

usufructo, el remedio legal será el del art. 1.069, según el cual, «hecha la partición, los coherederos están recíprocamente obligados á la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados»; ni, tampoco, parece generalmente posible la prescripción, por la naturaleza legal de este derecho, que es exclusivo del cónyuge sobreviviente, y la improcedente aplicación por supuesta analogía del núm. 1.º del art. 1.966, que establece la prescripción de cinco años para lo que alguien pudiera considerar como algo análogo, que no lo es, como el pago de pensiones alimenticias, que ordinariamente será un derecho y una acción personales, mientras que el viudo tiene un derecho y una acción reales.

Las únicas prescripciones aplicables serán dos: la *communi dividundo* contra todos los herederos, incluso el viudo, mientras la herencia permanezca en la *proindivisión*; y la de *posesión* por el transcurso de un año de la acción para recobrar ó retener la posesión, según el núm. 1.º del art. 1.968 del Código, en armonía con el 1.653 de la ley de Enjuiciamiento civil, respecto de la posesión ó disfrute de alguna de las cosas usufructuadas; pero nunca del derecho de usufructo, ni menos del dominio ó de la nuda propiedad en ninguna de ellas, inmuebles ó muebles, en que el usufructo del viudo consista, porque el dominio pleno está dividido entre él y los herederos adjudicatarios de la nuda propiedad, á no ser que la prescripción se haya efectuado conjuntamente de ambos derechos y sea imputable y consumada respecto de los dos (arts. 513 á 522):

b. *Extinción total formal ó con sustitución por equivalentes*, cuyas causas son:

- 1.ª La asignación al viudo de una renta vitalicia.
- 2.ª La de los productos de determinados bienes.
- 3.ª La entrega de un capital en efectivo.

Todas ellas, cuando se realizan por *mutuo acuerdo* ó, en su defecto, por *decisión judicial*, producen en realidad la extinción del derecho de usufructo á favor del cónyuge sobreviviente; pero es porque se le reemplaza por cualquiera de esas tres formas ó medios supletorios (art. 838).

181. SEGUNDO. *Respecto de los hijos naturales.*

a. *Extinción total real.* Por las causas comunes.

b. *Extinción total formal.*—Se realiza cuando, por usar los hijos ó descendientes legítimos de su derecho, se paga la legítima del hijo natural en dinero ó en otros bienes de la herencia, á su justa regulación (art. 840, segundo párrafo).

c. *Extinción parcial real*, que puede ser: de *cantidad*, de *cantidad y calidad*, y de *tiempo*.

1.º De *cantidad*, si no cabe la legítima de los hijos naturales en lo que quede del tercio de libre disposición, deducidos previamente, *siempre*, los gastos de entierro y funeral, cuando concurre con hijos ó descen-

dientes legítimos ú otros hijos naturales legalmente reconocidos (art. 840, párrafo primero).

2.º De *cantidad y calidad*, cuando concurriendo con ascendientes legítimos se le adjudica en *nuda propiedad* lo que le falta de la cuarta parte de la herencia, que es su legítima, para completarla, mientras viviere el viudo, y dejar á salvo la integridad del usufructo viudal, que es preferente (art. 841, segundo párrafo).

3.º De *tiempo*, en el mismo caso anterior, ya que hasta morir el viudo y consolidarse el usufructo en el hijo natural con la parte que se le adjudicó en nuda propiedad, mientras viviere aquél, está durante todo ese tiempo sufriendo una extinción parcial de la legítima, en cuanto desaparece aquélla y se completa ésta, al extinguirse el usufructo viudal por la muerte del cónyuge.

182. TERCERO. *Respecto del padre ó madre naturales.*—Por *reciprocidad*, que declara la ley, les es aplicable en los términos explicados (1) la doctrina antes expuesta, según sea posible, en los mismos casos que para los hijos naturales (art. 846).

183. CUARTO. *Respecto de los hijos legitimados por concesión Real.*—Se equiparan á los naturales (art. 844).

ART. III

RÉGIMEN VIGENTE

§ 1.º

Criterio de transición.

184. REGLAS DE DERECHO:

Primera. El *criterio de transición*, con relación á esta importante materia de las *legítimas*, se integra, además de por las disposiciones transitorias de carácter general, *primera á cuarta*, y la generalísima *décimotercera*, por la especial *duodécima*, que es la de singular aplicación á la misma, completada ya con otras que va ofreciendo la jurisprudencia (2) sobre determinados puntos, tales como legítima del cónyuge viudo, de los hijos naturales y de los legitimados por concesión Real, en relación á casos cuyos supuestos de hecho, tiempo y régimen legal vigente, que les comprende, según su fecha respectiva anterior y posterior á la en que empezó á regir el Código civil, constituyan y puedan dar lugar á problemas de *transición*; pues, si bien es cierto, por lo que á la jurisprudencia se refiere, que ésta y la doctrina que establece han perdido, con el Código, el carácter de *fuerza legal* del Dere-

(1) Núms. 106 y 175 de este capítulo.

(2) Inserta en el núm. 25 de este capítulo.

cho de Castilla, siempre será esto un precedente y factor técnico de hecho, que es racional esperar se reitere y reproduzca en ocasiones análogas sucesivas, si es que no se elevan sus declaraciones, para atribuirle aquella condición perdida de *fuerza legal*, á la categoría de tal, como expresión de *principios generales del Derecho*, aplicables, en defecto de ley que exactamente lo sea al punto controvertido, y de costumbre del lugar, á tenor de lo preceptuado en el artículo 6.º del Código.

Segunda. Como ha variado el Código el tipo de la *cuantía de las legítimas*, con relación al Derecho anterior, al tratar de aplicar la doctrina de la agregación al activo de la herencia de las donaciones colacionables, según el art. 818, y reducirlas, conforme al criterio legal de los arts. 654 y 817 y á las reglas del 820 al 822, cuando se trate de donaciones hechas antes de regir el Código por donante y testador, que murió este último después de hallarse éste vigente, se podrá dudar, si dicha reducción de legítima ha de hacerse tomando por *tipo* las de la legislación anterior ó las establecidas por el Código.

En apoyo de la primera solución puede invocarse la consideración de que el régimen vigente en materia de *cuantía de legítimas*, al hacerse la donación que después se reduce cuando muere el testador, publicado ya el Código, era la legislación precedente; y el derecho del donatario y el de los herederos forzosos parece que debía regularse por la misma; pero fortalece la segunda la observación de que el derecho de legítima no se hace efectivo ni pasa de ser una mera expectativa hasta que se causa la sucesión por la muerte del testador, y, por consiguiente, mal puede hablarse de verdadero *derecho adquirido* por el donatario ni por los demás herederos forzosos, en favor de cuya integridad de su legítima ha de hacerse aquella reducción, hasta que llegue ese momento, en el cual se halla ya rigiendo el Código, y no sólo debe imperar, por este motivo, su régimen jurídico sobre el de la legislación anterior, sino que, además, la regla *duodécima* de las *disposiciones transitorias* ordena que «los derechos á la herencia del que hubiere fallecido, con testamento ó sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior; pero la herencia de los fallecidos después, sea ó no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código, pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias»; es decir, nunca en su contradicción, y menos cuando añade, «se respetarán, por lo tanto, las legítimas, las mejoras y los legados, pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar á cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código».

Tenemos por indudable esta segunda solución, como preferente y más legal, á pesar de que existen ilustradas opiniones en contrario (1).

(1) Manresa, ob. cit., t. VI, págs. 327 y 328.

Tercera. El propio *criterio de transición*, y por iguales razones, ha de aplicarse en cuanto al *tiempo* á que ha de referirse el *valor* de los bienes en que consistan las donaciones *colacionables* hechas antes de regir el Código y colacionadas después; á las cuales ha de aplicarse el del valor que tuvieren dichos bienes al tiempo de hacerse la donación, según previene el art. 818 de aquél, y no el criterio legal de las leyes recopiladas, que permitían escoger al donatario, por dote ó donación *propter nuptias*, entre el tiempo del otorgamiento de éstas ó el de la muerte del testador.

Cuarta. Respecto de la *legítima viudal* que el Código establece y su *compatibilidad* con el legado del quinto ó cualquiera otra manda comprendida en el mismo, que, según la legislación anterior, hubiera ordenado en su testamento de fecha precedente á 1.º de Mayo de 1889, en favor del superstite, el cónyuge premuerto, que falleció después, dicha *compatibilidad* entre ambos derechos de legítima y de otro legado en favor del cónyuge sobreviviente está declarada y admitida por la jurisprudencia (1), sobre cuyo importante problema transitorio se disertó también con extensión en la Memoria anual del Tribunal Supremo (2).

(1) Sent. de 21 de Febrero de 1900, inserta en el núm. 25 de este capítulo.

(2) Refiriéndose á una cuestión surgida sobre la aplicación de la regla *duodécima* de las transitorias del Código civil, resuelta por el Tribunal Supremo en un caso de testamento otorgado por mujer casada, antes de hallarse vigente aquél, la cual falleció después que ya lo estaba, en el que se dejaba á su marido, con el que se había casado en segundas nupcias, el usufructo del quinto, á sus nietos la propiedad del mismo y á su hijo, habido en el primer matrimonio, los cuatro quintos restantes de la herencia, se suscitaron dudas sobre la manera como había de cumplirse esta última voluntad, y una de ellas sobre si debía declararse subsistente el legado de quinto, y en la Memoria del Supremo, del año 1900, se lee:

«Cuando fué otorgado el testamento que favorecía al cónyuge viudo con el legado de quinto, ningún derecho legitimario tenía, y su consorte le dejó cuanto podía dejarle, si bien sólo en usufructo; pero como sobrevino luego la publicación del Código, que introdujo la novedad de la viudedad legitimaria, y como ocurrió el fallecimiento de la testadora después de esto, hubo que reconocer en favor del viudo su derecho á la legítima, de conformidad con lo que previene la regla *duodécima* de las transitorias; pero se dudó y se litigó por las partes si, además de este derecho, conservaba y había que reconocerle el del legado del quinto. Si este legado hubiera sido dejado á un extraño, no parece que hubiese podido ofrecer duda su subsistencia, porque en la misma regla se consigna que, en cuanto lo permitan las prescripciones del nuevo Código, se respetará lo que el testador hubiese dispuesto en su testamento, y es indudable que hubiera podido hacerse la distribución de la herencia en el caso del pleito, manteniendo y respetando la adjudicación del quinto al lado de la cuota viudal y de los derechos del hijo heredero, porque con ello no se mermaba la nueva legítima de éste, reducida en lo estricto al tercio de la herencia, y parecía también que no existe razón bastante convincente para variar las condiciones del problema jurídico, haciendo de peor condición al viudo, á quien se dejaba el legado como extraño, sólo porque el Código le reconocía un derecho que no tenía antes. Pero aparte esta consideración, existe otra más poderosa relacionada con la presunta voluntad de la testadora, que fué la que más

Quinta. Respecto de la *legítima de los hijos naturales* que, siendo ésta una innovación del Código, la jurisprudencia ha declarado (1) que dicha novedad es aplicable á los hijos naturales reconocidos de fecha anterior, cuando el padre falleciere después de hallarse en vigor aquél; completándose también la ilustración de este punto con luminosas obser-

fundamentalmente tuvo en cuenta la Sala para resolver la cuestión en el sentido de la compatibilidad del legado con la legítima del viudo. Como la preterición del viudo no tiene trascendencia, á diferencia de la preterición de alguno ó de todos los herederos forzosos en línea recta, según el art. 814, como con ella ó sin ella conserva los derechos que le asignan los arts. 834 y siguientes, síguese de aquí que cuando no es ostensible la voluntad de un testador de haber querido mermar la cuota legal perteneciente á su consorte, en cuyo caso sólo tendría derecho á pedir el complemento, es ésta acumulable á lo dejado como legado, al tenor de lo dispuesto en el mismo Código en su art. 1.037. Ahora bien: en el caso del presente recurso, la voluntad de la testadora resultaba ostensiblemente favorable á su consorte, dejándole todo lo que podía dejarle con arreglo á la legislación anterior, aunque en mero usufructo, y manteniendo el expresado testamento, á pesar de haber sobrevenido la publicación del Código, con la que adquirió el viudo un derecho legitimario, dando así á entender sus deseos de seguir favoreciéndole, puesto que mal podía significar el legado del quinto en la voluntad de la otorgante una parte mermada del haber legal, cuando no existía reconocido tal haber en la época en que testó, y, esto no obstante, dejó subsistente, como queda indicado, su última voluntad, que ha tenido consiguientemente que regir juntamente con la ley del Código. Tanto, pues, por el principio consignado en la regla *duodécima* de las transitorias, de que se cumplan, en cuanto el Código lo permita, las disposiciones testamentarias anteriores, como por la prescripción terminante del art. 1.037, según el que no se entiende sujeto á la colación lo dejado en testamento, si el testador no dispusiese lo contrario, quedando en todo caso á salvo las legítimas, la Sala declaró que el viudo tenía derecho, no sólo á su cuota viudal, sino al usufructo del quinto de los bienes de la herencia de su consorte.

Merece también recomendarse la lectura del magistral dictamen del Sr. Manresa sobre «si el cónyuge viudo tiene derecho al usufructo que le legó su consorte en testamento anterior al Código civil, y, además, al que le concede la ley».—*Rev. gen. de Leg. y Jur.*, t. 83, págs. 80 á 84. El caso de la consulta no es precisamente el mismo resuelto por la jurisprudencia, y se refiere á matrimonio en que el cónyuge testador y premuerto, que testó antes del Código civil y murió después, no tiene herederos forzosos; y el Sr. Manresa se pronuncia en sentido resueltamente negativo, suponiendo que la tesis consultada está resuelta en el art. 815 del Código, y que el derecho del cónyuge queda reducido al complemento de legítima que aquél establece.

Sin embargo del respeto que nos merece tan ilustre jurisconsulto, no suscribimos tal opinión, sino la contraria, precisamente por las mismas razones que á semejante parecer se oponen y de que en el mismo dictamen se hace indicación; pues si bien es cierto que el Código, en el caso consultado, no concede más que el usufructo en mitad de los bienes á la viuda, conforme al art. 837, y que sobrevenida esta innovación con el Código, que no podía prever el testador cuando hizo la institución voluntaria de la otra parte de usufructo en su testamento, siendo racional presumir que, de haber contado con ello, es probable hubiera dejado á la obra de la ley lo que él hizo por determinación de su voluntad, tal novedad legislativa es un accidente fortuito y da lugar á una mera conjetura, que no autoriza á negar eficacia á la voluntad expresa de un testador.

(1) Sent. de 29 Noviembre de 1899, inserta en el núm. 25 de este capítulo.

vaciones consignadas en la Memoria de aquel alto Tribunal, correspondiente al mismo año de 1900 (1).

Sexta. Respecto de la *legítima de los hijos legitimados por gracia al sacar*, al efecto de determinar, si les serán aplicables á los de esta clase, según la legislación precedente al Código, los beneficios de su artículo 844, que les equipara en porción hereditaria á la legítima de los hijos naturales reconocidos, habrá que considerar que les es aplicable el Código, en cuanto no perjudiquen otro derecho legítimamente adquirido; y en orden al supuesto de su concurrencia con el viudo y derechos que á éste otorga el art. 837, cuando el testador no dejare descendientes ni ascendientes legítimos, la jurisprudencia ha declarado (2) que su derecho á la copción de hijos legítimos—ó mejor *legitimados*—«arranca de la legislación precedente al Código, y los que éste declara por primera vez á favor del cónyuge en concurrencia con hijos naturales, legitimados ó legítimos, sólo son estimables, en tanto que no perjudiquen otro derecho legítimamente adquirido por leyes anteriores».

(1) Con igual criterio que el aplicado en la sentencia de 8 de Abril de 1898, que consideró naturales y legitimables los que lo eran según la ley de Toro, reconociéndoles iguales derechos que á los que lo fueran con arreglo al Código, se lee en la expresada Memoria: «Esto mismo es lo que cabe decir en cuanto á la cuestión resuelta en el pasado año judicial, relativa á si unas hijas naturales, reconocidas en virtud de los preceptos de la ley de Toro, tienen los derechos legitimarios del nuevo Código ó solamente los que le reconocía la legislación anterior; cuestión que esta Sala resolvió en el sentido más favorable para las hijas, ó sea el del Código, teniendo al efecto en cuenta las consideraciones pertinentes al caso, antes expuestas, y porque las mismas reglas primera y duodécima de las transitorias abonan este sentido y hacen más que abonarlo, puesto que preceptúan la manera cómo han de aplicarse las disposiciones del Código, especialmente la duodécima, al establecer que la herencia de los fallecidos después del Código, sea ó no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al mismo, teniendo sin duda presente que los derechos á la herencia nacen á la muerte de la persona á quien se hereda. La alegación de que el Código no se ha referido, en el caso de la cuestión, más que á los hijos naturales reconocidos con arreglo al mismo, no tiene fundamento, porque el Código no ha distinguido entre hijos naturales anteriores y posteriores, como no ha distinguido, para otros efectos, entre hijos de matrimonio celebrado antes ó después del Código, aun cuando al hablar del matrimonio y de las condiciones de su celebración legisla para el porvenir, ó sea para la época posterior á su publicación, ni ha debido distinguirse, porque, como antes hemos indicado, cuando una ley anterior, sobre la base de un concepto más ó menos amplio ha establecido derechos, la mera restricción ó amplitud del concepto hecha en una posterior, no autoriza, por sí sola, para negar la aplicación de los nuevos derechos á quien pueda ostentar, con arreglo á aquella, la misma cualidad y carácter reconocidos de conformidad con la segunda; y seguramente resaltaría más la exactitud de esta observación, si el Código, en vez de restringir, hubiera ampliado aun más que la ley de Toro el concepto de los hijos naturales; siendo, por último, tanto más infundada la alegación que combatimos, cuanto que las hijas naturales, que discutieron en el pleito, tenían las condiciones que el Código requiere, aunque la forma de su reconocimiento se sujetara á la ley de Toro.»

(2) Sent. de 8 de Noviembre de 1893, inserta en el núm. 25 de este capítulo.

Séptima. Respecto de la *reserva especial* del art. 811 del Código civil, no obstante constituir una novedad especialísima, desconocida en la legislación precedente, será aplicable, si hay supuesto de hecho que obligue á ello, á la sucesión de personas que fallecieron con testamento anterior al Código, pero *después* de la promulgación de éste, según lo tiene declarado también la jurisprudencia (1).

§ 2.º

Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común.

185. ENUMERACIÓN DE LAS APLICABLES Á LAS MATERIAS DE ESTE CAPÍTULO.—Son dichas *fuentes*:

1.^a Los artículos del Código civil, antes insertos y explicados en este capítulo.

2.^a Los arts. 23 y 42, núm. 6.º de la ley Hipotecaria, según los deja reformados la ley de 21 de Abril de 1909, y figura en la última edición oficial de la misma, de 6 de Diciembre de igual año, y demás concordantes de ésta y su reglamento; y los citados por la *explicación* y algunos otros de la de Enjuiciamiento civil, ambos en lo que sirvan de relación y complemento á los del Código.

3.^a La ley y reglamento del impuesto de derechos reales y transmisión de bienes, de 2 de Abril de 1900, en cuanto á su aplicación, por razón del impuesto, á las *legítimas*.

(1) Sent. de 8 de Noviembre de 1894, inserta en el núm. 25 de este capítulo.

CAPÍTULO XVI

SUMARIO.—**Del contenido de la sucesión «mortis causa», á título universal (continuación). De la DESHEREDACIÓN y de la PRETERICIÓN.**

Art. I.—DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de la DESHEREDACIÓN y de la PRETERICIÓN.*—1. Razón de plan.—2. Alegaciones de impugnación y defensa de la desheredación.—3. Su concepto.—4. Precedentes romanos.—5. Ídem españoles en el Derecho de Castilla (Fuero Juzgo, algunos Municipales, Viejo, Real, Leyes de Toro, Recopiladas y de disenso paterno de 1862).—6. Las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá.—7. Concepto legal de la desheredación y circunstancias que le integran.—8. Causas de desheredación de los descendientes, por los ascendientes.—9. Ídem de los ascendientes, por los descendientes, y de los hermanos, en su caso.—10. Transcendencia de la desheredación á los sustitutos.—11. Preterición, su concepto y efectos.

§ 2.º *Jurisprudencia anterior al Código civil.*—12. Desheredación.—13. Preterición.

Art. II.—CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Texto.—A. Desheredación.*—14. 1.º Condiciones esenciales.—15. 2.º Clasificación y enumeración de las causas de desheredación. *a.* La de hijos y descendientes. *b.* La de padres y ascendientes. *c.* La del cónyuge. *d.* Disposiciones complementarias.—16. Efectos de la desheredación.—17. Insubsistencia de la desheredación.—*B. Preterición.*—18. Concepto y efectos. *a.* De herederos forzosos en línea recta. *b.* Del viudo ó viuda. *c.* En la partición.

§ 2.º *Jurisprudencia según el Código civil.*—19. Desheredación.—20. Preterición.

§ 3.º *Explicación.—A. Desheredación.*—21. Ley de Bases.—22. Concepto legal.—23. Sus requisitos de fondo y forma.—24. Efectos de la desheredación, hecha ilegalmente, por defecto de las condiciones precisas para su validez.—25. Clasificación de las causas legales para desheredar: *Primero.* Causas *comunes* de desheredación.—26. Su explicación.—*Segundo.* Causas *especiales* de desheredación.—27. Su explicación. *a.* De hijos y de descendientes.—28. *b.* Ídem de padres y ascendientes.—29. *c.* Ídem del cónyuge.—30. Efectos de la desheredación.—31. Insubsistencia ó invalidación de la desheredación.—*B. Preterición.*—32. Su supuesto.—33. Paralelo diferencial entre la desheredación, la preterición y el complemento de legítima.—34. Circunstancias que integran el concepto de la preterición.—35. Sus efectos. *a.* De la preterición, en testamento, de herederos forzosos en línea recta. *b.* De la preterición, en testamento, del viudo ó viuda. *c.* De la preterición hecha en la partición.—36. Extinción de la preterición.

Art. III.—RÉGIMEN VIGENTE.

§ 1.º *Criterio de transición.*—37. Reglas de Derecho.

§ 2.º *Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común.*—38. Enumeración de las aplicables á las materias de este capítulo.