

LA CONMUTACIÓN DEL USUFRUCTO LEGITIMARIO DEL CÓNYUGE VIUDO EN EL CÓDIGO CIVIL

JUAN ANTONIO FERNÁNDEZ CAMPOS
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. Finalidad del usufructo legitímario en favor del cónyuge viudo.— 2. Naturaleza jurídica de la conmutación.— 3. Concurrencia de conmutaciones.— 4. Sujetos que participan en la conmutación. Los titulares de la facultad de conmutación.— 5. Intervención del testador en la conmutación.— 6. Intervención del cónyuge viudo en la conmutación.— 7. Los distintos medios para conmutar el usufructo.— 8. La medida contemplada en el art. 839.II del Código Civil.— 9. Imputación del usufructo legitímario del cónyuge viudo.

El art. 807 del Código Civil enumera al cónyuge viudo entre los sujetos considerados heredero forzoso o legitímario del causante, y más adelante, el art. 834 establece que la legítima del cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, consistirá en el usufructo del tercio destinado a mejora, participación que se incrementa cuando el cónyuge viudo concurre con ascendientes (art. 837.I) o cuando no existen ni descendientes ni ascendientes (art. 838). Pero a continuación señala el art. 839 que «Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial».

En las siguientes páginas trataremos de la facultad contemplada en este precepto conocida en la doctrina y en la jurisprudencia como la *conmutación* del usufructo legitímario vidual, en la inteligencia de que esta institución permite conocer mejor el alcance y naturaleza de la legítima del cónyuge viudo en el sistema sucesorio de nuestro Código Civil. Abordaremos, en concreto, la finalidad del usufructo vidual y el contexto en el cual se incorporó al Código Civil de 1889; la naturaleza jurídica de la conmutación como medio para evitar los inconvenientes derivados del usufructo como forma de satisfacer la legítima al cónyuge viudo; a continuación abordaremos el supuesto de concurrencia de conmutaciones: la prevista en el art. 839 a instancia de los «herederos» y la prevista en el art. 840, a instancia del

cónyuge viudo; respecto de los sujetos que participan en la conmutación, analizaremos tanto los titulares de la facultad de conmutación del art. 839, como la intervención del causante y del cónyuge supérstite en los distintos aspectos de la conmutación; por último, examinaremos los medios sustitutivos del usufructo enumerados en el art. 839, y la medida contemplada en el párrafo segundo de este artículo para asegurar el usufructo viudal.

1. FINALIDAD DEL USUFRUCTO LEGITIMARIO EN FAVOR DEL CÓN- YUGE VIUDO

La legítima del cónyuge viudo es una institución compleja, como el resto de legítimas, pero que además presenta rasgos que la diferencian de las legítimas atribuidas a los descendientes o a los ascendientes, uno de los principales es la de consistir, por mandato de los arts. 834-840 del Código Civil en una parte de la herencia en usufructo, y no en propiedad.

El cónyuge supérstite ha alcanzado la condición de legitimario sólo desde el Código Civil de 1889, y, además, en una fase avanzada de su elaboración. Esto explica que el art. 792 del anteproyecto de 1882-1888, precedente inmediato del actual art. 807 C.C., no incluyera al cónyuge viudo en la enumeración de los legitimarios; y que la regulación de la legítima del cónyuge viudo no se incluya, sistemáticamente, dentro de la Sección quinta del Capítulo II (la sección dedicada a las legítimas), sino en una sección autónoma, la séptima, titulada «Derechos del cónyuge viudo», donde significativamente, no se menciona el carácter legitimario del derecho sucesorio del cónyuge viudo.

Con anterioridad al Código Civil el cónyuge viudo había sido sujeto beneficiario de derechos sucesorios, pero nunca en calidad de legitimario. Según García Goyena, la Comisión General había previsto una base donde se atribuía al viudo o viuda el concepto y los derechos de heredero forzoso aun en concurso de hijos y descendientes, pero tal base fue revocada «no solo por ser irregular, monstruosa y chocante con todos los principios que rigen la materia de herencias, sino también por haberla hallado impracticable después de mil y mil combinaciones»¹.

En efecto, en el art. 773 del Proyecto de Código Civil de 1851 se concedía una cuota en propiedad al cónyuge supérstite, equivalente a 1/5 parte de los bienes si concurre con descendientes, 1/4 parte si concurre con ascendientes, y 1/3 a falta de unos u otros, pero como derecho sucesorio del cónyuge viudo en la sucesión intestada. La explicación que al art. 773 da García Goyena es bien elocuente: «si el difunto consorte hizo testamento y pasó en olvido al que un tiempo fue objeto exclusivo de su cariño, al compañero de toda su vida, el legislador debe respetar este triste y forzado silencio: no caben presunciones en este caso porque hay una

¹ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil*, Tomo II, Madrid, 1852, p. 188.

voluntad espresa. Pero si murió intestado, puede y debe el legislador presumir en favor del viudo o viuda, que vivieron y se amaron como buenos esposos, que el difunto hubiera provisto al bienestar del sobreviviente si hubiera hecho testamento». También justifica el comentarista la opción seguida por el Proyecto de atribuir una cuota en propiedad variable según los parientes con quienes concurra: de esta forma, al tratarse de una cuota en propiedad, el derecho sucesorio intestado del cónyuge supérstite no daba lugar al enojoso usufructo².

Tres décadas después, la base 17 de la Ley de 11 de mayo de 1888 dispuso que «se establecerá a favor del viudo o viuda el usufructo que alguna de las legislaciones especiales le conceden, pero limitándolo a una cuota igual a lo que por su legítima hubiere de percibir cada uno de los hijos, si los hubiere, y determinando los casos en que ha de cesar el usufructo». Dicha base no concretó muchos aspectos del derecho sucesorio del cónyuge viudo sino que concedió amplias facultades a la Comisión encargada de la redacción del articulado en orden a determinar la calidad del derecho sucesorio del viudo, a su cuantía y forma de satisfacción en concurrencia con ascendientes, colaterales o extraños, así como a la designación de la parte de la herencia de la cual se había de deducir la cuota usufructuaria del cónyuge viudo.

Finalmente, en la redacción del articulado se optó por conceder al cónyuge supérstite un derecho sucesorio en calidad de legitimario, que gravaría, en caso de concurrencia con los hijos del causante, no la parte del tercio libre sino el tercio destinado a mejora; con una cuota variable, en función de la clase y número de parientes concurrentes y, por último, se le concedería en usufructo y no en propiedad, en todos los casos.

Con esta configuración del derecho sucesorio del cónyuge supérstite se quería, por una parte, que el cónyuge viudo participara en la herencia del premuerto (ya no se confiaba solamente en la participación en los gananciales) con independencia de su situación económica (a diferencia de los antecedentes históricos que hacían depender el derecho sucesorio del viudo de su situación de indigencia)³. Pero no quería el legislador que este derecho gravase demasiado la parte que debían recibir los hijos; por eso se le concedió, en la redacción originaria del Código Civil (hasta la reforma de 1958), una cuota reducida, equivalente a lo que por legítima correspondía a cada uno de sus hijos legítimos no mejorados, y además, en usufructo, para que a la muerte del viudo el hijo pudiera consolidar la propiedad.

2 GARCÍA GOYENA, ob. cit., p. 189.

3 Sobre los antecedentes históricos de la legítima del cónyuge viudo vid. CANO TELLO, «El artículo 834 del Código Civil desde la perspectiva de los derechos históricos y de los nuevos principios del Derecho de Familia español», en *Centenario del Código Civil*, I, CEURA, Madrid, 1990, pp. 394-397; GACTO FERNÁNDEZ, *La condición jurídica del cónyuge viudo en el Derecho visigodo y en los fueros de León y Castilla*, Sevilla, 1975, pp. 129-181; ÁLVAREZ CORA, «Derecho Sexual visigótico», en *Historia, Instituciones y Documentos*, núm. 24, 1997, pp. 26-34 y 34-49; MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, Tomo XIV, 1944, revisado por ORTEGA LORCA, Reus, Madrid, pp. 636-680.

La forma de usufructo permitía así resolver algunos problemas: «el legislador quiere, y prescribe, que el cónyuge viudo participe en los bienes hereditarios del cónyuge premuerto, mas como se encontrase en la disyuntiva de dos términos incompatibles, o sea, la concesión de una cuota al viudo en propiedad, y el principio de vinculación de los bienes a la familia a que pertenecen, ideó la fórmula usufructuaria»⁴. Para otros autores, «el usufructo de la nueva Ley, verdadera legítima de los viudos, dignificará al matrimonio, haciendo a los cónyuges partícipes recíprocos de sus fortunas, y asegurará medios independientes de subsistencia a los viudos, pero ni en poco ni en mucho vigorizará la familia ... No ha tenido, por tanto, razón alguna la Ley de Bases para decir que establecía a favor del viudo o viuda el usufructo que algunas leyes especiales le conceden»⁵.

En efecto, el usufructo viudal reconocido en alguna legislación foral sí tiene un marcado carácter de institución familiar, destinado a asegurar el sostenimiento económico del cónyuge supérstite y de los hijos a su cargo, y mantener la unidad del patrimonio familiar, impidiendo su división hasta que fallezcan ambos progenitores (por eso no cabe la sustitución del usufructo por otras prestaciones en estas legislaciones). Se asegura, así que el cónyuge supérstite conserve una posición importante como gestor del patrimonio familiar⁶.

Cuando el legislador del Código Civil incorporó el usufructo como forma de satisfacer la legítima del cónyuge viudo, tuvo presente la institución foral del usufructo viudal, reduciendo su cuantía para no lesionar los derechos de los otros legitimarios; pero la dotó de un régimen jurídico que deja constancia de la distinta finalidad perseguida ya que, por un lado, permitía la conmutación del usufructo por otras formas de satisfacción que evitaran sus inconvenientes económicos y jurídicos; y por otro, no se perdía el usufructo viudal por segundo o ulterior matrimonio del cónyuge supérstite. En nuestra opinión, además de la proclamación de acercar el Código Civil a la legislación foral, el verdadero modelo que siguió el legislador español de 1889 fue, seguramente, el Código Civil italiano de 1865 (como lo atestigua la casi idéntica redacción dada al precepto).

La escasa entidad de la cuota legitimaria del cónyuge supérstite en el Código Civil ha sido también explicada en relación con la participación del viudo en la liquidación de los gananciales a la muerte del esposo. Es decir, los regímenes económico matrimoniales y los sucesorios se encuentran relacionados entre sí como vasos comunicantes: «un derecho propiamente sucesorio a favor del cónyuge supérstite será tanto más necesario cuando, por haber vivido el matrimonio bajo un

4 RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, «La naturaleza jurídica de la institución del cónyuge supérstite en el Derecho español», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1949, pp. 19-20.

5 FALCÓN, *Derecho Civil*, Tomo III, Madrid, 1897, pp. 266-267.

6 Defensores del usufructo como forma de satisfacer el derecho sucesorio del cónyuge supérstite son D'ORS/BONET CORREA, «El problema de la división del usufructo (Estudio romano-civilístico)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1952, pp. 102-106.

régimen de absoluta separación de bienes, no exista un derecho a participar en las ganancias obtenidas en vida por el premuerto»⁷.

Pero esta ecuación, en principio ilustrativa, no impide, con todo, que en los diversos sistemas con régimen económico matrimonial de comunidad de bienes no sean los mismos los derechos sucesorios del cónyuge viudo (compárese los derechos sucesorios del cónyuge viudo en la legislación civil de Aragón, Navarra, y en el sistema del Código Civil). Asimismo, no se debe olvidar que la cuota legitimaria del cónyuge supérstite en el Código Civil no depende del régimen económico matrimonial que tuvieron los esposos: es decir, que dicha cuota no se incrementa en el caso de que los esposos hubieran pactado un régimen de separación de bienes.

El usufructo fue elegido como medio de satisfacción de la legítima del cónyuge viudo pensando en la concurrencia del viudo con los hijos o descendientes del causante donde cumplía la función transaccional ya señalada. Esa función del usufructo legitimario, no tenía razón de ser cuando se trataba de concurrencia del cónyuge viudo con ascendientes, o extraños⁸. En efecto, cuando el viudo concurre con ascendientes, su legítima en forma de usufructo priva a éstos del disfrute de los bienes atendiendo a que, normalmente, los ascendientes del causante fallecerán antes que el viudo; el usufructo tampoco tiene razón de ser como forma de satisfacer la legítima cuando el cónyuge viudo concurre con extraños, puesto que ya no cabe alegar la continuidad del patrimonio familiar para impedir la atribución al viudo de una cuota de los bienes en propiedad. De estas disfunciones era consciente alguna doctrina: «la cuota sólo debía asignarse en usufructo en concurrencia con hijos, pues en concurrencia con otras personas pesan más los inconvenientes económicos de esa desmembración del dominio, que el deseo de conservar los bienes en la familia de que proceden, única razón que puede aducirse para no asignar al cónyuge su cuota en propiedad»⁹.

En consecuencia, el legislador, siendo consciente de los inconvenientes del usufructo, siguiendo el ejemplo del *codice civile*, contempló la figura de la conmu-

7 PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Volumen 3º, Bosch, Barcelona, 1991, p. 59. Advierten esta relación otros autores: CALVO CARAVACA, «La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español», en *Revista General de Derecho*, 1986, p. 3130; DE COSSIO Y CORRAL, «Los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente», en *Revista de Derecho Privado*, 1957, p. 135; ZABALO ESCUDERO, *La situación jurídica del cónyuge viudo (Estudio en el Derecho internacional privado y Derecho interregional)*, Aranzadi, 1993, pp. 133-134.

8 CASTÁN VÁZQUEZ («Sucesión forzosa y sucesión contractual», en *Revista de Derecho y ciencias Sociales*, 1964, pp. 34 ss, extractada por CASTÁN TOBENAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo VI, Volumen 2, pp. 616-617) sopesando los inconvenientes y ventajas de que la legítima del cónyuge viudo se satisfaga mediante usufructo o mediante cuota en propiedad, propone una solución intermedia: «si existen hijos, el sistema de usufructo; si no hay hijos, el sistema de propiedad, ya que en este caso faltan razones suficientes para desmembrar el dominio».

9 MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, 7ª edición revisada por OGAYAR AYLLÓN, Reus, Madrid, 1951, p. 580.

tación, a iniciativa de los propios herederos, dentro del estatuto jurídico de la legítima del cónyuge viudo.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONMUTACIÓN

La finalidad de la conmutación del usufructo legitimario no es otra que evitar los inconvenientes jurídicos y económicos de esta forma de satisfacer la legítima del cónyuge viudo, ya que la atribución a distintos sujetos de la propiedad, por una parte, y del usufructo, por otra, obstaculiza la circulación de los bienes, al tiempo que puede constituir ocasión de un inadecuado aprovechamiento de los mismos, y puede generar dificultades e incompatibilidades en la gestión de los bienes entre usufructuario y nudo propietario.

La comunidad hereditaria, en general, representa una situación que el Código Civil viene a considerar como transitoria por ser una forma de organización inconveniente: de «situación inestable, fuente de litigios, obstáculo al establecimiento de relaciones jurídicas regulares y dañosa a la economía», la califica la doctrina¹⁰. Esos mismos inconvenientes se pueden predicar de la situación de comunidad a que conduce el usufructo legitimario viudal. Por consiguiente, la finalidad de nuestra institución se dirige a evitar esos inconvenientes, sin menoscabar con ello el valor del derecho sucesorio del cónyuge viudo: el beneficio económico o participación que la ley pretende asegurarle en la sucesión del esposo premuerto mediante la legítima se puede satisfacer con otros medios distintos del usufructo.

La conmutación del usufructo prevista por el art. 839, procede, casi literalmente, del art. 819 del Código Civil italiano de 1865. La doctrina italiana más autorizada consideraba la conmutación como un acto de partición, en el sentido de que el usufructo existe desde la apertura de la herencia como derecho sucesorio del cónyuge viudo y *la conmutación comporta una particular adjudicación*¹¹. La afirmación de que la conmutación constituye un acto de partición implica la aplicación de las reglas previstas para la partición a la conmutación¹².

Por el contrario, en nuestra doctrina se considera que la conmutación no es una adjudicación particional, sino que es un acto de pago, de entrega de legado

10 LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo V: Sucesiones, Bosch, 1993, p. 112.

11 CICU, *Successione legittima e deli legitimari*, Giuffrè, Milano, 1943, p. 124; COVIELLO, *Successione legittima e necessaria*, Giuffrè, Milano, 1938, pp. 260 ss; y SANTORO PASSARELLI, *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, p. 719.

12 Retroactividad de la partición (art. 757 *codice civile*), las normas de garantía por evicción (arts. 758-759), la norma del art. 762 en caso de omisión de uno o más bienes hereditarios en orden al cómputo de los bienes, aplicación de la rescisión por lesión (art. 764). MENGONI (*Successioni per causa di morte. Successione legittima, Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Volumen XLIII, Tomo I, Giuffrè, Milano, 1961, p. 193) considera que «la conmutación no es un acto de división en sentido técnico, pero produce la división en cuanto que tiene por efecto el cese de la comunión de goce de los bienes hereditarios».

legal»¹³. Se asimila la conmutación a la categoría de obligación facultativa donde el heredero (deudor) tiene la facultad de satisfacer la legítima del cónyuge viudo entregando una prestación distinta al usufructo legal¹⁴. A lo cual cabe responder advirtiendo que «el acto de pago al cónyuge viudo, sea en usufructo, sea en cualquiera de los medios enumerados en el art. 839 parece ser algo más que el pago de un legado, en tanto que el cónyuge tiene derecho a algo tan importante como pedir la partición hereditaria y concurrir a su aprobación»¹⁵.

A nuestro juicio la conmutación constituye una **operación particional**, o una «partición parcial» en la medida en que concreta un derecho sucesorio, la legítima del cónyuge viudo, que el Código Civil satisface en primera instancia con un usufructo sobre una parte de la herencia (con la cuantía establecida en los arts. 834-838 C.C.). Hace falta partición para determinar cuáles serán los bienes concretos sobre los cuales recaerá ese usufructo sólo que en esa partición se puede transformar el contenido del derecho del cónyuge viudo, manteniendo su valor económico, y convertirlo en otro distinto del usufructo por medio de la conmutación.

La conmutación permite, como la partición, terminar con la situación de comunidad derivada de la apertura de la sucesión del causante, satisfaciendo el derecho sucesorio del cónyuge supérstite con uno de los medios contemplados en el art. 839. No se puede equiparar al cónyuge supérstite legitimario como un legatario, acreedor frente al heredero de la entrega de la cosa legada por el causante. La legítima es una atribución legal, no procede de la voluntad del causante. El cónyuge viudo en cuanto que es legitimario tiene una posición jurídica distinta de la del legatario.

Por tanto el derecho sucesorio del cónyuge viudo necesita ser concretado en una partición, siguiendo las reglas generales de ésta. Solo que, a los efectos de salvar los inconvenientes jurídicos y económicos del usufructo, medio primario de satisfacción de su legítima, la Ley habilita a los herederos para que puedan sustituir el usufructo por otros medios, incluso en contra de la voluntad del propio cónyuge (y por eso ha sido necesario incluir expresamente esta institución y hacerlo, particularmente, en la regulación de la propia legítima del cónyuge viudo).

13 MEZQUITA DEL CACHO, «Conmutación del usufructo vidual común (Análisis del art. 838 del Código Civil)», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. XV, 1957, p. 235. Tampoco la considera acto de división MASIDE MIRANDA, *Legítima del cónyuge supérstite*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1989, p. 152, en la medida en que la conmutación no puede ser instada por el cónyuge viudo, siendo persona interesada en la comunidad, sería ir contra el principio general de los arts. 400 y 1051 C.C.

14 MASIDE MIRANDA, ob. cit., p. 151; de «facultas solutionis, ejercicio de subrogación real y conversión jurídico material», la califica VALLET DE GOYTISOLO, «Contenido cualitativo de la l vidual del Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, 1970, p. 115.

15 GULLÓN BALLESTEROS, «La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo», en *Anuario de Derecho Civil*, 1964, p. 604.

3. CONCURRENCIA DE CONMUTACIONES

Además de la conmutación a instancia de los herederos, prevista en el art. 839, también se contempla la posibilidad de modificar la forma de satisfacer la legítima del cónyuge viudo en el art. 840 C.C., precepto introducido con la reforma del Código Civil operada por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, y conectado directamente con el art. 837.II C.C. (también introducido en dicha reforma) que establece una distinta cuantía del usufructo cuando el cónyuge viudo concurre con «hijos sólo de su consorte concebidos constante el matrimonio de ambos», en cuyo caso el usufructo ya no se extiende al tercio destinado a mejora, sino que se extiende a la mitad de la herencia.

En opinión de la doctrina, aunque el precepto del art. 837.II C.C. pudiera ser considerado inconstitucional por establecer una distinta cuantía del usufructo del cónyuge viudo en función de la filiación de los hijos concurrentes¹⁶, no merece, en cambio, tal calificación el art. 840, porque introduce un tratamiento desigual respecto a la conmutación que cabe considerar razonable¹⁷. En efecto, la *ratio* de la conmutación del art. 840 C.C. es no obligar al viudo a mantener relaciones jurídicas duraderas como son las que deben mantener el usufructuario con el nudo propietario pero también las que debería mantener el cónyuge viudo en alguno de los medios de conmutación contemplados en el art. 839, con hijos sólo de su consorte concebidos constante el matrimonio de ambos. Se trata, por tanto, de responder al fundamento objetivo de la conmutación (evitar la desmembración del dominio) y al tiempo introducir un componente subjetivo: evitar estas relaciones jurídicas que se consideran por el legislador como problemáticas¹⁸; por eso, la iniciativa de la conmutación del art. 840 corresponde, excepcionalmente, al cónyuge viudo. Los hijos, por su parte, no podrán impedir la conmutación, pero les corresponde a ellos elegir el medio que sustituirá al usufructo, que será alguno de los contemplados expresamente en el propio precepto.

16 Sobre la constitucionalidad de dicho precepto la discusión doctrinal es abundante: DELGADO ECHEVERRÍA, «La reforma en el Derecho de Sucesiones», en *Nuevo régimen de la familia*, II, Civitas, Madrid, 1981, pp. 190-191; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La conmutación...* pp. 135-141; MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1322-1329; NÚÑEZ BOLUDA, «El orden de suceder abintestato y personas con derecho a legítima después de la reforma del Código Civil de 1981», en *Revista de Derecho Privado*, 1986, pp. 756-757; REY PORTOLÉS, «Comentarios a “vuela pluma” de los artículos de Derecho sucesorio (cuatro más) reformados por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 553, 182, pp. 1564-1568; RODRÍGUEZ ADRADOS, «Los preceptos fracasados en la reforma del Código Civil», en *Revista de Derecho Notarial*, 1981, pp. 300-301; VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XI, EDERSA, Madrid, 1982, p. 468.

17 MIQUEL GONZÁLEZ, ob. cit., p. 1329.

18 Serían las que O'CALLAGHAN (*Compendio de Derecho Civil*, Tomo V, EDERSA, Madrid, 1990, p. 296) llama razones «humanas» que justifican también la conmutación.

El hecho de que la iniciativa de la conmutación prevista en el art. 840 corresponda al cónyuge supérstite no significa que si éste no insta la conmutación vía art. 840, los hijos, en la medida en que son herederos o sujetos facultados por el art. 839, no puedan instar la conmutación prevista en este último precepto.

Por otro lado habría concurrencia de conmutaciones si los hijos instan la conmutación prevista en el art. 839 C.C., y el cónyuge viudo insta la conmutación *ex* art. 840 C.C. En nuestra opinión, en tal caso habrá que conjugar ambas iniciativas integrándolas; esto es, el hijo que ha instado la conmutación *ex* art. 839, debe conformarse con los medios sustitutorios previstos en el art. 840 C.C. (un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios) no pudiendo optar por los otros medios contemplados en el art. 839 (una renta vitalicia o entregar los productos de determinados bienes) lo cual le permite a él evitar los inconvenientes económicos y jurídicos del usufructo, la finalidad del art. 839, pero al tiempo cumplir también la finalidad del art. 840.

4. SUJETOS QUE PARTICIPAN EN LA CONMUTACIÓN. LOS TITULARES DE LA FACULTAD DE CONMUTACIÓN

El art. 839 establece para delimitar el ámbito subjetivo de la facultad de conmutación que *Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo...* La opinión dominante dentro de nuestra doctrina es la de entender que el término *herederos* utilizado en el art. 839 comprende a todos los herederos, no sólo los herederos forzosos o legitimarios, sino también los herederos voluntarios, y los herederos legales o intestados. Es más, el término «herederos» comprendería también a otros sucesores que no tienen propiamente la cualidad de herederos, como los legatarios pero, siempre y cuando estos legatarios, o los propios herederos, estuvieran afectados por el usufructo¹⁹.

La doctrina ha advertido la necesidad de interpretación extensiva del término utilizado en el art. 839: «Si el deseo del legislador hubiese sido mantener la inflexibilidad del usufructo no existiría el art. 839; al insertarlo, no se le puede considerar al usufructo cosa inmutable, sino, por el contrario, expuesto en todos los casos a ser sustituido por otra prestación, por ella debieran poder entrar todos los que tengan interés, sean herederos, sean legatarios»²⁰.

En cambio, otro sector (minoritario) de la doctrina entendía que el término «herederos» del artículo 839 había de ser interpretado de forma restrictiva de modo que los sujetos legitimados para conmutar el usufructo serían solo los hijos o

19 VALLET DE GOYTISOLO. «Contenido cualitativo...cit... p. 110; GULLÓN BALLESTEROS, ob. cit., p. 589; ROCA-SASTRE MUNCUNILL. *Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1991, p. 332; MASIDE MIRANDA, ob. cit., p. 168; CÁRCABA FERNÁNDEZ. «Reflexiones sobre la conmutación del usufructo vidual», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 260, 1986, p. 568.

20 MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., p. 815.

descendientes legítimos, apoyándose en los siguientes argumentos: a) sólo pueden instar la conmutación los hijos y descendientes, que son los herederos forzosos de primer grado, porque frente a los demás, el cónyuge viudo puede oponer la intangibilidad cualitativa de su legítima. b) En el art. 820.3º C.C. en caso de que el testador haya previsto un legado de usufructo que sobrepase el tercio de libre disposición, la «conmutación» allí contemplada está reservada a estos legitimarios. c) Por último, el art. 839 es un precepto de interpretación restrictiva en virtud de su carácter excepcional, pues está contemplando una causa de extinción del usufructo legitimario distinta de las causas de extinción del resto de usufructos²¹.

Estos argumentos en favor de la interpretación restrictiva del término «herederos» pueden ser rebatidos sobre la base de, al menos, las siguientes consideraciones: primero, la conmutación no comporta una lesión a la intangibilidad cualitativa de la legítima del cónyuge viudo porque es la propia ley la que contempla la posibilidad de sustituir el usufructo por otros medios, en la inteligencia de que tanto el uno como los otros, son modos igualmente válidos para satisfacer su derecho sucesorio. El componente cualitativo de la legítima del cónyuge viudo no es como el del resto de legítimas (por eso el artículo 813 C.C. se halla en la sección dedicada a la regulación de la legítima de los descendientes y de los ascendientes)²².

Segundo, lo dispuesto en el art. 820.3º del Código Civil respecto al legado de usufructo reducido al tercio de libre disposición no constituye un supuesto de conmutación sino una reducción, no responde a la finalidad de salvar la integridad del dominio (finalidad de la conmutación y que determina su más amplio ámbito de actuación) sino que obedece a la finalidad de reducir las disposiciones testamentarias inoficiosas, por eso se encuentra ubicado sistemáticamente en sede de legítima²³, y sólo a disposición de los legitimarios.

Finalmente la doctrina más autorizada no admite la interpretación restrictiva del art. 839 del Código Civil con base en su carácter excepcional. La conmutación del usufructo debe considerarse como parte relevante del estatuto jurídico de la legítima del cónyuge viudo en el sistema sucesorio del Código Civil, y además responde perfectamente al principio que lo inspira: evitar la desmembración del dominio²⁴. La función de la conmutación —evitar los inconvenientes de la división del dominio— abona su interpretación amplia a todos los casos donde dicha división pueda

21 MEZQUITA DEL CACHO, ob. cit., pp. 240-250.

22 En cualquier caso, y atacando la coherencia interna de su propio argumento, si la conmutación supone una lesión a la legítima del cónyuge viudo, lo sería siempre, tanto cuando la conmutación es instada por un heredero voluntario como cuando resulta a iniciativa del hijo o descendiente legitimario; y si sólo corresponde a legitimarios preferentes, también debería corresponder a los ascendientes.

23 Vid. DE LA CÁMARA, «Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección Tercera, Volumen I, Madrid, 1964, p. 976; GULLÓN BALLESTEROS, ob. cit., p. 587; MASIDE MIRANDA, ob. cit., pp. 164-165.

24 DE LA CÁMARA, ob. cit., pp. 977-978; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, ob. cit., p. 327: «no puede ser excepcional por responder a una ratio y finalidad prevista por la ley, siempre que no exceda de esta finalidad»; GULLÓN BALLESTEROS, ob. cit., pp. 587-589.

darse con ocasión de la legítima del cónyuge viudo, lo cual comporta no sólo que bajo la expresión «herederos» resulten legitimados para conmutar los herederos de toda clase y también los legatarios, sino incluso los donatarios cuyas atribuciones resulten afectadas por la legítima del cónyuge viudo²⁵.

5. INTERVENCIÓN DEL TESTADOR EN LA CONMUTACIÓN

Analizaremos a continuación la posibilidad de que el causante imponga a los herederos, los sujetos facultados legalmente para la conmutación, la obligación de conmutar o les impida el ejercicio de esta facultad que la ley les concede.

En primer lugar hemos de poner de relieve que el testador no aparece mencionado como uno de los sujetos facultados para la conmutación del usufructo en el art. 839 C.C., ni es posible tampoco incluirlo dentro de la interpretación amplia del término «herederos» utilizado en el precepto. En consecuencia, una parte de la doctrina niega de partida cualquier intervención del testador en materia de conmutación atendiendo a que esta institución se regula en nuestro Código Civil como una facultad de los herederos pero no considera que la conmutación sea una materia propia del testador²⁶. La posible intervención del causante en el usufructo legitimario no puede llevarse a cabo, al menos directamente, vía art. 839 C.C.; no obstante, la finalidad perseguida por la conmutación puede ser alcanzada o evitada por el causante a través de otros medios.

A nuestro entender, si el causante quiere, por alguna razón, que su cónyuge no reciba su derecho hereditario en forma de usufructo lo que deberá hacer será no imponer la conmutación a los herederos, sino, directamente, satisfacer la legítima él mismo con una cuota en propiedad mediante una institución de heredero, o con un legado o con una donación, por valor del usufructo que le correspondiera. Lo cual no sería una facultad de conmutación predicada también del testador sino, simplemente la posibilidad de que el causante pueda satisfacer la legítima del cónyuge viudo con otros medios distintos del usufructo (en virtud del art. 815 C.C.)²⁷.

En cualquier caso, la doctrina admite la imposición o la prohibición de conmutación por parte del testador a los herederos voluntarios, o a los legitimarios cuando el usufructo viudal grava el tercio de libre disposición²⁸, casos en los cuales no se afecta a la legítima de estos sujetos. Pero en la práctica, el supuesto normal no será

25 Vid. infra.

26 MEZQUITA, pp. 266-268: «la decisión de la misma debe considerarse impropia de la voluntad del testador».

27 En este sentido LACRUZ BERDEJO (*Elementos...* V, 1988, p. 505) admite que el testador puede satisfacer los derechos legitimarios de su cónyuge mediante la asignación de bienes determinados por vía de legado, donación o institución de heredero, sea en propiedad o en usufructo; en cuyo caso el cónyuge viudo debe aceptar lo atribuido y, sólo si ello es insuficiente, exigir el complemento.

28 GULLÓN BALLESTEROS, ob. cit., p. 596.; DE LA CÁMARA, ob. cit., p. 982; VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit., p. 112; CÁRCABA FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 573; MASIDE MIRANDA, ob. cit., p. 176.

el de imputación de la legítima del cónyuge viudo sobre el tercio de libre disposición, sino el de concurrencia del cónyuge viudo con los hijos o descendientes del causante, en cuyo caso, en virtud de lo dispuesto en el art. 834 C.C., el usufructo viudal ha de imputarse al tercio destinado a mejora. ¿Puede en tal caso el testador impedir la conmutación?

La respuesta de la doctrina a esta última cuestión no es unánime, pero parece predominar aquella posición que estima que tal restricción impuesta a los legitimarios será aceptable sólo si el testador les ha «compensado» de alguna forma el perjuicio que la privación o no ejercicio de la facultad del art. 839 C.C. les ocasiona, mediante alguna atribución a cargo del tercio libre (y como cautela de opción compensatoria)²⁹.

Por nuestra parte estimamos que si la prohibición de conmutar impuesta por el testador al heredero afectado por el usufructo responde a su deseo de que el viudo sea usufructuario, el testador debería haber optado por otros medios, como haber cargado el usufructo viudal sobre el tercio de libre disposición. De lo contrario, el testador deberá aceptar el estatuto jurídico de la legítima del cónyuge viudo dentro de la cual es pieza singular la posibilidad de conmutar el usufructo por otros medios sustitutivos.

6. INTERVENCIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO EN LA CONMUTACIÓN

La cuestión en torno a la conmutación de la legítima del cónyuge viudo que ha suscitado más debate en nuestra doctrina ha sido la de determinar el ámbito de actuación del cónyuge viudo en las distintos aspectos de la conmutación y en este ámbito, precisar el significado de la expresión «mutuo acuerdo» utilizada por el legislador al establecer que *los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo..., procediendo de mutuo acuerdo*.

Parece fuera de discusión en la doctrina que la decisión de conmutar el usufructo por alguno de los medios contemplados en el art. 839 C.C. es una facultad de los herederos, aportando diversos argumentos: porque es la solución que adopta el *codice civile*, modelo de nuestro Código Civil en esta materia; porque iría contra la finalidad del precepto que es favorecer la no desmembración del dominio que el cónyuge viudo pudiera oponerse a la conmutación: será el nudo propietario, el que más sufre los inconvenientes del usufructo, a quien corresponda la decisión³⁰. Ciertamente, notemos que si hiciera falta mutuo acuerdo para conmutar no tendría sentido la previsión del art. 839 Código Civil.

Para conocer el sentido de la expresión utilizada por nuestro legislador es oportuno advertir que el art. 819 del *codice civile* de 1865, precedente directo de

29 Vid. por todas las posiciones de CÁRCABA FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 572; DE LA CÁMARA, ob. cit., p. 983; y GULLÓN BALLESTEROS, ob. cit., p. 598.

30 Por todos DE LA CÁMARA, ob. cit., p. 974; GULLÓN BALLESTEROS, ob. cit., p. 608, para quien los intereses de los herederos son los primordialmente tenidos en cuenta por el legislador al conceder la facultad de conmutación.

nuestro art. 839, establecía que la facultad de conmutación debía ser ejercida de común acuerdo; dicha expresión era interpretada por la doctrina italiana como necesidad de decisión conjunta, de acuerdo entre los coherederos³¹. En el anteproyecto de Código Civil de 1882-1888 la expresión *comune accordo* del precedente italiano se tradujo por «mutuo acuerdo», seguramente sin querer dar trascendencia a esta diferente expresión.

En cualquier caso, fuese intencionado o no el cambio de la expresión «común acuerdo» por la de «mutuo acuerdo», es muy significativo advertir que la primera jurisprudencia (vid. la S.T.S. 20 de diciembre de 1911) que debió interpretar y aplicar el precepto siguió considerando que la decisión de la conmutación así como la elección del medio, corresponde a los herederos (como facultad que les atribuye la ley); y así también interpreta el art. 839 la primera doctrina que estudia monográficamente la cuestión: «también en Derecho español la convertibilidad del usufructo viudal *constituye una facultad unilateral y potestativa* de los herederos, que no requiere consentimiento del cónyuge supérstite; la referencia del mutuo acuerdo debe sobreentenderse que alude *al de los mismos titulares conmutantes entre sí*, cuando sean varios»³².

En cambio, la doctrina mayoritaria actual refiere la expresión «mutuo acuerdo» a la necesidad de acuerdo entre las dos partes implicadas en la conmutación, a saber: el cónyuge viudo titular del usufructo; y los herederos que deben soportar el usufructo (aunque los autores discrepan respecto al ámbito de cuestiones respecto de las cuales es necesario el mutuo acuerdo). En opinión de la doctrina, si la intención del legislador hubiera sido que los herederos actuaran conjuntamente, los términos correctos que debió haber empleado hubieran sido que los herederos (o, en general, los facultados para instar la conmutación) debían proceder de «común acuerdo», y no de mutuo acuerdo, pues la expresión «mutuo» señala siempre la existencia de dos partes contrapuestas³³.

Con todo esta doctrina coincide en afirmar que el cónyuge viudo no interviene en todos los aspectos del proceso de conmutación. En concreto, no le corresponde la iniciativa para instar la conmutación (salvo el caso previsto en el art. 840 C.C.), ni tampoco ha de intervenir en la elección del medio sustitutivo del usufructo, sino que serán los propios sujetos conmutantes los que elijan de entre los medios expresamente enumerados en la ley (arts. 839-840 C.C.) aquel que estimen más

31 PACIFICI-MAZZONI, *Trattato delle Successioni*, Volumen IV (Delle Successioni testamentarie), Fratelli Cammelli, Firenze, 1906, p. 100; MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Volumen II, Parte II (Diritto delle Successioni per causa di morte), Giuffrè, Milano, 1952, p. 215; FERRI, *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Branca*, sub art. 547, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1981, p. 89; MENGONI, ob. cit., p. 210.

32 MEZQUITA DEL CACHO, ob. cit., p. 273.

33 Lo puso de manifiesto VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit., pp. 115-116; al que siguen LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 408; CÁRCABA FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 575.

oportuno siempre y cuando guarden la justa correspondencia en cuanto a su valor con el usufructo que le hubiera correspondido el cónyuge viudo. De lo contrario, si fuera necesario el mutuo acuerdo para la elección del medio sustitutivo, sería superfluo la enumeración de distintos medios que hace el art. 839. En consecuencia, para esta doctrina, el mutuo acuerdo señalado en el art. 839 del Código Civil se refiere a los aspectos de ejecución de la conmutación: a la valoración de la equivalencia entre el medio elegido y el usufructo sustituido, y la determinación de las garantías necesarias que aseguren la efectividad del nuevo medio sustitutivo³⁴.

La doctrina que aboga por la elección de mutuo acuerdo del medio de satisfacción de la legítima en sustitución del usufructo, alega que como la elección debe hacerse en la partición, si el viudo se opone al medio elegido por los herederos, habrá que acudir al juez³⁵. A lo cual cabría responder que es toda la conmutación, con los diferentes aspectos que comporta, la que debe hacerse en la partición (o implica en sí mismo una operación particional), pero eso no significa que alguno de esos aspectos (la decisión en sí misma de conmutar y la elección del medio sustitutivo) no puedan corresponder exclusivamente al heredero, siempre que se atenga a alguno de los medios contemplados en el art. 839 del Código Civil: de lo contrario si toda la conmutación debe seguir las reglas generales de la partición también la decisión de conmutar requeriría el consentimiento del cónyuge viudo, cosa que ninguna doctrina admite.

Es cierto que en algún caso el juez puede «revisar» el medio propuesto por los herederos, pero no por la oposición del cónyuge viudo, que no tiene mayor trascendencia que la de ser necesaria para que el juez pueda entrar a examinar dicha cuestión, sino sólo cuando el medio elegido no sea equitativo. En el fondo no se trata de impugnar el medio en sí mismo, sino su equivalencia con el usufructo, aspecto que sí requiere el acuerdo del cónyuge viudo.

34 Esta es la orientación predominante en la doctrina especializada desde MEZQUITA DEL CACHO (ob. cit., p. 279; aunque hemos de advertir que el autor no funda la participación del cónyuge viudo en estos aspectos de la conmutación por la expresión mutuo acuerdo, que para él viene referida a la necesidad de acuerdo entre los coherederos, los facultados para conmutar, sino en la propia naturaleza de la conmutación. Para DE LA CÁMARA (ob. cit., p. 974) el mutuo acuerdo no se refiere ni a la iniciativa ni a la elección del medio de pago, sino a resolver los «problemas derivados de la ejecución del procedimiento solutorio elegido». En opinión de VALLET DE GOYTISOLO (ob. cit., p. 115) la expresión «mutuo acuerdo» no se refiere a las formas subsidiarias de pago, sino a la determinación de la cuantía, de los bienes concretos que han de satisfacerse y a las garantías. También sigue esta orientación, GULLÓN BALLESTEROS (ob. cit., p. 606) quien defiende que «los herederos proponen al cónyuge viudo la conmutación, y éste se puede mostrar disconforme, no con ella, ni con el medio de pago elegido, sino con la valoración de su usufructo y del objeto por el que se sustituye» (la cursiva es del propio autor). Por último, para LACRUZ (*Derecho de Sucesiones*, II, Bosch, Barcelona, 1973, p. 96) el cónyuge viudo no puede tomar iniciativa de la sustitución ni siquiera oponerse al medio elegido por el heredero, «sólo en la fase de valoración de su derecho y concreción de los bienes afectos a su satisfacción es preciso su acuerdo, sin el cual cumple decidir al juez» (opinión que se mantiene en las sucesivas ediciones de la obra).

35 LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La conmutación de la legítima*. Tecnos, Madrid, 1988, p. 164.

En definitiva, la solución propuesta de que corresponde a los «herederos» la elección del medio sustitutivo cuenta con importantes argumentos a favor: en primer lugar, en atención al criterio del art. 840, salido de la reforma de 1981, en donde claramente se señala que la elección del medio sustitutivo corresponde a los herederos (incluso aunque la iniciativa parte del propio cónyuge viudo). Segundo, la elección del medio es proyección de la decisión de conmutar, que claramente corresponde a los herederos. Tercero, la cuantía del medio sustitutivo, así como las garantías si fueran necesarias, son aspectos que necesitan del mutuo acuerdo de modo que la posición del cónyuge viudo parece que queda suficientemente protegida en caso de conmutación. Cuarto, no podemos ignorar que todos los medios enumerados en el art. 839 son igualmente válidos para satisfacer la legítima del cónyuge viudo; cualquiera que sea el medio elegido por los herederos, el cónyuge viudo sólo puede alegar lesión de su legítima cuando «cuantitativamente» no se haya respetado su derecho sucesorio, porque el valor del medio elegido no se corresponde con el valor del usufructo. El cónyuge supérstite no puede, en consecuencia, ni pretender el usufructo negando la conmutación, ni tampoco oponerse a uno de los medios elegidos por los herederos y preferir otro.

7. LOS DISTINTOS MEDIOS PARA CONMUTAR EL USUFRUCTO

Examinaremos a continuación, brevemente, los distintos medios enumerados en el artículo 839 del Código Civil como sustitutivos del usufructo y que permiten su conmutación, a saber: la asignación de una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo; aunque también analizaremos si es posible considerar la asignación de un lote de bienes hereditarios (medios expresamente contemplado en el artículo 840 cuando la conmutación es instada por el propio cónyuge viudo) como medio alternativo del usufructo cuando la conmutación es solicitada por los herederos (ex art. 839 C.C.).

Respecto de la asignación al cónyuge viudo de una renta vitalicia como medio de satisfacción de su legítima, hay que destacar que implica la transformación de su derecho sucesorio al pasar de ser el cónyuge supérstite titular de un derecho real (el usufructo) a ser titular de un derecho de crédito (exigir el pago de una renta periódica con carácter vitalicio). Por su propia naturaleza de derecho de crédito, la conmutación del usufructo por una renta vitalicia exige la constitución de una garantía que asegure la efectividad del nuevo medio, pues de lo contrario, la satisfacción efectiva de la legítima dependería de la voluntad y la solvencia del heredero deudor, y esto disminuye el valor de su asignación.

Por otra parte, respecto del segundo medio sustitutivo del usufructo, la asignación del producto de bienes determinados, hay que señalar que este medio de satisfacción provocó inicialmente cierto desconcierto en la doctrina; para algunos significaba la posibilidad de que el heredero eligiera entre los bienes hereditarios

aquellos que han de soportar el usufructo³⁶; o comportaba conmutar el usufructo por un nuevo pero distinto derecho real que siga gravando al adquirente de los bienes determinados cuyos productos corresponde al viudo, siendo los herederos los que usan y administran la cosa matriz³⁷.

En nuestra opinión y siguiendo a la doctrina más autorizada³⁸, bajo los términos «producto de determinados bienes» se está designando un nuevo medio, distinto al usufructo y no constitutivo de un nuevo derecho real, por el cual el viudo no posee ni administra él mismo los bienes, sino que sólo tiene derecho a percibir el producto, conservando la posesión de los mismos el heredero «deudor»: en este sentido, representa para éste una ventaja frente al usufructo.

Este medio, por su propia naturaleza de derecho de crédito necesita garantías suficientes que eviten o remedien el perjuicio que al cónyuge viudo le ocasionaría el incumplimiento del deudor y su eventual insolvencia, o la enajenación de los bienes concretados cuyos productos corresponden al viudo³⁹.

¿Han de ser necesariamente bienes hereditarios o pueden ser otros bienes los utilizados para satisfacer con sus productos la legítima del cónyuge viudo? El art. 819 del Código Civil italiano establecía que sería el producto de inmuebles o capitales hereditarios. En cambio, a nuestro juicio, en el sistema de nuestro Código Civil ya que lo que recibe el cónyuge supérstite es el rendimiento neto de los bienes, y no éstos directamente, poco importa que los bienes utilizados sean o no hereditarios; ni parece que obstaculice la finalidad de la conmutación ampliar el abanico de bienes susceptibles de satisfacer, con sus productos, el derecho sucesorio del cónyuge viudo.

Por último, respecto del capital en efectivo hemos de llamar la atención sobre la circunstancia de que se trata de una modalidad original de nuestro Código Civil (no se encuentra en otras legislaciones extranjeras que contemplan la posibilidad de conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo) que permite «redimir» el usufructo pagando una cantidad de dinero. Alguna doctrina ha pretendido que bajo esta expresión debía comprenderse no sólo el pago en metálico, con dinero en efectivo; sino también la entrega de unos bienes determinados al cónyuge viudo

36 CHARRIN, «Asignación de renta o productos para satisfacer al cónyuge viudo su parte de usufructo», en *Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1890, Tomo II, p. 354; DE LA CÁMARA, ob. cit., p. 975, nota 369; últimamente RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones, común y foral*, Tomo II, Dykinso, Madrid, 1992, p. 339. También defendía en la doctrina italiana esta asimilación con el usufructo CICU (*Successione legítima e dei legittimari...* cit., p. 126) para quien se trata de un usufructo sólo que los herederos tienen la ventaja de elegir los bienes que han de soportar el mismo. De hecho, esta opción no se recogió en los códigos civiles francés ni belga, reformados para acoger la conmutación a partir del art. 819 del código italiano de 1865, al creer que este medio se estaba refiriendo al usufructo.

37 MEZQUITA DEL CACHO, ob. cit., p. 308.

38 GULLÓN BALLESTEROS, ob. cit., p. 614; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La conmutación...* p. 174.

39 GULLÓN BALLESTEROS, ob. cit., p. 614.

en pago de su legítima, medio expresamente previsto para la conmutación en el art. 840.

Ciertamente no será muy frecuente que el cónyuge viudo rechace la asignación, en pago de su legítima, de una porción de bienes hereditarios, habida cuenta del valor afectivo que para él tendrán los mismos. Además, abonaría esta opción el hecho de que puede resultar precipitado conseguir a corto plazo dinero en efectivo cuando no lo hay dentro del caudal relicto, para satisfacer en metálico la legítima del cónyuge viudo⁴⁰; en cambio, el cónyuge viudo puede optar por quedarse con esos bienes o proceder, él mismo, a realizarlos y convertirlos en dinero.

Pero al margen de estas consideraciones lo cierto es que si se trata de la conmutación del art. 839, en la sentencia de 28 de junio de 1962, el Tribunal Supremo afirmó que este precepto no contemplaba tal medio, y por tanto que su elección exigía mutuo acuerdo entre heredero y el cónyuge supérstite. Admiten, en cambio, la conmutación del usufructo por bienes hereditarios otras sentencias del Tribunal Supremo: las de 10 de abril de 1982, y la de 15 de junio de 1982, pero en tales casos no había oposición del cónyuge viudo.

Por último, el Código Civil no impone que el dinero deba ser necesariamente hereditario; como afirma la doctrina, «de darse ese significado al precepto, el problema que se quiso resolver sólo podría solucionarse cuando hubiese metálico en la herencia. Lo que supondría una limitación de ese remedio, que lo haría ineficaz en la mayoría de los casos»⁴¹. Ciertamente, tratándose el dinero de un bien fungible por excelencia no alcanzamos a ver la relevancia que pueda tener que el dinero utilizado sea hereditario o no. La finalidad de la institución se alcanza con independencia de la procedencia del dinero asignado⁴². Lo que a nuestro juicio tiene relevancia es si se paga todo el capital en el momento de la conmutación o si, en cambio, se aplaza o se fracciona, en cuyo caso procede la constitución de garantías suficientes para que el derecho sucesorio del cónyuge supérstite sea efectivo.

8. LA MEDIDA CONTEMPLADA EN EL ART. 839.II DEL CÓDIGO CIVIL

El art. 839.II del Código Civil (838 en su versión original, hasta la reforma de 1958) establece que *mientras esto no se realice* (lo dispuesto en el párrafo anterior, es decir, la conmutación del usufructo) *estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge*. La doctrina ha discutido acerca del alcance de este precepto y la naturaleza de la medida que contempla, habiéndose afirmado que da cobertura para estimar la existencia de una hipoteca legal tácita en favor del cónyuge viudo; o a la constitución de una anota-

40 LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La conmutación...* cit., p. 176.

41 VALLET DE GOYTISOLO. *Apuntes de Derecho sucesorio*, Madrid, 1955, p. 32.

42 GULLÓN BALLESTEROS, ob. cit., p. 612.

ción preventiva del derecho sucesorio del cónyuge supérstite; o, finalmente, que señala la existencia de un verdadero usufructo desde el primer momento.

Los primeros comentaristas del Código Civil calificaron la medida entonces contemplada en el párrafo segundo del art. 838 como de hipoteca legal tácita⁴³. Pero no era de recibo que el Código Civil de 1889 viniera a resucitar una figura cuya erradicación había sido uno de los propósitos de la Ley Hipotecaria de 1861. Por eso se consideró más apropiado su calificación como un supuesto de anotación preventiva. Esta solución doctrinal fue acogida en la Ley Hipotecaria de 21 abril 1909, que introdujo un número 6º en el art. 42 para acoger este nuevo tipo de anotación preventiva. Pero dicho número fue suprimido en la reforma de la legislación hipotecaria de 1944-1946 por entenderlo inútil ya que, a diferencia del legatario, el derecho del cónyuge viudo queda suficientemente protegido sin necesidad de esta anotación preventiva, como veremos a continuación.

Otros autores estiman que el párrafo segundo del art. 839 está contemplando un *usufructo propio*. Para estos autores la finalidad del precepto sería la de señalar que existe usufructo en favor del cónyuge viudo desde el momento de apertura de la sucesión, y que éste no se extingue hasta la concreción de los bienes que soportarán el usufructo o hasta la conmutación del mismo, de modo que el derecho del cónyuge viudo no vendría puesto en peligro con la enajenación de los bienes hereditarios⁴⁴. Se trata de un usufructo sobre todos los bienes de la herencia (un usufructo general), pero no total, no da derecho a la percepción de todos los frutos o rendimientos netos generados, sino solo a un porcentaje, en función de la cuota legal de usufructo señalada al cónyuge viudo⁴⁵.

De esta forma queda suficientemente protegida la efectividad del derecho sucesorio del cónyuge viudo con las distintas medidas contempladas en nuestro sistema; está legitimado para pedir el juicio de testamentaria, puede intervenir en la partición e impedir que esta se practique sin su presencia, y en virtud de la medida contemplada en el art. 839.II, goza de un usufructo latente sobre todos los bienes de la herencia aunque éstos pasen a terceros, pues éstos los adquieren con la carga del usufructo; sólo la partición libera este gravamen. Por eso la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944-46 suprimió la anotación preventiva en favor del cónyuge viudo legitimario incorporada por la Ley Hipotecaria de 1909.

La previsión del segundo párrafo del art. 839, por tanto, no constituye una garantía de la conmutación, sino una garantía del propio usufructo legitimario, del derecho sucesorio del cónyuge viudo en tanto no se concrete su usufructo sobre bienes determinados o no haya conmutación.

43 BONEL SÁNCHEZ. *Código Civil español*, III. Imprenta Jover, Barcelona, 1890, p. 458; MORELL, «Derechos del cónyuge viudo», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Tomo 85, 1894, p. 202.

44 MEZQUITA DEL CACHO, ob. cit., p. 299.

45 DE LA CÁMARA, ob. cit., pp. 883-884; VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit., p. 117; GULLÓN BALLESTEROS, ob. cit., p. 619.

9. IMPUTACIÓN DEL USUFRUCTO LEGITIMARIO DEL CÓNYUGE VIUDO

Para culminar estos primeros apuntes acerca del usufructo legitimario viudal, respondamos a las siguientes cuestiones: ¿Cuáles serán los bienes concretos sobre los cuales recaerá el usufructo? En principio los bienes que soportarán el usufructo viudal serán los que los propios sujetos interesados, tanto herederos como el propio cónyuge viudo, hayan designado en la partición; y en defecto de acuerdo, los que se decidan en el correspondiente juicio de testamentaría o abintestato, atendiendo a las reglas de imputación contenidas en el Código Civil al regularse la legítima del cónyuge viudo.

En efecto, en ocasiones el legislador imputa expresamente el usufructo legitimario del cónyuge viudo a una de las partes concretas de la herencia: en el art. 834, cuando el cónyuge viudo concurra con hijos y descendientes, su cuota de usufructo será de $1/3$ y, expresamente, se indica que habrá de imputarse al tercio destinado a mejora; igualmente, cuando el cónyuge viudo concurra con los hijos de su consorte concebidos constante matrimonio de ambos, la cuota usufructuaria será de $1/3$ y se imputará al tercio de mejora y el resto al tercio de libre disposición, por expreso mandato del art. 837.II i.f. C.C; en el art. 836 en su redacción originaria (actual art. 837) se señalaba que el usufructo legitimario del cónyuge viudo cuando concurre con ascendientes sería sobre la tercera parte de la herencia (en el actual art. 837 la cuota ha sido incrementada a $1/2$) concretando a continuación que «este tercio se sacará de la mitad libre, pudiendo el testador disponer de la propiedad del mismo».

La intención del legislador del Código Civil expresada en estos preceptos parecer ser la de establecer un verdadero criterio de imputación del usufructo viudal, en concreto, en el art. 834 en un momento en que por fin al derecho sucesorio del cónyuge viudo se le configura como legítima, se entiende que su usufructo no debe ser gravamen que cargue la legítima estricta, ni tampoco reducir la parte de libre disposición, que precisamente con la promulgación del Código Civil se amplía de $1/5$ parte a $1/3$ de la herencia, sino que parecía más conveniente que la legítima del cónyuge viudo gravara al descendiente mejorado. Si el tercio destinado a mejora no se emplea todo en mejorar o no se emplea nada, lo que se reparta como legítima larga, será la parte de la herencia que habrá de soportar el usufructo legitimario.

Pero esa intención de que el usufructo legitimario del cónyuge viudo grave al descendiente mejorado compensando así lo recibido por mejora con el hecho de sufrir el usufructo se pudiera pensar que no tiene que implicar, necesariamente, que el usufructo se concrete sobre los bienes mejorados, sino que también cabe su fijación sobre los otros bienes hereditarios recibidos por el mejorado en concepto de legítima estricta o de libre disposición.

Esta interpretación ocasiona un problema: ¿quién debe señalar cuáles serán los bienes concretos, de entre todos los bienes recibidos por el sujeto mejorado, que resultarán gravados con el usufructo: el propio hijo o descendiente mejorado, el cónyuge viudo o, acaso, ambos de mutuo acuerdo? Para solucionar esta cuestión entendemos que si el cónyuge viudo y el descendiente mejorado no se ponen de

acuerdo sobre los bienes que soportarán el usufructo, la norma del art. 834, permite resolver esta controversia, debiendo ser los bienes utilizados como mejora los que soporten el usufructo.

Hemos de advertir que autorizada doctrina estima que «La incidencia de la legítima del viudo sobre el tercio de mejora se dispone por el legislador a fin de dejar intacto el tercio libre de modo que pueda ser destinado en plena propiedad por el causante, sea en vida o a causa de muerte. Más no constituye una limitación impuesta al causante, en el sentido de que deba satisfacer tal legítima precisamente con aquellos bienes que asigna a título de mejora». «Si el cónyuge premuerto cumple con asignar al sobreviviente el usufructo de bienes cualesquiera que sumen el tercio del caudal computable, de igual modo el sobreviviente reclamará no el usufructo de los destinados a mejora, sino de aquellos que existan en el caudal y no se imputen al tercio de legítima estricta y, subsidiariamente la reducción de donaciones más recientes con cargo a cualquiera de los otros dos tercios, sin importar si constituyen o no mejora o parte del tercio de mejora»⁴⁶.

A estas afirmaciones nos gustaría hacer las siguientes matizaciones. Ciertamente, el testador puede haber utilizado el tercio libre en favor del cónyuge viudo mediante una institución de legado o herencia a la cual imputar lo que a éste debía corresponder en calidad de legítima. Esto no resulta impedido por el art. 834, cuya virtualidad opera cuando el testador no haya dispuesto nada y llegue el momento de concretar los bienes específicos sobre los cuales habrá de recaer el usufructo legitimario del cónyuge viudo. En tal caso, entendemos que, a falta de acuerdo de los interesados durante la partición, parece deducirse de lo dispuesto en el art. 834 del Código Civil una opción del legislador en favor de que el usufructo legitimario grave los bienes destinados a mejora y, en su caso, utilizados para mejorar, y, a nuestro entender, tanto si tales bienes son algunos de los que quedan en el caudal relicto, como si resulta mejora alguna de las donaciones realizadas en vida por el causante. Habría, por tanto, una aplicación preferente de las normas de imputación, sobre las normas de reducción⁴⁷.

De lo contrario, si, siguiendo las afirmaciones de estos autores, estimamos que, habiéndose realizado diversas donaciones en vida del causante a los hijos legitimarios, y no habiéndose satisfecho la legítima del cónyuge supérstite, se deba proceder a su reducción para cubrir el usufructo legitimario, si seguimos un orden cronológico,

46 LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones...* II, pp. 166-167. Comparte dicha opción VALLET DE GOYTISOLO, *Las legítimas...* II, p. 1168, nota 73; ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 248. Vid. también ALBALADEJO GARCÍA, «El tercio de herencia gravado por el usufructo del cónyuge viudo cuando los legitimarios son los hijos del causante», en *Actualidad Civil*, 1991-3, pp. 423-430.

47 Resulta siempre incómodo mantener una posición contraria a tan insignes civilistas pero, modestamente, creemos que el criterio de imputación contenido en el art. 834 facilita la concreción del usufructo legitimario del cónyuge viudo. En este sentido vid. las dificultades y diversas variantes de la opción defendida por LACRUZ BERDEJO, en su extensa nota 26 de la obra supra mencionada.

respetando las normas de reducción, un solo hijo legítimo (el último donatario) debería soportar todo el usufructo. Aplicando el criterio de imputación del art. 834 C.C., si ese tercio destinado a mejora ha beneficiado a todos los legítimos ampliando su cuota, todos ellos deberán soportar, en la medida de «tercio destinado a mejora» recibido, el usufructo legítimo vidual, reduciéndose sus respectivas donaciones proporcionalmente y en la medida necesaria, con independencia de su fecha.

Por último, a nuestro juicio, si procediera dicha reducción la forma de realizarla sería *in natura*, estos es, gravando dichos bienes donados (los que sean necesarios) con el usufructo legítimo en favor del cónyuge superviviente. Sin perjuicio de que en tal caso los donatarios afectados por la reducción pudieran evitarla acudiendo a la facultad contemplada en el art. 839 y procediera a la conmutación del usufructo legal.

Estos problemas que provoca la imputación del usufructo vidual han desaparecido en la nueva regulación del usufructo legal del cónyuge viudo en el Derecho civil de Cataluña tras la Ley 40/1991 de 30 de diciembre que aprueba el *Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña*, en virtud del cual corresponde al cónyuge viudo «el usufructo de toda la herencia en la sucesión abintestato de su consorte difunto» (art. 331). Quizás esta nueva regulación pueda alumbrar el sentido de una eventual reforma de nuestro Código Civil en materia de sucesiones y, en particular, en cuanto a los derechos sucesorios del cónyuge viudo⁴⁸.

48 Sobre el usufructo legal del cónyuge viudo en el Derecho civil catalán, vid. ESPIAU ESPIAU, «El usufructo vidual y la legítima de los descendientes», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1996-3, pp. 629-642; ESPIAU ESPIAU, «Nulidad de testamento por preterición errónea y usufructo vidual», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1995-3, pp. 601-610; VAQUER ALOY, *L'usudefruit vidual abintestat en el Dret civil de Catalunya*, Barcelona, 1990; SALVADOR CODERCH, «El usufructo vidual intestado en el Derecho catalán», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1986-2, pp. 293-321; y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, «Comentario al art. 331», en *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991 de 30 de diciembre*, Tomo II, Barcelona, 1994, pp. 1146-1153.