

Legítima del cónyuge supérstite

Bajo este título ha presentado y defendido su tesis doctoral en la Universidad de Santiago de Compostela don José Enrique Maside Miranda, Registrador de la Propiedad de Ponferrada, obteniendo la calificación de *Apto cum laude* y que ha sido editada por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

A continuación reproducimos la Memoria presentada por el autor, en la que resume su obra y que nos da idea de su amplitud y profundidad doctrinal.

Plantear el fundamento de la sucesión *mortis causa* equivale a suscitar una polémica, tanto desde el plano político como del jurídico, por su conexión con el de la propiedad privada, fenómeno comprensible por tratarse de un problema meta-jurídico, que traspasa los límites de una cuestión concreta del Derecho sucesorio.

El mundo, y consecuencia los juristas, está dividido en dos concepciones antagónicas: a) La materialista o positivista, considera Derecho cualquier ordenación socialmente eficaz, las reglas que están en vigor en un pueblo determinado; b) La iusnaturalista, con diversos matices y denominaciones, afirma la existencia de criterios objetivos y superiores al poder humano.

Estas consideraciones ponen de relieve que la sucesión *mortis causa* o el destino *post mortem* del patrimonio de una persona es un fenómeno sumamente profundo y de una gran complejidad jurídica, que no puede justificarse de una manera simplista, sino que es consecuencia de la concurrencia de una serie de factores de diverso tipo. De ello se deduce la íntima relación de la sucesión *mortis causa* con la propiedad privada, pues la primera presupone la admisión de la propiedad y el patrimonio privado, ya que sin ellos no habría lugar al Derecho sucesorio; ambos son dos momentos de actuación de un mismo derecho, la disponibilidad, *inter vivos* o *mortis causa*, de un patrimonio. Esta relación se encuentra también reflejada en la Constitución española de 1978, al reconocerse simultánea-

mente el derecho a la propiedad privada y a la herencia, imponiendo a ambas una función social a cumplir (art. 33, apartados 1 y 2). Si se reconoce la propiedad privada hay que admitir obviamente la posibilidad de su transmisión; y si el artículo 39-1 de la Constitución proclama y asegura la «propiedad social, económica y jurídica de la familia», un mínimo de coherencia exige el reconocimiento del derecho a la herencia.

De los principios formulados por este artículo 33 pueden deducirse las siguientes consecuencias:

a) Que no se deduce del texto constitucional un concepto liberal o individualista del dominio, sino una propiedad en la que el interés egoísta del propietario viene suavizado de varias maneras para conseguir objetivos más amplios.

b) Ya no se configura la propiedad como un «derecho fundamental», sino que se sitúa entre los «derechos y deberes de los ciudadanos», con lo que parece apartarse de la idea de «atributo de la personalidad», consustancial con la idea individualista del artículo 348 del Código Civil.

c) La referencia a la función social implica una llamada al «principio de solidaridad», con lo que se quiere indicar que la función social se orienta primordialmente a la realización del interés de la comunidad, para lograr fines superindividuales, ante la amenaza para el titular dominical de verse privado de protección jurídica de su derecho por la expropiación forzosa.

Admitida la propiedad privada (art. 33 de la Constitución), se analizan, en este mismo capítulo los diversos sistemas de Derecho sucesorio, el de libertad absoluta de testar y el de legítimas, antes de pasar al concepto y naturaleza jurídica de la legítima. Esta palabra «legítima» se emplea indistintamente para significar:

1. El derecho de los legitimarios a un determinado contenido patrimonial en la herencia del causante o, en otros términos, el conjunto de derechos que aseguran al legitimario la adquisición de este contenido patrimonial.

2. El contenido a que tiene derecho el legitimario.

El uso indistinto de la misma palabra «legítima» para significar unas veces el contenido a que da derecho y otras el derecho a ese contenido tiene el inconveniente de inducir a confusión; por ello, ambas significaciones se fusionan y se traducen en el contenido de «derecho o en sobre ese contenido», de esta manera se equiparan el «derecho a la legítima» y el «derecho o en sobre su contenido material». Esto da lugar a que la atribución de la legítima equivalga a una delación y su adquisición a la de su

contenido material, como ocurre en el sistema legitimario de la reserva germánica; por el contrario, en el sistema romano la adquisición del derecho a la legítima, es decir, del conjunto de derechos que aseguran al legitimario la obtención de su contenido, de una parte, discurren por vías distintas e incluso pueden proceder de diversas fuentes. Por ello, se plantea la duda si en el sistema sucesorio del Código Civil existe o no una sucesión forzosa, además de la testada y de la intestada, o bien, si la legítima es una porción debida a una parte reservada. Se analizan detenidamente las diversas opiniones doctrinales defendidas para explicar la naturaleza jurídica de la legítima (la legítimas como *pars valoris*, como *pars hereditatis*, como *pars valoris bonorum* y, finalmente, como *pars bonorum*), concluyendo que el Código Civil sigue la línea general del sistema romano y no la del germánico, como lo demuestra la preferencia de la sucesión testada sobre la intestada (art. 912), lo confirma históricamente el sistema de la legítima castellana dentro del ámbito del Derecho romano común desde varios siglos antes de la promulgación del Código Civil y, por último, el hecho de que la Ley de Reforma de 13 mayo 1981 no pretendió cambiar nada respecto de la naturaleza de la legítima.

Se analiza la armonización de los artículos 806 y 815 y el sentido de la expresión de herederos forzosos, para concluir señalando que no hay delación legal directa e inmediata de la legítima del cónyuge *supérstite* si no es por sucesión intestada.

El Derecho comparado, estudiado en el capítulo II, es de gran utilidad para el conocimiento y progreso del propio derecho; incluso el más completo sistema jurídico no es perfectamente inteligible hasta que no es contemplado en relación con otros. Los mismos problemas jurídicos se plantean hoy por todas partes y cada legislación está influida, acaso inconscientemente, por las grandes corrientes jurídicas internacionales que sobrepasan las fronteras políticas de los Estados; esta universalización de los conceptos jurídicos es característica de la evolución del Derecho moderno. Por ello, la comparación es el método más adecuado para aprovechar las experiencias y resulta especialmente aconsejable en este tema, donde casi todos los aspectos han sido muy discutidos.

En líneas generales, las legislaciones modernas coinciden en el deseo de reconocer ampliamente unos derechos al cónyuge *supérstite*, si bien difieren en la fórmula adoptada para ello, siendo varios los sistemas que pueden seguirse:

- a) Asignación de una cuota en propiedad (Alemania).
- b) Asignación de una cuota en usufructo (Italia).
- c) Sistema ecléctico o intermedio, consistente en distinguir que en el momento de fallecer un cónyuge existan o no descendientes; caso afirma-

tivo, caso de usufructo; caso negativo, sistema de usufructo (Francia, Suiza, Bélgica).

d) Asignación de un simple derecho a alimentos (Portugal).

La cuota viudal ofrece una serie de rasgos o características, a las que se dedica el capítulo III, que la diferencian de las restantes legítimas; entre esas diferencias pueden apuntarse, esencialmente, su carácter excepcional y su susceptibilidad de conmutación.

El primero de estos contrastes es su carácter excepcional, por cuanto no recae sobre la propiedad, como ocurre con las restantes legítimas, sino que se atribuye un usufructo, si bien parcial y no universal. Ahora bien, si la regla general es que las legítimas se satisfagan en pleno dominio (arts. 806, 808, 841...), sorprende que el legislador altere este principio precisamente en el caso de la cuota viudal, lo que obliga a preguntarse por las razones en que se funda esta decisión de carácter excepcional. Han sido consideraciones de tipo social y económico las que han movido al legislador a tomar esta decisión, no sólo para conciliar los intereses de los distintos miembros de la familia, sino también porque el fallecimiento de uno de los cónyuges repercute en el sobreviviente de un modo especial y distinto a como incide en cualquier otro familiar, ya que el supérstite pierde no sólo a la persona elegida sino también su forma de vida, viéndose afectado en el aspecto personal y en el patrimonial.

Paralelamente con este carácter excepcional o de atribución de usufructo existe otra característica, exclusiva de esta figura, que la diferencia de las restantes legítimas; se trata de la posibilidad concedida a los herederos de satisfacer al cónyuge supérstite su cuota, asignándole un capital en efectivo, una renta vitalicia o los productos de determinados bienes (art. 839); esta posibilidad legal, conocida doctrinalmente con el nombre de «facultad de conmutación», viene a confirmar la expresión del profesor COSSIO, al calificar como «extraña figura» a la cuota viudal; en efecto, que el propio Código Civil conceda, con carácter general, a las personas obligadas, los herederos, la posibilidad de hacer efectiva esta legítima de una manera diferente a la inicial es, cuando menos, sorprendente. Por otra parte, los problemas que suscita este artículo 839 son muy numerosos, razón por la que se estudia detenidamente a lo largo de este capítulo.

Especial atención se dedica también al artículo 814 del Código Civil, uno de los preceptos más utilizados por la doctrina al analizar la cuota viudal, con independencia, como es lógico, de la regulación específica de los artículos 834 a 840; a esta razón debe añadirse, además, la profunda transformación experimentada por el artículo 814, tras la reforma de 13 de mayo de 1981, que da el mismo trato al cónyuge que a los demás

herederos forzosos, a diferencia de lo que establecía la Ley de 24 de abril de 1958.

Del artículo 834 se deduce una regla general y una excepción:

Regla general, tiene derecho al usufructo viual el cónyuge viudo, hombre o mujer; excepción: el divorcio.

En principio, el supérstite tiene derecho a percibir la cuota usufructaria (art. 807-3 y 834), facultad derivada de aquella condición jurídica, sin embargo, existen una serie de situaciones en la que tal carácter es, cuando menos, discutible y puede originar dudas. Entre estos supuestos especiales se analizan detenidamente la nulidad de matrimonio, divorcio, separación, judicial y de hecho, desheredación, indignidad, preterición, etc., constituyendo el capítulo IV. En cierto modo estas dudas se ven fomentadas por la propia normativa del Código Civil, redactada en sucesivas reformas legislativas con distinta filosofía jurídica; en efecto, los artículos 834 y 835 subsisten con la redacción de la Ley de 24 abril de 1958; el artículo 836 ha sido suprimido por la Ley de 13 mayo de 1981; los artículos 838 y 839, según la Ley de 24 abril de 1958; y, por último, el artículo 840, según la Ley de 13 mayo de 1981. Ante este panorama legal, la reforma de 1981 debió redactar íntegramente los artículos 834 a 840, acorde con los principios constitucionales que la inspiran, evitando el defectuoso sistema de dejar huecos o lagunas dentro de la normativa del Código Civil.

Finaliza este capítulo analizando la legítima del cónyuge supérstite en la sucesión intestada, a través de las sucesivas reformas del Código Civil, en su redacción originaria, en la reforma de 24 abril de 1958 y, por último, en el régimen vigente.

El capítulo V se dedica a estudiar detenidamente la naturaleza jurídica de la cuota viual, donde se simplifica, quizá en exceso, el planteamiento al debatir, como cuestión básica, si el cónyuge supérstite es o no heredero, problema indudablemente importante por las consecuencias prácticas que una u otra solución conllevan; sin embargo, éste es sólo un aspecto parcial de esta figura, en otros términos, se viene abordando la cuota viual con un planteamiento excesivamente simplista, donde el único problema importante parece ser el mencionado, olvidando que la legítima viual es una institución sumamente compleja, con rasgos diferentes a las restantes legítimas, con un llamamiento en usufructo, no en propiedad; con una facultad de conmutación, fuente de numerosos conflictos; con la posibilidad de un usufructo universal por atribución voluntaria del testador, y la duda de si afecta o no a la intangibilidad de las legítimas; con una afección sobre todos los bienes de la herencia; con la cuota viual en correlación con el régimen económico matrimonial, etc... Todos estos problemas, y otros más, deben estudiarse, pero no por separado, sino en relación unos

con otros, en su conjunto, lo que permite un enfoque mucho más amplio del tema.

Uno de los hechos que más sorprende a cualquier persona interesada en problemas sucesorios es la confusión de conceptos que se aprecia en los textos legales; en efecto, el Código Civil llama a los legitimarios «herederos» y más concretamente «herederos forzosos» (arts. 140, 756-2, 806, 807, 813 a 817, 820 a 822...), confusión que también se aprecia en otros textos legales, como la *LH* (art. 28), *LEC* (art. 1.046), etc., por ello, se analizan por separado ambos conceptos, el de heredero y el de legitimario, las concepciones romana y germánica de la herencia, de las que surgen las tesis subjetiva, objetiva y cumulativa o mixta, llegándose a la conclusión de que el cónyuge viudo es legitimario, adquiere bienes o valores económicos (arts. 834 y 839), pero no es heredero, no sucede al causante y, por ello, no adquiere la responsabilidad de las deudas del mismo; las obligaciones hereditarias le afectan en el sentido de deducir su percepción legitimaria, pero no se convierte, por ello, en deudor personal (arts. 818 y siguientes).

Especial atención se dedica a la jurisprudencia sobre este tema, por dos razones: por ser muy numerosa y por ser confusa, fragmentaria y, hasta cierto punto, contradictoria. Ello es debido a que la jurisprudencia es invocada frecuentemente en la práctica profesional, e incluso en trabajos doctrinales, con vaguedad e imprecisión, destacando solamente la afirmación general de algún considerando (*obiter dicta*) y no la que verdaderamente se tuvo en cuenta para resolver el caso (*ratio decidendi*). Por ello, deben abandonarse las afirmaciones superficiales, simplistas y procederse a una rigurosa «depuración de la jurisprudencia», para evitar el error tantas veces denunciado por la doctrina, de la dogmatización jurisprudencial.

Se analiza el problema de si el usufructo de herencia es o no un *tertium genus* y las garantías para el pago de la cuota viudal, para finalizar la hipotecabilidad de esta legítima.

El aspecto patrimonial de la cuota viudal se analizó en el capítulo VI, en su doble faceta del usufructo universal por atribución voluntaria del testador y en la correlación entre los regímenes económico-matrimoniales y los derechos viduales.

El problema del usufructo universal se plantea sólo respecto del tercio de legítima, no respecto del tercio libre ni del tercio de mejora, que constituye el ámbito normal del usufructo viudal. El argumento esencial de la postura contraria al usufructo universal es el de la intangibilidad, cuantitativa y cualitativa de la legítima (arts. 806, 813, 815, 820), es decir, el legitimario ha de recibir por legítima lo que le corresponde (intangibilidad

cuantitativa), libre de toda carga o gravamen (intangibilidad cualitativa). Pero al analizar este argumento hay que hacer una matización previa: del principio de intangibilidad de la legítima no puede deducirse necesariamente que toda disposición que la condicione o limite, por este simple hecho, sea nula; esto sólo ocurrirá cuando la propia Ley lo determine de una manera expresa, porque la legítima, en su existencia, cuantía e intangibilidad, es una creación legal, una institución Derecho positivo, no una figura de Derecho natural; prueba de ello es que el propio Código Civil admite una serie de excepciones al principio general de intangibilidad de las legítimas (arts. 820-3, 829, 839...).

Relacionando los artículos 813 (intangibilidad cualitativa) y 820-3 (intangibilidad cuantitativa), cabe a través del mecanismo de la Cautela Socini, aceptar la figura del usufructo universal por atribución voluntaria del testador; el causante puede constituir un legado de usufructo superior al tercio de libre disposición, concediendo a los legitimarios una alternativa, una elección, entre dos opciones distintas, *a)* una mayor porción hereditaria pero gravada con el usufructo universal en favor del cónyuge superviviente; *b)* su legítima estricta.

En todo caso serán los legitimarios quienes aceptarán lo que más convenga a sus intereses y será una decisión por razones de conveniencia, no de legalidad.

Si se efectúa un análisis comparativo entre los regímenes económico-matrimonial y los derechos viduales puede encontrarse una profunda interconexión entre estas instituciones jurídicas: todas ellas regulan la participación de los cónyuges en el patrimonio familiar y el deseo de continuidad del mismo, aun después de la muerte de uno de ellos. Por ello, los derechos viduales, en unos regímenes jurídicos se hallan estrechamente vinculados al régimen económico-matrimonial, pudiendo incluso afirmarse que son integrantes del mismo; por el contrario, en otros sistemas, aparecen como independientes, regulándose como derechos sucesorios estrictamente, con separación del régimen económico-matrimonial. Se produce, pues, una correlatividad entre tales figuras, de suerte que a mayores derechos viduales, derivados del régimen económico-matrimonial, suelen corresponder menores derechos sucesorios propiamente dichos y viceversa. Se analiza esta correlatividad, puesta de relieve en el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Zaragoza en 1946, destacando sobre todo la incidencia que ha tenido en ella la Constitución de 1978.

Por razones de sistemática se analiza finalmente la extinción de la cuota viual. Lo más significativo sobre este punto es el silencio del Código Civil al respecto, pues los artículos 834 y siguientes, reguladores de la cuota viual, ni siquiera aluden a la extinción de la misma, por ello se

realiza un análisis comparativo entre las causas de la extinción del usufructo general, enumeradas casuísticamente en el artículo 513 y el usufructo viudal, para ver si son o no aplicables a éste último las causas de aquél.

CONCLUSIONES

Primera.—El Derecho sucesorio está íntimamente ligado con la organización familiar, de ahí su diversidad de matices, según las distintas concepciones de la familia existentes en cada región; en todo caso, late la idea de mantener la posición económico-familiar del cónyuge supérstite más allá de la muerte del otro consorte y regular el destino del patrimonio familiar, acorde con la tendencia actual de estrechamiento del grupo familiar y la debilitación progresiva del vínculo colateral.

Segunda.—La cuota legal usufructaria del cónyuge supérstite no constituye un supuesto anómalo o excepcional de vocación legitimaria si no es por sucesión intestada.

Tercera.—De las enseñanzas del Derecho comparado cabe deducir las siguientes conclusiones:

a) En las diversas legislaciones se aprecia un notable incremento de los beneficios patrimoniales concedidos por la Ley al cónyuge supérstite, provenientes bien del sistema económico-matrimonial, bien del Derecho sucesorio.

b) Las legislaciones utilizan indistintamente tanto la fórmula de dejar al cónyuge supérstite su cuota en propiedad como de asignarle un derecho de usufructo.

c) De una manera tímida, pero paulatina, se empieza a dar entrada al arbitrio judicial para fijar la legítima del cónyuge supérstite.

d) Tendencia generalizada en todas las legislaciones a su reconocimiento como derecho recíproco de ambos cónyuges.

e) Correlación entre el régimen económico-matrimonial y los derechos del cónyuge supérstite.

Cuarta.—La legítima del cónyuge supérstite es una institución sumamente compleja, con características diferentes a las restantes legítimas. Por ello, debe abandonarse la visión, excesivamente lineal y simplista y, por tanto, incompleta, con que se ha venido abordando esta materia, para hacer un planteamiento amplio, pluridimensional, enfocándola en todos sus aspectos, viendo cada uno desde el ángulo en que mejor se le observe, aunque sin perder la perspectiva general.

Quinta.—De la facultad de conmutación (art. 839) pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a) Esta facultad, concedida a los herederos y no al cónyuge supérstite, merece una crítica totalmente favorable, si bien sería más justo invertir este planteamiento, configurándola como un derecho a favor del supérstite frente a los herederos y no de éstos contra aquél; de esta forma se concedería al cónyuge viudo la posibilidad de tomar la iniciativa, solicitando la conmutación, con lo cual se protegerían mejor los intereses de las partes interesadas: a) por una parte, del cónyuge supérstite, porque podrían solicitarla si así conviniera a sus intereses en cada caso; b) de otra parte, de los herederos, porque seguiría siendo necesario su consentimiento o, en su defecto, la decisión judicial.

b) Es exclusivamente aplicable a los territorios de Derecho común y a los forales cuya legislación especial no contenga normas específicas sobre la legítima viudal; en consecuencia, se aplicará en Alava y Vizcaya, Baleares y Galicia, mientras que, por el contrario, no regirá en Cataluña, pues los derechos viuales denominados Any de Flor o Año de Luto, Tenuta y Cuarta viudal tienen una finalidad económica y jurídica, diferente; tampoco será aplicable en Aragón y Navarra, no obstante contener normas específicas sobre la transformación del usufructo, por el predominio, en estas legislaciones, del aspecto familiar sobre el sucesorio dentro del derecho de viudedad.

c) La conmutación presenta una serie de aspectos que, en conjunto, configuran su anturaleza jurídica; es una declaración de voluntad recepticia; es un supuesto de subrogación de valor de origen legal y, por último, no es un acto de división.

d) No constituye un derecho potestativo de los herederos, porque la ley exige expresamente un acuerdo de voluntades de éstos con el cónyuge supérstite. En cambio, encaja en el concepto de obligación facultativa o con facultad alternativa.

e) Caso de cesión de derechos hereditarios, la conmutación no es transmisible al cesionario, porque en el concepto de heredero concurre una doble cualidad, personal y patrimonial. Al ceder sus derechos hereditarios a un tercero, el heredero lo único que transmite es el aspecto patrimonial o económico que puedan corresponderle en la comunidad hereditaria, pero no su cualidad de heredero, de carácter personalísimo.

Paralelamente, es transmisible esta facultad cuando el heredero no haya hecho uso de ella antes de su muerte, dado su contenido netamente patrimonial y no ser un derecho personalísimo del heredero.

Sobre las personas que pueden o no ejercitar esta facultad hay que distinguir:

1. Herederos.—Debe darse una interpretación ampliamente subjetiva del artículo 839, englobando a toda clase de herederos, voluntarios o

forzosos, porque el Código Civil habla sólo de «herederos», sin añadir ningún calificativo y porque esta facultad se establece en favor del gravado, y lo mismo lo está el heredero voluntario que el forzoso.

2. Legatarios.—Pueden utilizar también esta facultad, dado el principio espiritualista que inspira nuestro sistema sucesorio.

3. Cesionarios.—Vale lo dicho para el caso de cesión de derechos hereditarios.

4. Acreedores.—No podrán ejercitar por los herederos o legatarios esta facultad, dada la verdadera finalidad de la acción subrogadora (art. 1.111).

5. Cónyuge supérstite.—Vale lo dicho sobre el planteamiento de esta facultad.

6. Testador.—Puede imponer o prohibir la conmutación, tanto al cónyuge supérstite como a los herederos.

7. Contador-partidor.—Como regla general no pueden decidir, por sí solos, la conmutación; por excepción, si el causante la impone expresamente, indicando el medio solutorio, el contador deberá proceder a la conmutación; si se limita a indicarla simplemente, sin especificar la prestación sustitutoria, el contador deberá cumplir lo ordenado en el testamento, quedando a salvo el derecho del cónyuge supérstite o de los herederos para reclamar, caso de perjuicio para sus derechos legítimos.

g) Cónyuge y herederos sólo podrán optar por alguna de las tres modalidades previstas en el artículo 839, sin poder acudir a otras; caso contrario, dicha norma no tendría razón de ser.

h) El cauce procesal para ejercitar la conmutación, caso de discrepancia, es el trámite de los incidentes (art. 741 LEC).

i) La conmutación procede también en la sucesión intestada porque el artículo 839 no distingue entre herederos testados e intestados y por la posibilidad de concurrencia de ambas clases de sucesión (arts. 658 y 912).

j) Esta facultad podrá ejercitarse con anterioridad a que se formalice la participación (arts. 839-2 y 1.068).

Sexta.—La legítima del cónyuge viudo es un derecho concedido con carácter general e incondicionado, en el sentido de que no está excluido por la existencia de ningún orden preferente de legitimarios, como ocurre con los ascendientes; es, pues, un derecho que puede coexistir, concurrir con el de otros legitimarios y esta concurrencia modaliza su cuantía.

Séptima.—Ante la falta de un concepto legal de preterición, debe aceptarse una idea, una definición o un planteamiento, que sirva de punto de partida; éste lo constituyen los artículos 815 y 851, de los cuales resulta que la preterición no es solamente la omisión u olvido de un legítimo en

el testamento sino, además, que el preterido no reciba nada, *inter vivos* o *mortis causa*, del causante. En definitiva, preterición es la omisión de un legitimario en el testamento (como defecto formal) sin que reciba atribución alguna, suficiente o insuficiente, en concepto de legítima (como defecto material).

Octava.—La nueva redacción del artículo 814 merece crítica favorable, entre otras razones, por regular con mayor precisión los efectos de la preterición, dando el mismo trato jurídico al cónyuge viudo que a los demás herederos forzosos, terminando con la discriminación anterior, que constituía la mayor crítica del antiguo artículo 814.

Novena.—No hay contradicción entre los artículos 834, no reformado, y 945, reformado, sino que constituye uno de los muchos ejemplos de las deficiencias que suelen producir las reformas parciales. La Ley de 1981 debió haber modificado el artículo 834, dándole nueva redacción, acorde con la filosofía jurídica que la inspiraba; pudo haberse presentado como enmienda el artículo 836, en lugar de suprimirlo totalmente, evitando el defectuoso sistema de dejar huecos o lagunas en el articulado del Código Civil.

Décima.—Teóricamente, la legítima del cónyuge supérstite se satisface, como regla general, en usufructo (art. 834) y sólo, por excepción, en alguna de las prestaciones sustitutorias previstas en la Ley (art. 839); sin embargo, prácticamente, se produce una inversión de este planteamiento, transformándose la excepción en regla general.

Undécima.—El derecho a percibir la cuota usufructuaria es una facultad derivada de la condición jurídica de cónyuge supérstite (arts. 807-3 y 834); en los casos en que dicha cualidad sea dudosa deben hacerse las siguientes puntualizaciones:

a) *Nulidad del matrimonio.*—No tiene derecho a la cuota viudal el cónyuge que, de buena fe, hubiera contraído matrimonio declarado nulo, salvo que la nulidad no fuere declarada hasta después del fallecimiento del otro cónyuge.

b) *Divorcio.*—Es aplicable al cónyuge divorciado lo expuesto en el apartado anterior para la nulidad; en consecuencia, no conserva ningún derecho en la herencia del otro ex cónyuge, porque el matrimonio ha quedado civilmente disuelto (art. 85).

c) *Separación.*—Hay que distinguir:

1. *Separación judicial.*—Una de las novedades más acusadas de la reforma de 1981 es, indudablemente, la desaparición, en términos generales, de la influencia de la culpa sobre los efectos de la separación y del divorcio; eso significa que la culpabilidad puede o no existir: a) caso de

separación culpable, la cuota vidual corresponde exclusivamente al cónyuge inocente; *b)* caso de separación no culpable, el cónyuge viudo no conservará en ningún caso derecho a la cuota.

2. *Separación de hecho*.—El cónyuge supérstite tiene derecho a la cuota vidual; pero, si en la sucesión testada no plantea problema, en intestada no ocurre lo mismo, por la profunda novedad introducida en el artículo 945; por ello, la separación judicial, o la de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, implicarán para el cónyuge viudo la pérdida de la cuota usufructuaria.

d) *Reconciliación*.—El efecto esencial de esta figura es el restablecimiento de la convivencia conyugal, por ello, fallecido uno de los cónyuges, el supérstite conservará su derecho a la cuota usufructuaria.

e) *Falta de inscripción del matrimonio en el Registro Civil*.—Esta omisión no priva al cónyuge viudo del derecho a percibir, en su momento, la cuota vidual, dado que la inscripción es declarativa y, por tanto, de la inscripción no depende la producción de efectos civiles sino su pleno reconocimiento (art. 61-2).

f) *Desheredación e indignidad del cónyuge viudo*.—La culpabilidad en caso de separación del cónyuge supérstite, su indignidad o su desheredación justa producen la desaparición de la cuota vidual.

g) *Preterición*.—Vale lo dicho anteriormente.

h) *Litis pendencia*.—En base al artículo 835 hay que distinguir dos situaciones:

1. Caso de muerte del presunto culpable, el cónyuge inocente no estará obligado a continuar el pleito hasta obtener sentencia, porque carecería de sentido proseguir el litigio.

2. Caso de muerte del cónyuge inocente y sobrevivencia del presunto culpable habrá que esperar al resultado del pleito, porque de la declaración o no del divorcio dependerá la adquisición o no del usufructo por el supérstite.

i) *Transacción sobre el usufructo, pendiente el pleito de divorcio*.—Las partes litigantes, cónyuge supérstite y herederos del premuerto pueden transigir acerca del pleito de divorcio, en base al artículo 839, pues si los mismos interesados, de común acuerdo, pueden hacer efectivo el usufructo vidual en alguna de las formas sustitutorias (art. 839), no hay inconveniente en que las mismas partes, de común acuerdo, puedan transigir en el pleito de divorcio para hacer efectiva la cuota usufructuaria (argumento *ex art.* 1.252).

j) *Partición de los bienes del difunto pendiente del pleito*.—La suspensión del usufructo, pendiente el pleito, impuesta por el artículo 835, no

debe implicar la suspensión de la partición de la herencia, que, entre tanto, tendrá un carácter provisional.

Los artículos 801 y 804 del Código Civil son aplicables al caso del usufructo viudal, en base a lo dispuesto en el artículo 4-1 del propio Código.

k) *Perdón otorgado por los herederos del cónyuge difunto.*—Las relaciones entre cónyuges son, por su propia naturaleza, de carácter personalísimo, por ello, la facultad de perdonar al cónyuge culpable corresponde exclusivamente al inocente, no es transmisible a los herederos (art. 659) y, en consecuencia, el perdón que éstos pudieran efectuar carece de toda relevancia jurídica.

l) *Posición social o estado de fortuna o pobreza.*—Del artículo 834 se deduce, como regla general, que tiene derecho al usufructo viudal todo cónyuge viudo, hombre o mujer, con independencia de su situación económica.

m) *Nacionalidad de los cónyuges.*—En la relación entre nacionalidad y cuota usufructuaria debe tenerse en cuenta, por una parte, el principio constitucional de igualdad jurídica entre hombre y mujer (art. 14) y, por otra, los artículos 834 y siguientes del Código Civil; interpretando estas normas con arreglo a los criterios del propio Código (art. 3), tendrá derecho a la cuota viudal usufructuaria todo cónyuge superviviente (incluido el putativo) con independencia de su nacionalidad, siempre que se rija por la ley española (estatuto personal).

Duodécima.—El llamamiento al cónyuge superviviente antes que los colaterales, en la sucesión intestada, es la novedad más importante que se establece en el vacío producido por la derogación de los artículos 943 y 945 sobre los hijos naturales; el actual artículo 946 viene a ser un reflejo del orden establecido en el antiguo artículo 954, excepto en lo relativo al viudo, que se mantiene con esa variante.

Decimotercera.—Ante la falta de norma que expresamente lo reconozca, los elementos históricos, sistemáticos, lógicos y sociológicos señalados por el Código Civil (art. 3), llevan a la conclusión de que el cónyuge viudo conserva su cuota usufructuaria en la sucesión intestada.

Decimocuarta.—La cuota viudal usufructuaria presenta fuertes contrastes con las restantes legítimas que, en conjunto, definen su naturaleza jurídica, no hay que olvidar que la naturaleza de una institución jurídica es un concepto rígido, preconcebido, en el que deben encajarse sus rasgos y efectos, sino que, al contrario del estudio de sus características, elementos y efectos, se obtiene, mediante el método inductivo, la idea o concepto de esa institución.

Consecuentemente, no deben adoptarse posturas predeterminadas e

intentar encajar a la cuota viudal dentro de figuras específicas, porque daría lugar a construcciones forzadas que, en definitiva, nada resuelven; hay que analizarla con objetividad, ver si es una legítima como las restantes, o si, por el contrario, como considero, es una figura compleja, con rasgos propios, dentro de nuestro sistema legitimario.

Decimoquinta.—De los tres criterios para formular el concepto de heredero, subjetivo, objetivo y cumulativo o mixto, este último es el que debe seguirse, porque permite una interpretación más lógica y sistemática de las normas del Código Civil, acorde con la influencia que los elementos romano y germánico han desempeñado en la elaboración histórica de nuestro sistema sucesorio y explica su carácter transaccional.

Decimosexta.—Aunque el Código Civil llama cónyuge viudo «heredero forzoso» de una manera expresa (art. 807-3), es evidente, en pura técnica jurídica, que no es heredero: *a)* Porque su llamamiento no se hace a título universal (art. 660), sino en usufructo; el usufructuario sólo sucede en relaciones activas concretas, no en las pasivas, las deudas hereditarias le afectarán pero no le obligan (art. 510); *b)* Porque no va a responder a las deudas hereditarias y, por tanto, no sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones (art. 661); el cónyuge viudo no responde de las deudas del causante porque es llamado de modo singular al disfrute temporal de determinada porción hereditaria, por ello, no puede ser demandado por deudas hereditarias ni responde *ultra vires*.

Decimoséptima.—Deben diferenciarse claramente los conceptos de heredero y legitimario; éste, a diferencia de aquél, no va a experimentar la confusión de su personalidad con la del causante, por tanto, la legítima no provoca la subrogación del legitimario en la titularidad, activa y pasiva, de los derechos y obligaciones del causante; el legitimario adquiere normalmente un valor patrimonial, pero no se convierte, por este solo hecho, en sujeto personalmente obligado por razón de las deudas del causante, pues ningún precepto del Código Civil obliga al legitimario, como tal, al pago de las deudas.

Decimooctava.—El cónyuge viudo es legitimario, adquiere bienes o valores económicos (arts. 834 y 839), pero no es heredero, no sucede al difunto y, por tanto, no adquiere la responsabilidad de las deudas del mismo. Las obligaciones hereditarias le afectan en el sentido de deducir su percepción legitimaria, pero no se convierte en deudor personal (arts. 818 y siguientes).

Decimonovena.—La legítima confiere un derecho al caudal cuya determinación posterior corresponde al causante; por ello, la posición jurídica del legitimario en la sucesión vendrá determinada por la voluntad del causante (arts. 806 y 815), dentro de los límites marcados por la Ley.

Vigésima.—En orden a las garantías para el pago de la cuota viudal el artículo 15 LH no será aplicable al caso del cónyuge viudo porque, éste como legítimo, puede promover el juicio, voluntario de testamentaria.

Vigésimoprimera.—La «afección» del artículo 839-2, figura de Derecho privado, no tiene ninguna relación con la afección al pago del impuesto, figura de Derecho público; el legislador utiliza incorrectamente ese término por pura comodidad terminológica, empleando una fórmula vaga, ambigua e imprecisa, que a nada compromete; el cónyuge viudo podrá asegurar su legítima mientras no le sea especificada o conmutada, a través de la anotación preventiva de derecho hereditario, debiendo descartarse la hipoteca legal tácita porque ésta sólo cabe en los casos taxativamente señalados en la ley y no en base a una expresión vaga e imprecisa.

Vigésimosegunda.—Debe aceptarse una interpretación amplia y abierta del artículo 108, número 2, LH, que comprenda no sólo el usufructo viudal regulado en el Código Civil, sino también a los usufructos viuales establecidos en las legislaciones forales, porque el Derecho foral forma parte inseparable del Derecho civil español (arts. 13 y 14 CC); por ello, esta remisión hecha al Código Civil por la LH de entenderse referida al Derecho civil vigente en todos y cada uno de los territorios que integran el país.

Vigésimotercera.—El artículo 813 debe ponerse en relación con el artículo 820-3, que aunque no recoge expresamente la Cautela Socini, la situación o supuesto de hecho que contempla coincide, en esencia, con la que hubiera previsto el testador; de esta manera, indirecta y relativa a través del mecanismo de la Cautela Socini, cabe admitir en nuestro ordenamiento jurídico la figura del usufructo universal por atribución voluntaria a favor del cónyuge supérstite.

Vigésimocuarta.—Los artículos 813 y 820-3 son complementarios y armonizan sin dificultad porque defienden intereses diversos, que corresponden a las distintas personas que intervienen en la sucesión, testador y herederos; por una parte, el artículo 813 sienta el principio de intangibilidad cualitativa de las legítimas en favor de los herederos; por otra parte, el artículo 820-3 permite compatibilizar el derecho de los descendientes a la legítima con cierta libertad del testador para imponer gravámenes sobre la misma; de esta forma el causante tiene una mayor flexibilidad para disponer del patrimonio familiar, sin infringir el principio general de intangibilidad de las legítimas.

Vigésimoquinta.—Existe una profunda correlatividad entre los sistemas económico-matrimoniales y los derechos viuales, de suerte que a mayores derechos viuales derivados del régimen económico del matrimonio corresponden menores derechos sucesorios y viceversa. Esta correla-

ción ya se puso de relieve en el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza, que marcó un camino a seguir, cuyo objetivo era elaborar un Código General de Derecho Civil, que recogiera las instituciones de derecho común y foral, y en el cual los derechos del cónyuge viudo se regularían dentro del régimen económico del matrimonio. La Constitución de 1978 cambia este planteamiento, al reconocer personalidad jurídica a las Comunidades Autónomas, con competencia legislativa sobre los derechos civiles, forales o especiales, donde existan. En consecuencia, la proyectada unificación civil ya no constituye la finalidad a conseguir, conservándose las distintas concepciones forales sobre la organización social y familiar, que pueden sintetizarse en dos grupos: *a)* regímenes en los cuales los derechos viduales son elementos integrantes o próximos del sistema económico-matrimonial; y *b)* regímenes en los cuales los derechos viduales son independientes del sistema económico del matrimonio.

Vigesimosexta.—En el sistema Código Civil no es posible pactar en las capitulaciones matrimoniales los derechos viduales, dado su carácter patrimonial y sucesorio, no familiar, mientras que en el sistema foral cabe que las capitulaciones puedan regular los derechos viduales, por vía de la sucesión contractual, por el predominio del carácter familiar sobre el sucesorio.

Vigesimoséptima.—Ante el silencio del Código Civil sobre las causas de extinción de la cuota viudal, debe hacerse un análisis comparativo con las del usufructo en general (art. 513); de ello resulta que existen unas causas aplicables a la cuota viudal (consolidación, muerte y renuncia del usufructuario), otras no aplicables (resolución del derecho del constituyente, plazo o condición resolutorios) y, finalmente, situaciones en que dichas causas pueden aplicarse o no (pérdida total de la cosa objeto del usufructo, prescripción), ya que el planteamiento de ambos usufructos (el normal y el viudal) son distintos.

JOSÉ ENRIQUE MASIDE MIRANDA
Registrador de la Propiedad