

# ¿Subsiste tras la reforma del Código Civil el usufructo vidual en la sucesión abintestato?

## I

La Base 17 de las establecidas por la Ley de 11 de mayo de 1888 para la redacción del Código Civil preveía «el establecimiento a favor del viudo o viuda del usufructo que algunas de las legislaciones especiales le conceden, pero limitándolo a una cuota igual a la que por su legítima hubiera de percibir cada uno de los hijos si los hubiere». Y la 18, por su parte, con referencia a la sucesión intestada, dispuso el llamamiento del cónyuge viudo luego de los hermanos y los hijos de éstos, lo que al parecer debía tener lugar en plena propiedad y siempre que faltaran los órdenes preferentes, pues no se establecía supuesto alguno de concurrencia con éstos.

En opinión de ALONSO MARTÍNEZ, bajo cuyo Ministerio se promulgó el Código, el acuerdo adoptado por la Comisión Codificadora afirmativo de la concesión del usufructo vidual quería decir que este derecho operaba en todo caso, con testamento o sin él e independientemente de la voluntad del testador, por ministerio de la ley, pero lo cierto es que esta voluntad y este deseo no plasmaron en la redacción originaria del Código, cuyo artículo 953 (recortando lo opinado por aquél) decía lo siguiente:

«En el caso de existir hermanos o hijos de hermanos el viudo o viuda tendrá derecho a percibir, en concurrencia con éstos, la parte de herencia en usufructo que le está señalada en el artículo 837.»

Esta redacción vino a consagrar una dirección intermedia respecto a lo ordenado por las Bases, pues aplica a la sucesión intestada el usufructo viudal —previsto al parecer sólo para la testada por la Base 17—, estableciendo además un supuesto de concurrencia de órdenes sucesorios (el de colaterales privilegiados) con aquel no previsto en modo alguno por la Base 18.

Y la cuestión que inmediatamente se suscitó era si esa concurrencia se limitaba sólo a los hermanos y sobrinos o si cabía además que el viudo concurriese a la sucesión intestada con los ascendientes y descendientes del difunto, siendo muy debatida por los autores:

1. *Por la solución afirmativa* se mostraron ALCUBILLA y VALVERDE, entre otros, quienes sostuvieron que al ser el viudo heredero forzoso ha de suceder forzosamente y no puede ser privado de sus derechos sin causa justificada. Además —dicen—, probablemente fuera esa la presumible intención del legislador, que, tanto por lo dispuesto en la Ley de Bases como por las razones que llevaron a prohibir al testador la desheredación del cónyuge salvo por determinadas causas, no puede ser otra sino la de reconocer el derecho al viudo en todo caso, sin distinguir entre una y otra clase de sucesión. Opina VALVERDE que el derecho de aquél de concurrir también en la sucesión intestada se basa en la especialidad del título con que es llamado, pues teniendo sólo un derecho de usufructo —dice— lo lógico es fijar en dicha sucesión quiénes son los llamados a suceder en propiedad, cosa que es precisamente lo que hace la ley, sobreentendiendo que el viudo concurre siempre, pese a prever sólo la concurrencia en un caso específico. Con ello incurre, en realidad, en una petición de principio, pues da por supuesto lo que trata de demostrar.

Aducen ambos, por último, que si el legislador establece causas concretas para desheredar al cónyuge no es de creer que considerase equitativo privar de su legítima al viudo sólo porque el finado no haya otorgado testamento.

2. *Contra lo dicho*, MORELL destacó que el artículo 953 limita expresamente la posible concurrencia del viudo únicamente con los hermanos y los hijos de éstos y que no existe disposición alguna que la estableciera con los órdenes preferentes. Y SCAEVOLA, aun calificando de dura y cruel la solución legal, se inclina también por la negativa, destacando que la expresión «heredero forzoso» conviene sólo a la sucesión testada y que no puede inferirse una presumible intención del legislador que pugne contra lo dispuesto en las Bases 17 y 18, a las que debió ajustarse, máxime cuando habiéndolo previsto en un caso no consideró conveniente extenderlo a otros.

En las Resoluciones de la Dirección General, la de 14 de junio de

1897 destacó que si bien ni la Ley de Bases ni las disposiciones del Código que tratan de la sucesión intestada llaman al cónyuge viudo a la herencia del premuerto cuando éste fallece dejando hijos o nietos, «la práctica jurídica, partiendo del supuesto de que la intención del legislador fue la de dar también al viudo una porción alícuota forzosa en la sucesión intestada del premuerto cuando éste concurre con descendientes» llena la supuesta omisión del legislador bien «aplicando los preceptos establecidos por el Código para la legítima» (por analogía), bien «ampliando la disposición contenida en el artículo 953 en el sentido de equiparar el supérstite con los hijos, de suerte que aquél perciba en usufructo una parte igual a la que éstos reciben en propiedad». Pero lo cierto es que acto seguido califica a dicha práctica (y a las dos soluciones adoptadas por la misma para salvar la pretendida deficiencia) como constitutivas de un mero conjunto de «opiniones jurídicas individuales o privadas» carentes de la «autoridad de una regla o doctrina legal de observancia obligatoria», de suerte que los actos que la contradigan no quedan sujetos a la sanción de nulidad establecida por el artículo 4.º del Código Civil.

Empero, y pese al tenor de los Considerandos, se aprueba por motivos de equidad la partición efectuada (pues la propuesta por el cónyuge viudo recurrente era más beneficiosa respecto a sus hijos que la que se hubiera verificado conforme al criterio del Registrador). En rigor, el tema de la procedencia o no del derecho vidual usufructuario quedó marginado —pues en nada se cuestionaba— frente al de la cuantía del mismo, supuesto verdaderamente debatido en el caso.

Por su parte, la de 6 de noviembre de 1912, admitiendo que el derecho del cónyuge viudo de concurrir en la sucesión intestada con los hijos del difunto nace de «una práctica jurídica» (y nada más), considera que aquélla «... ha interpretado justa y rectamente las disposiciones del Código que regulan las legítimas y la sucesión intestada»; y —no interviniendo la viuda en la partición— existe un vicio esencial en la misma que impide su inscripción, al ser necesaria para la validez de toda clase de contratos (y, por ende, el de división o adjudicación de bienes) el consentimiento de todos los contratantes.

## II

La reforma operada por la Ley de 24 de abril de 1958 zanjó por completo toda discusión al reconocer el artículo 953 al viudo su derecho «en todo caso». Pero quedando el precepto vacío de contenido con la de 13 de mayo de 1981, ¿ha de entenderse que queda sin efecto la cuota

usufructuaria del viudo cuando éste concurre en la sucesión intestada con ascendientes o descendientes?

Los autores suelen inclinarse sin más por la pervivencia de aquel derecho. Así, LACRUZ considera «aplicable a la relación entre matrimonio y derechos sucesorios del viudo lo dicho en tema de legítima», y REY PORTOLÉS afirma que «no hay jurista sensato que se atreva a sustentar... (en la derogación del precepto comentado) la desaparición de los tradicionales llamamientos usufructuarios del supérstite...», calificando incluso de «revolucionaria» la tesis opuesta. No obstante, la indemostrada veracidad de tan rotundas afirmaciones merece, al menos, algunas consideraciones por nuestra parte.

El artículo derogado establecía, en tema de derechos viduales usufructuarios, dos reglas, de las cuales una era simple especificación de otra: la primera —congruente con la preferencia de los hermanos y los sobrinos a heredar en propiedad— reconocía al viudo el derecho de concurrir con éstos por su cuota usufructuaria; la segunda (apoyada en el inciso «en todo caso») hacía de suyo innecesaria la primera al reconocérsela siempre. Es bastante probable que el tema del usufructo viudal pasara desapercibido en la discusión parlamentaria del texto en vigor, pues lo cierto es que, aprobado el preferente derecho del cónyuge a heredar en propiedad antes que los hermanos y sobrinos, el vacío de los artículos 952 y 953 quiso llenarse con unas oscuras reglas (1) que para nada se referían a dicha cuota y que desaparecieron finalmente en el Senado por consecuencia de ciertas enmiendas del Grupo Socialista.

En tal circunstancia: ¿pervive el derecho viudal usufructuario en la concurrencia con órdenes preferentes?

Desde un punto de vista lógico, y ante el silencio del legislador, cabe ciertamente razonar en ambos sentidos. Así, contra la pervivencia del usufructo viudal podría aducirse:

a) Que el único artículo que permitía aplicar a la sucesión intestada los beneficios viduales legitimarios —el artículo 953— ha sido derogado.

b) Que ello probablemente pueda entenderse como manifestación contraria a la pervivencia de aquel derecho, pues de otra forma se hubiera mantenido de algún modo la conexión (cfr. art. 942), y, lejos de ello, el precepto se ha dejado en blanco.

---

(1) Artículo 952: «Los medio hermanos concebidos durante el matrimonio del que nació el difunto, y los hijos de aquéllos, sólo sucederán en defecto de otros hermanos o hijos de hermanos».

Artículo 953: «La misma regla se observará si el causante fue concebido durante el matrimonio de uno de sus progenitores respecto de los medio hermanos nacidos de este matrimonio».

c) Que la regla general de la sucesión intestada es la de suceder en propiedad, y que el hacerlo en usufructo es una excepción que por tanto ha de fundarse en norma expresa.

d) Y, por último, que con tal desaparición se compensaría en cierto modo el trato preferencial que se da con la reforma al viudo, al suceder ahora antes que los hermanos y los hijos de éstos.

Por la contraria pudiera igualmente afirmarse:

a) Que es absurdo suprimir derechos del viudo en el contexto de una legislación directamente encaminada a potenciarlos.

b) Que no tiene sentido que el viudo, que ha de concurrir con ascendientes y descendientes en la sucesión voluntaria aun contra lo querido por el testador, no pueda hacerlo en cambio en ausencia de disposición individual (LACRUZ, BONET), lo que ha de estimarse contradictorio de su voluntad presunta, que es para muchos el criterio que fundamenta la regulación del *ab intestato*.

c) Que de otra forma sería muy fácil vulnerar los derechos del viudo, pues el testador, carente de una justa causa para desheredarlo, podría dejarlo sin nada simplemente no otorgando testamento.

d) Y, finalmente, que lo pretendido por el legislador al suprimir el artículo 953 fue simplemente dar coherencia interna al sistema (pues el viudo ya no concurre con los hermanos y sobrinos, sino que es preferido a ellos), pero nunca dejar sin efecto su cuota usufructuaria, que debe considerarse subsistente. Se trataría, por tanto, de un simple olvido del legislador.

No obstante, tales argumentos deben considerarse en principio meramente especulativos ante el silencio del Código, pues la bondad de una posible solución no basta *per se* para transformarla en mandato legal. Nótese que en la primitiva redacción del Código el problema consistía en buscar criterios con los que justificar la interpretación amplia de una norma existente, en tanto que ahora se trata de un supuesto de inexistencia de aquélla. Partiendo de esto —que parece evidente—, parece que la cuestión deba recibir el tratamiento de los vacíos legislativos y, por tanto, la solución ha de buscarse:

a) O en la posible aplicación analógica de los artículos 834 y siguientes (como se apuntaba en la primera de las indicadas Resoluciones), para lo cual habremos de demostrar previamente que entre ambos supuestos existen «semejanza» e «identidad de razón» (art. 4, 1, del Código Civil).

b) O, como parece más claro, colmando el vacío por los medios es-

pecíficamente previstos por el artículo 1.º del Código Civil, que mandan acudir a la costumbre «en defecto de ley».

La laguna se colmaría, por tanto, mediante la aplicación de una costumbre de casi cien años de antigüedad que no puede decirse sea contraria a la moral ni al orden público, es congruente con los principios inspiradores de nuestro sistema y resulta más que probada por su notoriedad. El olvido evidente del legislador quedaría así subsanado por aplicación de la doctrina general de las fuentes del Derecho.

Claro que en tal caso habría que destacar que aunque dicha «degradación de rango normativo» (de disposición legal a norma consuetudinaria) no parece vaya a tener gran repercusión en la práctica, conviene tener presente (CASTRO):

a) Que en los textos legales no se impone como obligación de los Jueces y funcionarios el conocimiento de las costumbres, de suerte que éstas no se aplican de oficio, sino que han de alegarse y probarse por las partes al igual que los simples hechos. (¿Cabría, por tanto, que los Tribunales reconocieran su derecho al viudo si específicamente no se ha solicitado así? ¿Sería ello constitutivo de incongruencia?)

b) Que los favorecidos por la costumbre pueden o no prevalerse de ella. (¿Podría, por tanto, el viudo renunciar a su derecho de cualquier forma y sin sujetarse, por tanto, a las prescripciones del artículo 1.008 del Código Civil?)

c) Que sus reglas han de aplicarse de modo estricto. (¿Podría, por tanto ocurrir que si no «es costumbre» verificar la conmutación del usufructo ésta no pueda tener lugar?) (2).

d) Y, finalmente, que la infracción de su contenido no puede ser objeto de recurso de casación.

Todo ello hubiera hecho conveniente dar contenido al precepto, previendo expresamente la concurrencia del viudo con los órdenes preferentes por su cuota usufructuaria en los términos establecidos por los artículos 834 y siguientes del Código Civil. En cualquier caso (como destacarán las apuntadas Resoluciones) la práctica se muestra unánimemente favorable a reconocérselo.

FRANCISCO GARCÍA SERRANO  
Notario

---

(2) Quiero decir como tal conmutación, independientemente de que lleguen a la misma finalidad en base a su libertad de contratar (con las diferentes consecuencias de trato fiscal).