pero nunca á los de parte alicuota, que pueden promover el juicio voluntario de testamentaria.

»¿Cómo había la ley hipotecaria de comprender derechos, hipotecas ó anotaciones, cuya razón de ser no existía al publicarse ésta?

»Al legislador, como tal, compete fijar los derechos civiles de las personas, y, por lo tanto, pudo perfectamente en el Código crear una hipoteca legal que garantizase los derechos legitimarios del cónyuge viudo, aun cuando fuese modificando la ley Hipotecaria, como podía hacerlo. La cuestión está en saber si lo hizo ó no. Atendido el texto de la ley, esa garantía existe, puesto que el art. 838 declara *afectos* todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al viudo. No afecta todos los bienes al usufructo como parecía natural y bastante; ya que recae sobre todos los bienes mientras subsista la indivisión y no se haga recaer el gravamen sobre bienes especiales, los afecta al pago; por cuyo motivo entiende que se trata de una garantía para asegurar el pago de lo que, si bien puede ser un derecho real, autoriza la ley para que se convierta en una obligación de los herederos propietarios; y como ese derecho de garantía nace al nacer el derecho á la legítima del viudo y se extingue al realizarse su pago, en cuanto se determinan los bienes sobre que recae el usufructo ó en cuanto se asegura al cónyuge cualquiera de las otras formas supletorias, es visto que se trata de una garantía provisional, interina y general sobre todos los bienes; y para la mayoría de los comentaristas, no de una hipoteca, ni de una anotación, ni de garantía alguna excepcional, sino tan sólo del mismo derecho real de usufructo que afecta á todos los bienes de la herencia, dondequiera que estén; así como cuando los herederos determinan sustituirle por otro derecho, ya no será aquél derecho real, pero el mismo subsistirá gravando todos los bienes hasta que el propósito de los herederos se convierta en realidad; ese es el sentido predominante en el art. 819 del Código civil de Italia que sirvió de precedente que inspiró el 838 del nuestro.»—Manresa, ob. cit., págs. 475 á 477.

(1) Discursos leídos por D. Darío Bugallal y Araujo y D. José Montaut y Trigueros en la sesión pública celebrada el 27 de Marzo de 1895 en la Academia Matritense del Notariado, sobre la tesis *Garantía de la legítima del cónyuge viudo* (art. 838, párrafo segundo del Código civil).

(2) Á juicio de estos expertos profesionales en la práctica notarial, además de muy

Se declara más propicio á este último criterio expuesto otro distinguido comentarista, aunque con la protesta de cierta variación en algún punto doctrinal (1).

Los pareceres extractados, á título de autorizada *información doctrinal*, sobre el verdadero sentido y alcance del párrafo segundo del art. 838 permiten, no sólo apreciar bien los términos de ese problema de exégesis, sin reproducir ni modificar en algo sus alegaciones, sino que consienten, á partir de aquéllos, pronunciarse en favor de un juicio, que puede resumirse ya en breve expresión.

Á la vista del párrafo segundo del art. 838, no negando á su texto el valor que le corresponde por su letra y su relación lógica con otros del Código en la materia especial de *legítima del viudo*, á que los mismos se refieren, sistema á que obedecen en el conocido pensamiento del legislador y fuentes legales extranjeras que le sirvieron de modelo, son indudables las siguientes conclusiones:

1.<sup>a</sup> Que en dicho artículo no se establece cosa semejante ni parecida

distinguidos letrados, la frase *estar afectos* significa: «Que mientras no se pague al viudo su legítima, no podrán los demás herederos considerarse dueños absolutos de los bienes de la herencia, privilegio de que no disfrutaban los acreedores de la misma, que pueden ver burlado su derecho por las enajenaciones de los bienes hereditarios que los herederos realicen; que dondequiera que existan los bienes que compongan la universalidad, allí estará en todas y en cada una de sus partes el derecho del viudo, intangible, invisible, pero enérgico y en toda su plenitud, clamando por la satisfacción del derecho no realizado: en todas y en cada una de las partes de los bienes y derechos de la herencia, estará latente, pero en toda su firmeza, el usufructo de una parte alicuota, que puede ser insignificante respecto de alguna cosa determinada y nimia de la universalidad, pero que las abarca todas absolutamente, mientras no se satisfaga al viudo su legítima, ya en usufructo, ya de cualquiera de los modos que como optativos establece el párrafo primero del repetido art. 838.» Y se añade: «Porque nótese bien, que, primeramente (en los arts. 834 al 837) se establece como derecho ordinario del viudo una parte alicuota de la herencia en usufructo. Después, y por excepción (en el párrafo primero del art. 838), se autoriza á los herederos para que, previo convenio, satisfagan al viudo su legítima por medio de una renta vitalicia ó los productos de determinados bienes ó un capital en efectivo. Y en seguida se añade: *mientras esto no se realice*—es decir, mientras no se sustituya el usufructo de parte alicuota, que es la forma ordinaria que deja establecida, por cualquiera de las otras tres que propone—, *estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago*, no de la legítima en general, que podría ser en cualquiera de esas tres formas preindicadas, sino precisamente al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge viudo.»

(1) Scævola, ob. cit., t. XIV, págs. 721 y 722, quien entiende: «que en el hecho de tratarse de un mero usufructo por título hereditario, es menester afirmar la existencia de un derecho real inscribible y con efectos contra tercero, y que el art. 838 sólo viene á repetir este concepto, si bien en forma demasiado vaga é indeterminada, que como tal derecho real gravará sobre todos y cada uno de los bienes hereditarios (muebles é inmuebles) hasta que no se localice en bienes determinados, pudiendo el viudo, antes y después de la partición, dirigir su acción contra el poseedor de cualquiera de ellos; lo cual es contrario á toda idea de anotación preventiva, puesto que, tratándose de un derecho real *nativo*, tiene por sí mayor virtualidad que la anotación».

á un derecho de *hipoteca*: porque, en otro caso, se hubiera designado con este nombre; no sería adecuado para fines tan pasajeros y circunstanciales; le faltaría base cierta de liquidación y determinación de cuantía; sería contrario á todas las bases en que descansa nuestro sistema legal hipotecario; y, además, realmente innecesario.

2.<sup>a</sup> No era tampoco, ni quizá debiera serlo, caso de *anotación preventiva*, por algunas de las razones anteriores y porque pugna, también, aparte su falta de absoluta necesidad, sin que pueda negarse su relativa utilidad, con el régimen legal de nuestra ley Hipotecaria antes de la última parcial reforma de que ha sido objeto y de la de Enjuiciamiento civil, puesto que la primera negaba semejante derecho á la anotación á los que, siendo herederos de parte alicuota, pueden promover el juicio voluntario de testamentaria, que la segunda les otorga y precisamente, á los que en ésta se priva de ese derecho es á aquellos á quienes, en sustitución, por carecer de esa garantía, se les reconoce aquel de la anotación preventiva; el cónyuge viudo es un coheredero y tiene su legítima regulada por el criterio *cuantitativo* de *cuota ó parte alicuota* de la herencia y no necesita, de modo *indispensable*, para estar garantido su derecho de usufructo legal, del medio especial de la anotación.

3.<sup>a</sup> Que, correspondiendo al cónyuge viudo un *derecho real* de usufructo, por razón de su legítima, en aquellos bienes y en la cantidad de los mismos que cubra la cuantía de aquélla, determinada previamente por la ley, según los casos, parece una redundancia inútil, y tal vez peligrosa, la de otorgarle un nuevo derecho real, en garantía de aquél, transformando su naturaleza en la de *crédito hipotecario*, ó, si se pretendía que coexistieran ambos derechos reales, se daría lugar á una situación jurídica irregular, de verdadera incompatibilidad ó dualidad injustificada de los dos derechos reales, sobre iguales cosas y á favor de la misma persona; pues, para el efecto de la seguridad en el pago de su cuota viudal, por razón de la legítima que la ley le reconoce, basta al cónyuge viudo con el derecho real de usufructo, que *in genere* le pertenece y subsiste sobre todos los bienes de la herencia, mientras la operación particional no se haga y se apruebe con su *indispensable* intervención y conformidad y le corresponde la acción real que á todo sujeto de esta clase de derechos le atribuyen la calidad y eficacia de *reales*, en los mismos, en este caso contra sus coherederos y demás partícipes con derecho á los bienes de la herencia, por cualquier título, ó contra terceros poseedores.

4.<sup>a</sup> Que el verdadero sentido y alcance de dicho párrafo segundo del art. 838, no es otro que el de mantener y declarar subsistente la garantía legal necesaria de carácter *específico*, y no *similar* de ninguna otra de las comunes y generales del Derecho, en favor del cónyuge sobreviviente, por su legítima viudal en usufructo, *mientras* se realiza el *pago* de aquélla y entra en posesión de dicho usufructo ó de las formas suple-

torias del referido *pago* de legítima, ó sea, nada más, hasta que realice la consumación jurídica de su derecho legitimario *perfecto*, desde que falleció su consorte, y *no consumado* en tanto que no se le satisfaga, en la forma normal del usufructo que á su favor establece el art. 834, ó por las anormales y de excepción del 838; para lo cual, basta la declaración legal de este último, unida á la circunstancia de su calidad de heredero, que hace indispensable su intervención y aprobación en la partición de la herencia, según se ha dicho, que otros preceptos legales (1) exigen, cuyo cumplimiento hace imposible que los demás herederos é interesados en la sucesión puedan formalizar la operación particional de liquidación, distribución ó formación de haberes y adjudicación de bienes de la herencia, ni ostentarse dueños de ellos, dentro ni fuera del Registro de la propiedad, ni sustraer especialmente los inmuebles á las responsabilidades del pago de la cuota viudal, sin necesidad, para que subsista esta garantía del pago de la misma y su eficacia contra los demás partícipes de la herencia ni contra terceros, de que sea objeto de especial anotación ó inscripción en el Registro respecto de los inmuebles y derechos reales en ellos constituidos, que formen parte del activo del caudal hereditario. Además, esta solución, lo sería respecto de los inmuebles y derechos reales en ellos constituidos, pero no cuando todos, muchos ó algunos bienes de la herencia fueran muebles, ó, como es frecuente, valores mobiliarios de importancia; por lo cual siempre resultará una garantía insuficiente, por *parcial*.

5.<sup>a</sup> Que, en su consecuencia, la *afección* de todos los bienes de la herencia al *pago* de la parte de usufructo que en la misma corresponde al cónyuge viudo, sólo *mientras* no se realice dicho pago por cualquiera de las tres formas supletorias del primer párrafo del art. 838, no es una garantía establecida para el mismo *usufructo* viudal ó *legítimo* del cónyuge superstite en *todos los casos y formas* de efectividad del mismo, sino sólo en los de *excepción* y supuestos de dicho precepto legal, para asegurar la efectividad de esas *tres formas subsidiarias* de la *común*; y, por tanto, no es tal garantía del propio derecho de *usufructo* ó *legítima* viudal, sino del *pago*, y sólo cuando se traten de emplear esos medios de excepción; según bastaría á demostrarlo, que no existe para los casos en que se emplea la forma normal ó común del mismo usufructo, y que cuando el Código la establece, su duración, como tal garantía especial, está limitada con las palabras «mientras esto no se realice»; es decir, mientras, en sustitución de su usufructo, no se haya establecido, de modo real y definitivo, la asignación de renta vitalicia ó de los productos de determinados bienes ó se le haya entregado

(1) Arts. 1052 y 1057, Cód. civ.; arts. 20, 23, 24 y concordantes, L. Hip. y Regl.; y artículo 1038, núms. 1.º y 2.º, L. de Enj. civ.

un capital en efectivo y pueda *reputarse pagado de su legítima*, por cualquiera de estas tres formas supletorias; *únicas*, por cierto, que pueden emplearse en reemplazo del propio usufructo viudal y en los términos antes explicados.

Todo lo anteriormente expuesto hasta aquí, como resumen de información doctrinal y profesional, lo primero, de comentaristas y letrados, así como lo segundo, acerca de los fundamentos del juicio jurídico que el problema nos ha merecido, y el resultado de una fiel exégesis de los textos legales, tanto del Código como de las leyes Hipotecaria y de Enjuiciamiento civil, vigentes en su integridad hasta fecha muy reciente, en que han sido algunos de aquellos modificados, cede el paso y ha de subordinarse, en la esfera del Derecho positivo en vigor en estos momentos, á la *novedad* de última hora, resultado de la reforma parcial de la ley Hipotecaria, llevada á cabo por la de 21 de Abril de 1909, que, si en su texto primitivo no contiene expresa semejante novedad, en cambio ha sido causa de ella con motivo de la autorización que la *sexta* de sus disposiciones *transitorias* otorga al Ministerio de Gracia y Justicia para hacer, en el término de ocho meses, y publicar, una nueva edición oficial de dicha ley, con un margen de facultades tan amplio que llega hasta una verdadera *delegación legislativa*, en cuanto inviste de atribuciones para *suprimir* los artículos que *estén derogados* por el Código civil y por la dicha ley de reforma parcial de la Hipotecaria y para *armonizar* los textos restantes *que resultasen contradictorios é incluir en el lugar oportuno las disposiciones contenidas en los artículos de dicha ley y de otras anteriores que hubieran modificado la citada Hipotecaria*.

Hemos de repetir, una vez más (1), que salta á la vista lo excesivo, desusado y peligroso de semejante extraordinaria autorización, por la cual el Poder Legislativo se despoja de su inalienable soberanía con tan amplia delegación en el Ejecutivo y sin otra limitación y garantía que la de la discreción é ilustración presuntas, y desde luego ciertas, de los dignos funcionarios de aquel Ministerio á quienes se confiara tan delicado encargo y de su Ministro, pues, no obstante la acreditada pericia de todos, quedan siempre en pie la manifiesta infracción constitucional y el evidente riesgo de que función tan importante, como la legislativa, venga á ser ejercida sin intervención parlamentaria, ni siquiera pública en su ejecución, aunque sí realizada á título *oficial*, que no es esencialmente lo mismo, ofreciéndose un nuevo caso, más grave que ninguno otro de los anteriores, de acudirse á tales extraños *métodos legislativos de gobierno* que, en esta ocasión como en otras, impugnamos parlamentariamente (2).

(1) Consignamos nuestra opinión sobre tan delicado punto en el núm. 79, cap. 5.º y en el núm. 20, cap. 7.º de este tomo.

(2) Sesiones del Senado de 8 de Junio de 1904 y 30 de Mayo de 1908.

Por cierto, que en este supuesto de que se trata, igual que en otros, obra el Poder Ejecutivo sin más base que la de su arbitrio y juicio, llevando á la ley Hipotecaria textos, en efecto, concordantes y en esta hipótesis, procedentes, derivados del Código civil, sin que en la *ley de origen* de la reforma, que es la de 21 de Abril, se haya escrito ni una sola letra sobre tal extremo, como sobre otros muchos que aparecen *legislados* en la citada *edición oficial* de la ley Hipotecaria última y vigente. El sistema no puede ser más funesto, censurable ni original, y nunca practicado con semejante excepcional amplitud.

Pero sea de ello lo que quiera, esa importante novedad, que es forzoso acatar, y por nuestra parte consignar aquí fielmente, consiste en que, para fijar el sentido y alcance del segundo párrafo del art. 838 del Código civil, en cuanto prescribe que, mientras no quede satisfecho por cualquiera de los medios legales el cónyuge sobreviviente «estarán *afectos* todos los bienes de la herencia» al pago de la legítima vidual, se ha adicionado, al reformar recientemente de modo parcial la ley Hipotecaria, el art. 42 de la misma, intercalando, en los casos que menciona y con el número *sexto*, lo siguiente: «Art. 42. Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro público correspondiente...» «*Sexto. El cónyuge viudo, por el derecho que le concede el art. 838 del Código civil*», satisfaciendo con ello el propósito de desarrollo y concordancia de la ley Hipotecaria, con este artículo y *traduciendo*, como se ha hecho, la indicada frase del mismo, antes transcrita, por *el derecho á pedir la expresada anotación preventiva*, copiándolo de la ley Hipotecaria para Ultramar, y haciéndolo figurar en el lugar referido de la edición oficial de aquella ley Hipotecaria, reformada y publicada por Real decreto de 16 de Diciembre de 1909; quedando así establecido el *Derecho vigente* sobre esta materia.

CUARTA. *Respecto de la legítima de los hijos naturales.*

174. Con aplicación á esta materia sólo pueden citarse los artículos 843 y 847.

El 843, en cuanto declara que «los derechos reconocidos á los hijos naturales en los precedentes artículos se transmiten por su muerte á sus descendientes legítimos», ha sido ya objeto de la debida explicación (1).

El 847 dispone que «las donaciones que el hijo natural haya recibido en vida de su padre ó de su madre, se imputarán á la legítima.

»Si excediesen del tercio de libre disposición, se reducirán en la forma prevenida en los arts. 817 y siguientes».

Ya dejamos dicho (2) al explicar el art. 819, en relación con los 817, 818 y 820 al 822, que este art. 847 no quiso otra cosa, á pesar de su apa-

(1) Núms. 73 y sigs. de este capítulo.

(2) Núm. 115 de este capítulo.

riencia de especial y su numeración aparte, que reiterar igual doctrina que la establecida por aquellos para los demás herederos forzosos, en cuanto al deber de colacionar las donaciones que hubiese recibido en vida de su padre ó de su madre, llegado el tiempo de la sucesión *mortis causa* de éstos, en idénticos términos, aunque con la única diferencia del tipo legal de cuantía de su legítima.

No lo entiende así, sin embargo, algún distinguido comentarista (1), que al hacer especial impugnación de la de otro que no lo es menos (2), mantiene, en sustancia, la doctrina de que lo dispuesto por el art. 847 ha de entenderse de esta suerte: «Las donaciones recibidas por el hijo natural en vida de su padre ó de su madre se imputarán en la legítima que á éste corresponda, según la clase de herederos con quienes concurrirá en la sucesión de aquéllos, sin que, en ningún caso, sean éstos forzosos, voluntarios ó legatarios, dejen de reducirse aquellas donaciones, si exceden de dicha legítima; ó lo que es lo mismo, que en lo que las donaciones que los hijos naturales reciban de sus padres en vida de éstos excedan de la legítima de esos hijos, éstos se consideran extraños. ¿Caben en la parte libre, sea un tercio ó sea más ó menos?; pueden subsistir. ¿No caben?; han de reducirse como las donaciones hechas á extraños por inoficiosas. No creemos posible otra interpretación.»

Con respeto á opinión tan ilustrada, disintimos completamente de ella, juzgándola inadmisibles y considerando equivocados los pretendidos fundamentos en que se apoya.

Son sus errores, á nuestro juicio, los siguientes:

1.º El suponer, por regla general y doctrina corriente, la de que la reducción de las donaciones hechas en vida por un testador á sus herederos forzosos, y por consecuencia de la obligación de colacionarlas, ha de hacerse mirando sólo y exclusivamente á la cuantía de la legítima del donatario, é imputadas que sean en ella, en *todo caso*, han de reducirse si exceden de la misma, perjudiquen ó no á otros herederos forzosos y sean de la clase de éstos ó extraños ó aun legatarios los que con él concurren á la herencia y haya el testador ó no dispuesto en su favor de la parte libre de la misma, la cual debe quedar íntegra para las aplicaciones testamentarias ó legales procedentes y, por consiguiente, reducirse ó revocarse la donación hecha al hijo natural en vida del padre ó madre en lo que exceda de su legítima, trayendo el exceso de aquélla á *integrar* la parte libre y distribuirse entre los partícipes á quienes corresponda.

Es verdad que la medida estricta ó el tipo mínimo á que debe reducirse una donación colacionable es la de la legítima del donatario, ya que ésta no se puede menguar bajo ningún concepto; pero también es

(1) Manresa, ob. cit., págs. 520 á 523.

(2) Scævola, ob. cit., t. XIV, pág. 845 á 852.

verdad que, al afirmar lo que afirma Manresa, se olvida de otro factor legal inexcusable, cual es el de que tal reducción sólo ha de hacerse cuando de no hacerlo se perjudiquen las legítimas de los demás herederos forzosos, y en la medida de lo necesario para que éstas no se mengüen.

No basta, en efecto, atender á la primera verdad ó factor de la obligación de colacionar, ni á la ficción jurídica de que las donaciones hechas en vida á herederos forzosos del donante, se reputan un anticipo de su legítima y sólo en la cuantía de ellas se presumen, *ipso iure*, subsistentes é irrevocables y no obligadas á reducirse sino cuando traspasan ese límite, sino que es preciso no prescindir del otro término de la ecuación jurídica y legal que constituye esta doctrina de la colación y reducción de donaciones, cual es el fin de la misma de que no perjudiquen la legítima de los demás herederos forzosos, en cuyo único caso la reducción se impone. Esto quiere decir que la obligación de *traer á colación* esas donaciones es siempre el factor de la liquidación y fijación de las legítimas, pero la de la *reducción* de aquellas al tipo mínimo de la legítima del donatario, no procede sino cuando, de no reducirlas, se perjudicaran las legítimas de los otros herederos forzosos.

Tomar en cuenta un factor y prescindir del otro, es mutilar la doctrina y desintegrar la tesis legal, percibiendo de un modo incompleto, y por tanto inexacto, el fenómeno jurídico de la *colación y reducción* de esas donaciones, y á la vez con el doble error de no distinguir, como el Código distingue, entre las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos (art. 817) y las donaciones hechas á los hijos que no tengan el concepto de mejoras, las cuales se imputarán también en las legítimas de los donatarios, pero «se respetarán mientras pueda cubrirse la legítima», no del donatario, que no siempre es de prelación inexcusable, y por ello se le mandan imputar en la legítima, sino la de los demás herederos forzosos, hasta el punto de que para que aquellas donaciones sean respetadas previene antes el Código que sean *reducidas ó anuladas*, «si necesario fuere, las mandas hechas en testamento» (arts. 819, párrafo primero, y núm. 1.º del 820).

2.º En que se olvida también ó se confunde lo dispuesto, con criterio diferente al anterior, respecto de las donaciones hechas á extraños, que esas sí han de imputarse, á la vez que la tienen por medida máxima, á la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad, obedeciendo precisamente al mismo principio capital de la doctrina de la colación y reducción de donaciones, cual es el que no perjudiquen la legítima, y la perjudican en todo lo que excedan de la parte de libre disposición (arts. 819, párrafo segundo, y núm. 1.º del 820).

3.º En que la referencia hecha por el art. 847 al 817, que invoca este escritor, y que dice «suministran datos bastantes para comprender su

idea», parte del doble error de suponer que el 817, concretado á las *disposiciones testamentarias* que mengüen la legítima y no á las *donaciones*, dice lo que no dice y, además, el de que esa *llamada* al art. 817, como la denomina, no es sólo á este artículo, sino que el 847 añade «y siguientes», esto es, también al 818, 819, 820, 821 y 822 y, por consiguiente, como se trata de donaciones á herederos forzosos, como son los hijos naturales, en este problema á lo que hay que atender y referirse no es al 817 ni á ninguno de los otros, excepto el 819, párrafos primero y tercero y los dos primeros números del 820, que son los únicos pertinentes y aplicables al caso, siendo estéril la cita de los demás.

4.º En que es completamente gratuita la afirmación que se hace, en el pasaje que antes transcribimos, de que los hijos naturales deban considerarse como extraños en todo lo que las donaciones que hubieran recibido de sus padres excedan de su legítima; é igualmente gratuita *por incompleta* y sobradamente general, la conclusión alternativa de que si caben dichas donaciones en la parte libre subsistirán y si no caben han de reducirse como las demás hechas á extraños por inoficiosas; todo lo cual pugna con lo dispuesto por dichos arts. 819 y 820 y sus concordantes 636, 644, 655 y 656.

5.º En que tampoco es exacto lo que, quizá por involuntario error, se dice en otro pasaje, imputándolo á la opinión contraria, de que «si queda un solo hijo natural y los herederos *no son voluntarios*—¿habrá querido decirse *son voluntarios*?—no viene aquél obligado á colacionar».

6.º En que visiblemente se exagera ó entiende mal el principio jurídico de presumirse toda donación á heredero forzoso *anticipo de legítima*, en tanto que se da á entender ó se supone que á este solo principio, ó mejor ficción, habrá que atenerse para resolver cuándo y en cuánto procede la reducción de dichas donaciones, haciéndole factor exclusivo de la misma, y, olvidándose, según se ha dicho, del capital de la doctrina, en el que se resume toda la finalidad de ella, ó sea *en que se perjudiquen ó no, sin esa reducción, las legítimas de los demás herederos forzosos*.

7.º En que es igualmente extraño é inaceptable, por falta de toda justificación, lo aseverado después del ejemplo que se invoca, en el caso de aquél, de tratarse de un hijo natural, en sucesión testada, cuyo testador no tenía otros herederos forzosos, é instituyó como voluntario á un hermano el hijo natural, debía imputar la donación recibida á su legítima, y sólo percibir de la herencia el complemento de la misma, teniendo el hermano derecho á todo lo restante del caudal, aduciendo como único fundamento de semejante inadmisibles resultado, «porque de ellas—es decir, de todo ese resto—pudo disponer libremente el testador sin menguar la porción forzosa»; y añade: «otra cosa sería conceder á los herederos forzosos, además de su legítima, un privilegio ó preferencia sobre la parte libre, que no autoriza texto legal alguno». Para lo que no creemos existe,