

a dicho legatario de usufructo o renta vitalicia. El Código italiano concede igual facultad en caso de que lo legado sea una nuda propiedad que también sobrepase la de la parte disponible, opción esta segunda que no aparece en los Códigos francés y español.

Con el criterio de estos Códigos, concretamente con el francés, coinciden los artículos 965 neerlandés y el 1.788 portugués, y no digamos el 917 belga.

En cambio, difiere algo el sistema del § 2.306 del B. G. B. (5) y el del artículo 530 del Código suizo (6). Aquél —más ampliamente— considera como no ordenada la disposición de un heredero sucesivo, el nombramiento de un ejecutor testamentario, la ordenación de división, el gravamen de un legado, modo o limitación, cuando la porción hereditaria dejada al legitimario no sobrepasa la mitad de la porción hereditaria legítima (o sea no excede de su cuota legitimaria), pero si la porción hereditaria dejada al legitimario es mayor, éste sólo puede exigir su legítima sin cargas si repudia la porción hereditaria o, de lo contrario, debe someterse a sufrir tales cargas. El precepto suizo concede al reservatario la facultad de hacer reducir el valor capitalizado del usufructo o de la renta o bien de liberarse de la carga abandonando la porción disponible. Roguin (7), pese a observar que se han exagerado las dificultades de la reducción, manifiesta sus preferencias por el sistema francés por razón de su simplicidad y por el hecho de que conduce al mantenimiento de los usufructos, la atribución de los cuales le parece una cosa excelente cuando se trata de personas de edad.

¿Cuál es el origen de los paralelos preceptos de los Códigos francés, italiano y español?

Algún autor italiano (8) señala que la elección concedida al legitimario está inspirada en el Derecho francés anterior a la codificación

(5) § 2.300 del B. G. B.: "Si un titular de legítima llamado como heredero está limitado —en sus derechos— por la institución de un heredero sucesivo, el nombramiento de un ejecutor testamentario o una ordenación de división, o si está gravado con un legado o un modo, la limitación o el gravamen vale como no ordenado si la porción hereditaria a él dejada no sobrepasa la mitad de la porción hereditaria legítima. Si la porción hereditaria dejada es mayor, el titular de legítima puede exigir la legítima si repudia la porción hereditaria; el plazo de repudiación sólo empieza cuando el titular de legítima obtiene conocimiento de la limitación o del gravamen."

"A una limitación de la institución de herencia se equipara la circunstancia de que el titular de legítima esté instituido como heredero sucesivo."

(6) Art. 530 C. c. suizo: "Les héritiers de celui qui a grevé sa succession d'usufruits ou de rentes au point que, selon la durée présumable de ces droits, leur valeur capitalisée excéderait la quotité disponible, ont le choix de les faire réduire jusqu'à dite concurrence ou de se libérer par l'abandon du disponible."

(7) ERNEST ROGUIN, "Traité de Droit Civil Comparé", vol. IV (Paris 1912), n. 2.429, p. 630.

(8) J. P. CHIRONI, "Studi e Questioni di Diritto Civile", vol. IV (Torino 1915), "Pensione vitalizia. Eccedenza della disponibile", p. 196; G. VENEZIAN: "Usufructo, uso y habitación" (vers. española anotada por Castán Tobeñas) (Madrid 1928), n. 144, p. 380.

y a la equidad, observando que contrariamente al Código francés, pero conforme al Derecho francés anterior al Código de Napoleón, el italiano concede igual opción al legitimario en el caso de que el testador haya dispuesto de la nuda propiedad de una parte excedente de la disponible.

Otros autores italianos (9) observan que el precepto de su Código transforma en opción legal la antigua *cautela sociniana*, que, como algunos destacan, mejor debiera ser llamada *cautela gualdense*.

El Anteproyecto español de Código civil de 1881, en su artículo 805, núm. 3, y el artículo 649 del Proyecto de 1851 son los precedentes legislativos del número 3.º del artículo 820 del Código civil. El texto del Proyecto de 1851 era una traducción casi literal del artículo 917 del Código de Napoleón. El segundo término de la elección, "ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible", fué traducido por "o abandonar la porción disponible", corregido en el artículo 805 del Anteproyecto por "o abandonar la parte de herencia de que podía disponer libremente el testador", y, finalmente, en el texto definitivo del artículo 820 del Código la palabra "abandonar" ha sido sustituida por la expresión "entregar al legatario".

García Goyena (10), alma y motor del Proyecto español de 1851, glosó al texto que comentamos: Es el artículo 917 francés, 965 holandés, 1.486 de Louisiana.

El Código de Napoleón, según los autores franceses (11), inspiró su artículo 917 en una solución de *l'ancien droit*, si bien ésta se refería a supuestos más extensos y no había sido unánimemente aceptada, como luego veremos, ni siquiera en el *Droit coutumier*.

* * *

Sin embargo, la cuestión tiene raíces mucho más profundas.

Un texto del Digesto de Scaevola, recogido en el de Justiniano (XXXIII-II, 37), conocido por ley *Uxori meae*, interpreta la siguiente cláusula testamentaria: "Uxori meae usumfructum lego bonorum meorum, usque dum filia mea annos impleat octodecim". La respuesta

(9) CESARE LOSANA, "Successione testamentaria", en "Il Digesto Italiano", vol. XXII, Parte 4.ª, n. 358, ps. 154 y s.; VITTORIO POLACCO, "Delle Successioni" (2.ª ed., Milano 1937), vol. I, p. 264; NICOLA STOLFI e FRANCESCO STOLFI, "Il nuovo Codice civile Commentato, libro II Delle Successioni e Donazioni" (Napoli 1941), art. 96, p. 145; LUDOVICO BARASSI, "Le successioni per causa di morte" (3.ª ed., Milano 1947), 97 bis, ps. 274 y ss.; P. S. AZZARETI, G. MARTÍNEZ, G. AZZARETI, "Successioni per causa di morte" 2.ª ed., Padova 1948), n. 123, p. 197; CARLO GIANNASTASIO, "Delle successioni", I, II, t. I (Torino 1961), art. 550, n. 13, p. 297.

(10) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", t. III (Madrid 1852), p. 99.

(11) V. gr.: C DEMOLOMBE, "Cours de Code Napoleon", t. XIX, "Traité des donations entre vifs et des testaments", t. II (París 1876), n. 432, ps. 427 y ss.; PLANTOL, RIPERT, TRASBOT, LAUSSOUARN, "Traité Pratique de Droit Civil Français", t. V (2.ª ed., París 1957), n. 128, p. 168.

fué que a la mujer le correspondía el usufructo de todas las cosas: "Respondit, secundum ea, quae proponerentur, omnium pertiere".

Accursius (12), en el siglo XIII, glosó que le pertenecería "nisi exedat dodrantis aestimationem", conforme la ley *Omnium* del título de *Usufructu* del Digesto (VII-I, 29 [36]), en la cual Ulpiano expuso la opinión de Celso y de Juliano de que "*Omnium bonorum usufructum posse legari, nisi exedat dodrantis aestimatione*". Texto que para la deducción de la cuarta Falcidia tenía en cuenta la valoración o capitalización del usufructo, de modo que se estimaba válido el usufructo universal legado con tal de que su estimación no excediese de los tres cuartos de la herencia, atendida la edad del usufructuario para efectuar su valoración.

Pero el mismo Accursius opinó que la ley *Uxori meae* había sido derogada por la ley *Quoniam in prioribus* y por la *Authentica Novissima*.

En la primera el Emperador Justiniano, en una Constitución del año 529 (Cod. III-XXVIII, 32), agregó a los supuestos de *actio ad supplementum*, que, si por algunas condiciones o plazos u otra disposición que produjese demora, modo, u otro gravamen, se considerase que estaban menoscabados los derechos de los llamados a la referida acción, se suprimiere dicha condición, plazo o disposición que causase la demora o produjera cualquier gravamen, "*tollatur, et ita res procedat quasi nihil eorum testamento additum esset*".

Cierto que esta ley pudo interpretarse en el sentido de que se refería a un hijo instituído sólo en la legítima y gravado en ella, es decir, fuera de la hipótesis de posible compensación del gravamen con el exceso recibido además de la legítima. Compensación aceptada en la ley *Si pater puellae* (Cod. III-CCVIII, 12), para un supuesto de sustitución fideicomisaria recíproca entre madre y dos hijos gravados de restitución para el caso de fallecer antes de cumplir los veinticinco años, de la que Azzon (13) deduce "qua non magis quemlibet filiorum gravant quem cuilibet providit". Interpretación de la ley *Quoniam in prioribus* que recogió Juan de Imola (14) al comentar la ley final del Título De conditionibus institutionum (Dig. XXVIII-VI, 28).

Sin embargo, la Constitución de Justiniano del año 536, *De Triente et Semisse*, Capítulo *Prohibemus* (Novela 18, cap. III), fué más rotunda. He ahí su planteamiento: "Porque sabemos de algunos testamentos, según los que no hicieron paternalmente las instituciones

(12) ACCURSIVS, "Glosas a las leyes: "*Omnium bonorum*" (Dig. VII-I, XXXV), "*Uxori meae*" (Dig. XXXIII-II, XXXVII), *Authentica "Novissima"*, "*Quoniam in prioribus*" (Cód. III-XVIII, XXXII) y Novella 18, cap. III, "*De triente et semisse*", § "*Prohibemus*". (Hemos consultado la edición de Venetia 1574 y 1575, t. I, p. 589 d; t. II, p. 769, c; t. III, col. 533 b, y 570 i, y t. V, p. 94, n).

(13) AZZÓN o AZZO DE PORCI, "Aurea Summa", "In tertium librum Codicis" tit. De Inoff. test., n. 22 (ed. Lugduni 1550, fol. 48).

(14) JOHANNES DE IMOLA, "Lectura super prima parte Infortiati" (ed. Venetiis 13 sept. 1475), XXVIII-VII, l. *Si filius* [28], col. 10, vers. "*Fecit optime*".

los que morían, ni como convenía a hombres, sino con demasiada debilidad y falta de entereza, pues dejaron a sus mujeres todo el usufructo de sus propios bienes, pero a sus hijos la nuda propiedad. Por lo cual creo que la intención de tales testamentos es que las mujeres adquieran también la propiedad, cuando los hijos hayan perecido acaso de hambre. Porque, ¿cómo se manejarán en el intermedio, y tendrán el cotidiano sustento, no habiéndoseles dejado nada, mediando por parte de la mujer ira, acaso hasta irracional, que les quite aun la diaria manutención?”. Sin duda el clima moral había disminuído desde la Roma de Scaevola a la Corte de Bizancio. Por ello la Novela ordenaba: “No le será, pues, lícito en lo sucesivo absolutamente a ninguno, que tenga hijos, hacer en modo alguno tal cosa, sino que de todos modos les dejará así el usufructo de esta parte legítima, que ahora hemos señalado, como también la propiedad”. Sintetizándolo, concluyó la Authentica Novissima: “eius portionibus nec usufructo defraudari liberi a parentibus possunt”.

Fué, por eso, evidente para Bartolo (15) “quia filius non debet habere legitimam suam in proprietate tantum, sed in proprietate cum usufructo”, y para Baldo (16) que si el causante dejaba a su esposa el usufructo “omnium honorum” y a los hijos nombraba herederos, “tunc habebit uxor usufructum omnium honorum, deducta legitima, in qua liberi gravari non possunt”.

Paulus Castrensis (17), en su comentario n. 13 a la Authentica Novissima, después de llegar a igual conclusión, añade que no es posible compensar el usufructo correspondiente a la legítima con la propiedad de la parte libre, según la opinión común de la glosa nota en la ley *omnium* del título *De usufructo*, “que debet limitari nisi testator intruxerit filium”. Coletilla esta última que, si a la palabra *instruxerit* se le da el sentido de *instruyere* (y no el de *proveyere*), podría dársele la interpretación de que es posible la compensación si así el padre lo proveyó, de modo que si el hijo no la aceptare tendría que contentarse con la legítima.

* * *

Lo hasta aquí expuesto nos permite observar las distintas posiciones que puede adoptar el Derecho ante el choque de la voluntad del testador, que quiere dejar a su cónyuge viudo el usufructo universal frente a la norma legal, que le impone el respeto de las legítimas. Son éstas:

(15) BARTOLO DE SAXOFERRATO, “In secundam infortiati partem Comentariorum”, ad Lij XXXIII, Dig. Tit. II, “*De usufructo legato*”, lex XXXVII, “*Uxor uxor*”, n. 3 (ed. Augustae Taurinorum 1589, fol. 89).

(16) BALDO DE UBALDIS, “Comentariorum in Sextum Codicis Libris”, lib. VI, tit. XI, “De indicta viudetate et de lege Iulia Miscella tol.”, lex 3, “Legem Iulian”, n. 9 (ed. Lugduni 1585, fol. 147 vto.).

(17) PAULUS CASTRENSIS, “Comentariorum in Codicem Iustinianum. Pars prima” (ed. 1531, fol. 142 vto.).

a) El usufructo no puede alcanzar nunca bienes de la cuota legitimaria, pues los hijos han de recibirla en pleno dominio y libres de toda carga, condición o término, sin perjuicio de recibir además el exceso que el testador les hubiese atribuido.

b) El usufructo puede ser universal si su valor, fijado al capitalizarlo atendida la edad del usufructuario, cabe en la parte de libre disposición.

Posiciones extremas, entre las que caben otras intermedias, como son:

c) El legitimario, en esa circunstancia, deberá optar entre someterse a sufrir el gravamen del usufructo o bien renunciar a recibir la nuda propiedad de la parte de libre disposición, que deberá entregar a la legataria del usufructo, ya sea en cuerpos hereditarios o bien en su equivalente en metálico, según los posibles subcriterios.

d) Tal alternativa —según otra posición— sólo se planteará al legitimario si el testador expresamente la hubiese previsto, pues en otro caso el único criterio posible sería el primeramente señalado (con la letra a).

Así planteada panorámicamente la cuestión podemos descender bien orientados al examen detallado de su ulterior desarrollo.

* * *

En el siglo XIV aparece la llamada *cautela Angelí* o angélica. Angelo degli Ubaldi (18), hermano menor de Baldo, en su Comentario a las *Authenticas* afirmó que cuando un padre quisiera privar a un hijo del usufructo de todos los bienes hereditarios, no tenía más que instituirle simplemente heredero universal y legar a otra persona el usufructo de todos sus bienes, supuesto en el cual valía este legado y el hijo no podía estimarse gravado en su legítima si la nuda propiedad del exceso de la legítima valiera tanto como el usufructo de ésta.

En el XV, Bartolomé Caepolla (19) publicaba su *Tractatus Cautelarum*, que en la núm. XXI recoge la de Angelo y afirma “et ista est vere Cautela, quando nuda propietas a legitima filii sibi tantum valeat quantum valet usufructus sive legitima”.

Llegamos a la época de las cautelas de compensación legitimaria: la Cumaní —en el siglo XV—, debida a Raphael de Raymundis (20), conocido por Cumanus, o Comensén, y en el siglo XVI, la Durantis o

(18) ANGELO DEGLI UBALDI, O DE PERUSAE, “In Authenticorum Volumen aurea ac peregrina Commentaria”, Colla. III, tít. V, “De triente et semisse” verb. “Prohibemus”, n. 5 (ed. Venezia 1580, fol. 14). Siguió a Angelo, AMBROSIO DE OPIZÓN, “Repetitio super § Divi”, l. filius familiae, n. 29 (Venezia 1533), fol. 121.

(19) BARTHOLOMEUS CAEPOLLA, “Tractatus Cautelarum”, caut. XXI, n. 2 (en “Omnia quae quidem nunc extant Opera”, ed. Lugduni 1578, p. 754).

(20) RAPHAEL DE RAYMUNDIS, CUMANIS, “Consilia” (ed. Brisciae 1490), Cons. XXV (fol. 153 y Cons. LII (fol. 25), y “Commentatione in primam Infortiam partem”, tít. De vulg. et pupill., l. Coheredi, § Cum filio, n. 2 (ed. Lugduni 1544, fol. 111 vto.).

Gualdense (21), que luego ha sido llamada Socini (22). Ciertamente que estas cautelas —acercas de las cuales tenemos en elaboración un trabajo— se referían a la hipótesis de gravarse la herencia, incluida la legítima, con restitución fideicomisaria. No obstante, si bien la cautela de Cumaní no es aplicable al supuesto de gravarse la legítima con un usufructo, aunque sí inversamente al caso de quererla satisfacer sólo con usufructo sin propiedad, en cambio, la Gualdense *mutatis mutandis* es aplicable perfectamente a nuestro caso. Se trata de que el testador conceda al legitimario la elección entre su legítima estricta libre de toda carga o una mayor porción sujeta a un gravamen. Esta cautela, salvo raras excepciones, fué admitida como válida y eficaz por los autores de Derecho común.

La tesis de Angelo y de Caepolla, en cambio fué, en general, rechazada. Así, v. gr., Felipe Decio (23), que dictaminó favorablemente antes que Mario Socino junior, que Francischini Curtius junior (24) y que Petrus Paulus Parisius (25), acerca del famoso testamento del noble florentino Nicolaus Antenoreus, y antes de que el Gualdense Durantes escribiera su arte testandi, en cambio, insistió en que legado el usufructo universal, sin cláusula alguna de opción alternativa de éste, “debet detrahi legitima filiorum que debetur filiis cum proprietate et usufructo”.

Posición intermedia —precursora de los actuales textos— fué la de Marcus Antonius Cucchus (26), para quien si bien era cierto que la legítima debía deferirse en plena propiedad, podía el hijo gravado preferir, “*excessum in proprietate, cum ususfructus diminutione compensandum*”. Es decir, debía optar entre aquello que le era dejado en testamento o su legítima estricta.

Pero predominó el criterio de que el hijo podía exigir su legítima en pleno dominio sin tener que abdicar de la nuda propiedad del exceso, salvo si el testador expresamente le puso en la alternativa de optar entre una y otra cosa. Así nos lo expresa Voet (27): “*Nisi testamento nominatim electio concessa fuerit, intra certum temporis, spatium declaranda, utrum solo omnium rerum proprietate vel etiam solo omnium honorum usufructu contenti esse velint, an plenam legitimam proprietatis ac usufructus jure ex haereditatae defuncti sibi arrogare*”.

(21) DURANTES GUALENSE, “De arte testandi et cautelis ultimorum voluntatum tractatus”, tit. V, caut. XXXI, n. 6 (ed. Romae 1540, fol. LXVI, vto.).

(22) MARIANO SOCINO, JUNIOR, “Prima Pars Consiliorum”, Cons. CXXII, (ed. Lugduni 1550, fol. 234 y s.).

(23) FELIPE DECIO, “Volumen Quintum Consiliorum”, Cons. 687, n. 2 (ed. 1536, fol. 41).

(24) FRANCISCHINUS CURTIUS, JUNIORIS, “Consiliorum”, Pars I, Cons. CLIX (ed. Venezia 1575, fol. 105 vto.).

(25) PETRUS PAULUS PARISIUS, “Consiliorum”, Pars III, Consil. IX, n. 4 (ed. Venezia 1592, fol. 17).

(26) MARCUS ANTONIUS CUCCHIUS, “Commenta seu repetitio in Auth. Novissima C. De Inoffic. Testament. seu Tractatus De Legitima” (ed. Papiae 1574, cap. “Legitima pleno iure relinquenda”, n. 7 (fol. 104 vto.).

(27) JOANNIS VOET, “Commentariorum ad Pandectas”, lib. V, tit. II, n. 63 (ed. Quarta-Veneta-Bassani 1804, t. I, p. 115).

Todavía la "Universa Civilis et Criminalis Jurisprudentia" de Richieri (28) repetía este criterio: Instituído el hijo heredero universal y legado a otra persona, a saber, la esposa, el usufructo de todos los bienes, el hijo heredero debía recibir, además de la propiedad nuda de todos los bienes, el usufructo de la legítima. Fundábase en que la ley *Quoniam in prioribus* no sólo prohíbe imponer gravamen alguno a la legítima, sino que ordena que el gravamen puesto, por no escrito se tenga. Pero Richieri exceptuaba el supuesto de que el padre, habiendo instituído al hijo en mayor porción de la que por sus derechos legitimarios le correspondía, expresamente estatuyera que el hijo, en determinado plazo, debía decidir entre recibir sólo su legítima libre de toda carga o bien aceptar la mayor porción con el gravamen del usufructo, con lo cual no se violaba la ley *Quoniam*, pues el hijo que optaba por esta segunda atribución la había por su elección y mejor utilidad por él calculada y no por imposición del padre.

* * *

Entre los autores españoles de los siglos xv y xvi, vemos a Diego Segura (29), Alfonso Díaz de Montalvo (30), Antonio Quesada (31). Alfonso Azevedo (32), entre otros, afirmar que instituídos herederos los hijos y nombrada la mujer usufructuaria de todos los bienes, ésta sólo resultaba usufructuaria del quinto, única parte de que el padre podía disponer libremente conforme al Derecho castellano.

Por el contrario, Palacios Ruvios (33) y Fernando Gómez Arias (34) opinaban que para saber si el legado del usufructo o de alimentos dispuesto a favor de la esposa o de un extraño excedía de la quinta parte de los bienes del testador, que según el Fuero Juzgo podía dejarse a cualquier persona capaz, debía valorarse con arreglo a la ley *Hereditatem* del tít. *Ad legem Falcidiam* (Dig. XXXV. II, 68), que para capitalizarlo atendía a la edad del usufructuario.

(28) RICHERI, "Universa Civilis et Criminalis Jurisprudentia", 274, 275 y 276 (ed. 2.ª Torinense, Torin 1827, t. VII, p. 72).

(29) DOCTOR DIEGO DE SEGURA, "Repetitionem decem in diversis materiis" Repet. § *Secd si fundum*, lex *Unum ex familia*, ff. delega. II, vers. "Sexto inferitur ex dicta l. Cum patronus", Salamanca 1520, fol. LXI.

(30) ALONSO DÍAZ DE MONTALVO, "El Fuero Real de España Glosado" lib. III, tít. VI, ley 6.ª gl. I, vers. "Item ad l. supra proximam" (ed. Salamanca 1569, fol. 135 vto.).

(31) ANTONIO QUESADA, "Diversarum Quaestionum Iuris", cap. 24, n. 19 (Salamanca 1573, fol. 92 vto.).

(32) ALFONSO DE AZEVEDO, "Commentarii Iuris Civilis in Hispaniae Regiae Constitutiones", lib. V, tít. VI, l. 11.—Tauri 21— (ed. Lugduni 1737, t. II, p. 194)

(33) JUAN LÓPEZ DE BIVERO O DE PALACIOS RUVIOS, "Repetitio rubricae et capituli *Per vestras*, de donationibus inter virum et uxorem, Rubr. § 25, n. 4 (Lyon 1537, fol. 22 vto.).

(34) FERNANDO GÓMEZ-ARIAS DE TALAVERA, "Subtilissima nec non valde utilis glosa ad famosissimas, subtiles, necessarias ac quotidianas leges Tauri" Lex XLVIII, n. 17 (ed. Complutensis 1542, fol. 234).

Jerónimo de Cevallos (35) afirmó que sólo respecto al quinto tenía efecto el legado del usufructo universal, pero añadió que "in proprietatem et non in usufructo debet praestare uxori, virtutis illus legati", con lo cual parece que admitió su commutación automática.

A su vez, Antonio Ayerve de Ayora en su "Tractatus de Partitionibus honorum" (36) opinó que si el usufructo universal legado, estimado según la edad del usufructuario conforme a la ley *Cum Titio* o la ley *Haereditatem* del título *Ad legem Falcidiam* del Digesto, no excediese del valor del quinto disponible, debía estimarse válido, si bien los hijos, si no querían soportar el gravamen usufructuario, podían cumplir entregando al usufructuario, en bienes o en dinero, la estimación del usufructo en cuanto no excediese del quinto.

Pero la posibilidad de esa compensación fue negada por la mayor parte de los autores, que no aceptaron pudiera exigirla el nombrado usufructuario *omnium honorum*. Ya, antes de exponer su tesis Ayerve de Ayora, la habían desechado Pedro de Peralta (37), Rodrigo Suárez (38) y Antonio Gómez (39). El primero de éstos al comentar el § *Titia cum nuberet* de la ley *Titiam cum testamento*, afirmó que no puede decirse en general que la intención del testador, que legó a su mujer el usufructo universal, sea la de dejarle la propiedad del quinto; si bien admitió que para alimentarla pudiese atribuírséle el residuo del quinto, si fuese necesario a ese fin.

Insistiendo en que no podía presumirse que en la voluntad ni en la mente del testador estuviera esa posibilidad de compensación, Juan Gutiérrez (40), Ayllón Laínez (41), Sanz Morquecho (42), Del Castillo Sotomayor (43) y Gaspar Rodríguez (44) admitieron, en cambio, que

(35) JERÓNIMO DE CEVALLOS, "Speculum practicarum et variarum quaestionum communium contra communes", Quaest. 68, n. 2 (ed. Toledo 1599, p. 146)

(36) ANTONIO AYERVE DE AYORA, "Tractatus de Partitionibus honorum communium inter maritum et uxorem et filius ac haeredes eorum", Pars II, Quaest. XXI, n. 60 y ss. (ed. Granada 1586, fol. 56 vto. y ed. Valencia 1766, n. 70 y ss., ps. 178 y ss.).

(37) PEDRO DE PERALTA, "Commentaria in titul. ff. de legatis secundo" "L. titia cum testamento", § "Titia cum nuberet", n. 23 (ed. Salamanca 1563, de su Opera Iuridice, vol. I, p. 471).

(38) RODRIGO SUÁREZ, "Repetitionis legis Quoniam in Prioribus, Cód. de inoff. testamento", Ampliatio tertia, n. 6 (en Opera Omnia, ed. Duaci 1614, p. 385).

(39) ANTONIO GÓMEZ, "Variae Resolutiones Iuris Civilis, Communis et Regii" (nueva ed. de la 1.ª, Salamanca 1579—adic. y anot.—Lugduni 1701), lib. I, cap. XI, n. 26 (ps. 147 y ss.).

(40) JUAN GUTIÉRREZ, "Practicarum Questionum Civilium", lib. V, Quaestione XVIII, núms. 1 y ss. (ed. novísima, Lugduni 1730, vol. II, ps. 46 y ss.).

(41) JUAN DE AYLLÓN LAÍNEZ, "Adiciones eruditissimae ad Variae resolutionis Antonii Gomecii", ad. I. I, cap. XI, n. 26, vers. "Sibi his non obstantibus" (ed. Venezia 1747, p. 71).

(42) PEDRO SANZ MORQUECHO, "Tractatus de honorum divisione", lib. IV, cap. II, n. 56 (ed. Madrid 1601, p. 347).

(43) JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR, "Quotidianarum Controversiarum Iuris", l. I, *De usufructu*, cap. XLV, n. 11 (ed. Lugduni 1667), t. I, p. 176).

(44) GASPARD RODRÍGUEZ, "Tractatus de annuis et menstruis redditibus", lib. I, Quaest. V, n. 23 (ed. Medina del Campo 1604, fol. 23 vto.).

expresamente pudiera ordenarla de tal modo que la nombrada usufructuaria *omnium bonorum* pudiese exigir a los hijos herederos que, de no aceptar esta disposición la compensaran con la propiedad del quinto. Este último criterio lo vemos mantenido en el siglo XVIII por Febrero en su "Librería de Escribanos" (45), obra de muy amplia difusión práctica, en la que reitera la necesidad de que claramente conste que el testador quiso esa compensación, pues, en otro caso, ante la duda—a su juicio—no debía admitirse.

* * *

En *l'ancien Droit* francés se discutió especialmente la posibilidad de legar *acquets* en lugar de la reserva de *propes*, con un planteamiento parecido al expuesto.

La discusión alcanzó tanto al *Droit écrit* como al *coutumier*.

El heredero, en caso de exigir totalmente su reserva, ¿podía además quedarse los demás bienes, o bien debía abandonar éstos al legatario? Este era el problema.

Parece que quedó fuera de duda la posibilidad de que expresamente el testador impusiera esa alternativa al reservatario.

Dumoulin (46), al comentar el artículo 92 de las *Viejas Coutumes de Paris* de 1510, se inclinó por la opción tácita al glosar: "*Puto quod valet legatum ususfructus omnium propiorum si est minus quam sit legatum proprietatis quintae partis, nisi forte haeredes dare malint quintam partem proprietatis, et ita debet hic articulis restringi*". Y en una nota a las *Coutumes de Montargis*, concluye cautamente: "*Saltem debebat addi clausula nisi haeres mallet quintam in feudis vel quartam in censu in proprietate dare...*".

Las nuevas *Coutumes de Paris* de 1580, en su artículo 295, admitieron que: "*Si l'heritier se veut contenter de prendre les quatre quintes des propes, et abandonner les meubles acquets et conquets in meubles avec le quint desdits propes a tous les legataires, faire le peut, en quoy faisant il demeurera saisi desdits quatre quintes, et les dits legataires prendront le surplus, les debtes toutes fois precabablement pýeées sur tous les biens de l'hererité*".

Lebrun (47), entre otros autores, defendió para el *Droit écrit* la sujeción del hijo gravado con usufructo universal a tal alternativa, tan sólo si era expresamente impuesta por su padre.

(45) JOSEF FEBRERO, "Librería de escribanos e instrucción jurídico-teórico-práctica de principiantes", parte II, lib. I, cap. VII, § II (ed. Madrid 1781, p. 411).

(46) CHARLES DUMOULIN o CAROLUS MOLINOEUUS, Comentario al art. 92 de las "Coutumes de la Prevoté et Vicompté de Paris" de 1510 (cfr. en el texto de Lalande que citaremos en la nota 50 y Comentario al art. II, cap. XIII de las "Coutumes de Montargis" (cfr. "Nouveau Coutumier Général", t. III, París 1724, p. 847).

(47) DENIS LE BRUN, "Traité des Successions" (París 1775), lib. II, cap. III, sect. IV, ns. 8 y 12 (ps. 284 y 287).

Y más tarde, en el siglo XVIII, Pothier (48) al examinar las *Coutumes d'Orleans* recomendó que, para caso de que el heredero quisiera retener toda su reserva, se previniera por el testador la siguiente alternativa: "*Je lègue à en tel, un tel héritage, ou tous les biens dont je puis disposer, au cas que mon héritier voulit le retenir*".

A falta de tal oferta formal, del testador al heredero, para que éste eligiera, la solución fué muy discutida.

Se dijo que el heredero no tenía que renunciar a nada para reclamar su íntegra reserva, pues al gravarla el testador "*voluit quod non potuit*" y que no por eso debía dejar al legatario la parte disponible, porque el testador no se la legó a éste, aunque pudo hacerlo, "*voluit quod potuit*".

Incluso para las *nuevas Coutumes de Paris*, Duplessis (49) afirmó que la compensación no tenía lugar en caso de gravamen de usufructo o de fideicomiso.

En cambio, la citada opinión de Dumoulin fué recogida por Lalande (50), y también Pothier (51) entendió que el heredero, aunque el testador no se lo exigiese, estaba sujeto a tener que optar entre abandonar la parte libre o aceptar el gravamen de su reserva. Como fundamento de su criterio señaló la perfecta paridad existente entre este supuesto y el de los legados de cosa del heredero, que nadie dudaba de que debían ser acatados si el heredero no renunciaba a los bienes disponibles de la sucesión y a los legados de la herencia propia del testador.

Ricard (52) aportó a este principio el temperamento de que no era necesario que el heredero renunciara a todos los bienes disponibles, sino sólo hasta la concurrencia del valor de la parte de la reserva retenida contra la voluntad del testador. Dufresne (53), en cambio, opinó que, en caso de tal retención de la reserva, el abandono de los bienes disponibles debía ser siempre total.

El *Code de Napoleon* resolvió la cuestión para el solo supuesto de gravarse la reserva con usufructo o renta vitalicia, mas no para el caso inverso.

El artículo 917 parte —según dice Demolombe (54)— de presuponer la voluntad del testador. Presuposición que él cree conforme, a la

(48) POTHIER, "Coutumes des Duché, Bailliage et Prévoté d'Orleans". Introduction au tit. XVI, sec. IV, § 2.º, n. 55, en "Oeuvres de Pothier (ed. París 1825), t. XVI, p. 317.

(49) DUPLESSIS, "Traité sur la Coutume de Paris" (t. I, París 1574, p. 206); "Traité des Successions", lib. I, sec. I.

(50) LALANDE, "Coutumes d'Orleans Commentée" (2.ª ed. París 1722, tit. XVI, art. CCXCII, n. 51, p. 641).

(51) POTHIER, op. y loc. cit., y "Traité des donations testamentaires", cap. IV, art. 4, § V, en "Oeuvres...", vol. XII, p. 127.

(52) JEAN MARIE RICARD, "Traité des Donations entre viés et testamentaires", III Parte, cap. X, sec. 3.ª, n.º 1.450 (cfr. ed. París 1754, p. 766).

(53) DUFRESNE, "Journal des Audiences", t. 2, ch. 42 (cita de Ricard).

(54) C. DEMOLOMBE, op. y vol. cits., n. 437, ps. 433 y ss.

vez, a la verdad de los hechos, a los principios generales del Derecho y a los principios particulares de la materia en cuestión, pues:

1.º Debe presumirse sin duda que el difunto quiso efectuar una disposición válida y eficaz, mejor que una disposición nula; por tanto, la disposición quedaría desnaturalizada y tergiversada en su unidad, en su indivisibilidad, si el heredero reservatario pudiese, a la vez, conservar la nuda propiedad de la parte disponible y hacer reducir el usufructo o la renta vitalicia.

Es cierto—reconoce el mismo Demolombe—que el testador pudo imponer expresamente al heredero reservatario la opción entre respetar ambas disposiciones o renunciar la parte disponible si prefería exigir la reducción del usufructo o la renta vitalicia. Pero—replica—pudo estimar innecesario expresarlo, por resultar implícito, dado el carácter indivisible de su disposición.

2.º Todo inclina a estimar demostrado que el testador le dejó la nuda propiedad de la parte disponible precisamente para compensarle y remunerarle por el gravamen de usufructo o renta vitalicia que le impuso en su reserva. De modo semejante había dictaminado Papiniano en la ley *Si libertus patronus*, del tít. *De bonis libertorum* (Dig. XXXVIII-II, 41).

3.º El heredero reservatario, como resultado de la reducción, recibiría una cuota mayor que su reserva, en virtud de menospreciar las disposiciones del testador, y se violaría la regla, también esencial, de que el heredero debe imputar a su reserva todo cuanto obtenga del caudal hereditario, de la cual no hay por qué excluir la nuda propiedad de la parte disponible.

Sin embargo, la argumentación de Demolombe no nos parece una prueba suficiente, porque prueba demasiado, ya que todas sus razones podrían aplicarse igualmente, no sólo al supuesto de haberse legado la nuda propiedad de la legítima a un tercero y dejado el usufructo de la parte libre al legitimario—al cual no aplica igual criterio el Código francés, a diferencia del Código italiano—, sino que también serían alegables a favor de los demás supuestos de condición, término o gravamen no incluidos en los expresados.

Por otra parte, la invocación de la voluntad presunta del testador no es siempre válida. Tal vez convendrá recordar que, en el Derecho común anterior, en los supuestos de cláusula expresa que obligaba al legitimario a optar entre su legítima sin gravamen alguno y la herencia universal con la carga y el gravamen impuestos a la legítima, no faltaron autores que se inclinaron por considerar la compatibilidad de conservar la herencia universal y reclamar la reducción del gravamen afectante a la legítima, siempre que el testador no hubiese señalado expresamente un sustituto o destinatario de la porción no forzosa para el caso de que el legitimario reclamara su legítima libre de cargas (55). De faltar esta designación, entendían que la verdadera in-

(55) Cfr. CASTILLO SOTOMAYOR, "Quotidianorum...", lib. V, "De coniect. et interpr. ultim. vount.", cap. LXIV, n. 58 (ed. Coloniae Allobrogium 1752,

tención del testador fué sólo la de presionar al legitimario, pero sin pretender llegar al resultado de limitarle su llamamiento a la legítima estricta si no aceptaba el gravamen.

Además, ¿por qué presumir que el testador quería que la parte libre, en el caso planteado en los artículos que comentamos, fuera para el usufructuario, y no, v. gr., para aquel de los herederos legitimarios que estuviere dispuesto a cargar personalmente con el pago de la totalidad de la renta vitalicia dispuesta? No olvidemos que en las cláusulas de compensación legitimaria fué y es aún corriente dejar la parte disponible al heredero o herederos forzosos que estén dispuestos a soportar la carga impuesta.

No olvidemos tampoco la posibilidad de ciertos supuestos en los cuales lo más alejado a la voluntad del testador será la realización de esta commutación. Supongamos una hija soltera a la que el testador deja el usufructo del fundo rústico que constituye su caudal, teniendo otro hijo casado y con descendencia al que deja la nuda propiedad. Pensemos en otro padre con varios hijos, todos perfectamente situados en la vida, excepto uno, soltero, sin descendencia e incapaz, o por lo menos débil mental o falto de voluntad, al que deja una renta vitalicia que afecta a las legítimas de los demás. ¿Puede, en estos casos, complacer al testador la solución legal, que a voluntad de los demás legitimarios atribuiría una cuota dominical a la hija soltera o al hijo débil mental?

Claro está que, resuelto esto así, para el testador no existe más cuestión que la de partir del planteamiento opuesto a aquel que tendría a falta de la norma legal. En este caso, habría de prevenir la necesidad de la opción, si la quisiere; en la situación vigente debe prevenir lo contrario, si no quisiere la opción.

Porque no dudamos —conforme ha entendido la mayor parte de la doctrina (56)— que los preceptos que examinamos no son de derecho imperativo, sino únicamente dispositivo, por lo cual cabe al testador excluir la facultad de elección y también le es posible ordenarla en otra forma o señalar otro destinatario de la parte disponible, dejada por el legitimario que opte por exigir su legítima estricta libre de todo gravamen y limitación.

* * *

Analizados los antecedentes y las razones de los preceptos de que tratamos, y antes de ocuparnos de las interpretaciones de que, respectivamente, han sido objeto, procede que hagamos el examen comparativo de sus textos.

Entre el artículo 917 del Código francés y el 820, núm. 3.º, del español, literalmente no se observan más que dos diferencias. Una,

p. 48), y MERCURIAL MERLINOS, "De legitima tractatus absolutissimus". lib. III, tit. II, Quaest. VII, n. 23 (ed. Geneve 1562, p. 355).

(56) DEMOLOMBE, op. y vol. cit., n. 431, p. 427; L. JOSSEMAN, "Cours de Droit Civil Positif Français", t. III (Paris 1930), n. 1708, p. 883, y los autores que citaremos en la nota (64).

que aquél, a sus primeras palabras, "*Si la disposition*", añade, "*par acte entre vifs ou par testament*", palabras que faltan en el número 3 del artículo 820 español, pero que están implícitas en él, pues el artículo 820 trata de la reducción de donaciones y legados. Otra, que el Código de Napoleón, al expresar la opción del legitimario que no acepte el gravamen, señala la "*de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible*", mientras el Código español indica la "*de entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador*". Es decir, éste invita a *entregar al legatario* donde aquél propone *abandonar*.

Entre el texto francés y el artículo 810 del Código italiano de 1865, las únicas diferencias importantes eran: 1.ª, la sustitución de las palabras "*dont la valeur*" por "*il cui reddito*" con referencia al usufructo o renta vitalicia, variación que ya había sido establecida en el *Codice Albertino*; 2.ª, la atribución al legitimario en el Código italiano de "*la stessee scelta*", "*quando il testatore ha disposto della nuda proprietà di una parte eccedente la disponibile*".

El vigente artículo 550 italiano, como es bien sabido, aparte de algunas correcciones de redacción, contiene dos adiciones que aclaran algunos extremos que habían sido discutidos por la doctrina con respecto al precepto anterior. Así: El inciso final del § 1.º añade: "*Nel secondo caso il legatario, conseguendo la disponibile abbandonata, non acquista la qualità di crede*". Y un tercer párrafo dice que: "*Se i legittimari sono piu, occorre l'accordo di tutti, perché la disposizione testamentaria abbia esecuzione*".

¿Corresponden también estas aclaraciones del nuevo texto a la interpretación predominante en Francia y España, o más bien se alejan y apartan de ellas?

Esto y la concordancia o discordancia de la respectiva interpretación de los otros puntos discutidos es lo que vamos a examinar seguidamente.

* * *

Comencemos por preguntar si lo dispuesto para los casos de ser afectada la legítima por el legado de un usufructo o de una renta vitalicia, cabe aplicarlo también a otros supuestos de gravamen y si lo reglamentado para aquéllos puede ser excluido o modificado por disposición expresa del causante.

Parece evidente que la aplicación del precepto al usufructo debe comprender, por identidad de ratio, la de los derechos de uso y de habitación, caracterizados igualmente por su temporalidad vitalicia y por tanto incierta, así como por las mismas dificultades de valoración. En ninguno de los tres países a que nos referimos se ha dudado en este extremo (57).

(57) Cfr. ZACHARIE, "Cours de Droit Civil Français", t. V (ed. Strasbourg 1846), § 684 bis, p. 158; DEMOLOMBE, op. y vol. cit., n. 439, p. 436; PLANIOL, RIPERT, TRASBOT, LAUSSOUARN, op. y vol. cit., n. 131, p. 170; WALTER

También creemos que por interpretación *de maius ad minus* parece correcto proyectarla de la renta vitalicia a las rentas temporales, que también son inciertas, por cuanto su terminación puede anticiparse a un momento incierto si el pensionista fallece antes, hecho que daría lugar de su extinción (art. 880 C. c.) y a las rentas alimenticias, inciertas además en su cuantía y, por tanto, más difíciles de valorar (58).

En cambio, mientras en Italia la norma comprende la nuda propiedad excedente de la correspondiente porción disponible, el silencio de los Códigos francés y español impiden su extensión a la misma. No obstante, en Francia, Demmolombe (59) defendió que subsistía la duda de *l'Ancien Droit* sobre este punto, y que debía resolverse de igual modo como había sido solucionada en el Código la cuestión inversa, siendo tan aleatorio el valor legado en el uno como en el otro supuesto.

Pero la jurisprudencia francesa (Cas. 7 julio 1857) ha resuelto negativamente tal equiparación, contra la cual —según han observado Laurent (60), Aubry et Rau (61) y Planiol, Ripert, Trasbot y Laussouarn (62)— militan estos argumentos: 1.º No siendo la nuda propiedad un derecho vitalicio —como el usufructo o la renta vitalicia—, sino perpetuo, los supuestos no son asimilables. 2.º Puesto que el legitimario tiene derecho a su cuota "*in natura*" y "*en propriété*", aplicarle una disminución perpetua de su derecho, aunque sea en parte, va contra el principio legal. Pero cabe replicar a este segundo argumento que tal disminución perpetua no se impone a la legítima, puesto que se da opción a los legitimarios para recibirla libre a cambio de ceder su usufructo de la parte disponible.

La fundamental razón para negar en este caso la aplicación del precepto, creemos que estriba en el carácter excepcional que debe darse a una norma que coloca al legitimario en una alternativa a la cual pudo someterle el testador y, sin embargo, no lo hizo. Como hicieron notar Aubry et Rau (63), el legislador puede, sin duda, añadir a disposiciones de naturaleza particular ciertas determinaciones o condiciones, como resultantes de la voluntad presunta del disponente, pero para esto hace falta un texto formal. Se trata de una excepción a las reglas de Derecho común que no admite interpretación extensiva.

Este mismo criterio negativo parece aplicable, en los tres regímenes

D'AVANZO, "L'abbandono del legitimario nelle "cautio" sociniana e la necessità dell'atto scritto se ha par oggetto beni immobili", Comentario a la S. 3-XII-1937, 1 Sez. de la Corte Suprema Cassazione civile", en "Jurisprudenza Italiana" vol. XC (1938), col. 141 (1); GULLÓN BALLESTEROS (Antonio), "El párrafo 3.º del artículo 820 del Código civil", en A. D. C., XIV, IV (octubre-diciembre 1961), p. 880, nota 11 bis.

(58) GULLÓN, op. cit., ps. 887 y ss.

(59) DEMOLOMBE, op. y vol. cit., núms. 435 y s., ps. 431 y ss.

(60) LAURENT, "Principes de Droit Civil Français", t. XII (4.ª ed., París 1875), núm. 148, ps. 196 y ss.

(61) AUBRY ET RAU, "Cours de Droit Civil Français". T. VII (4.ª ed. París, 1.875). § 684, p. 198.

(62) PLANIOL, RIPERT, TRASBOT, LAUSSOUARN, op. y vol. cit., n. 134, p. 178

(63) AUBRY ET RAU, loc. cit., p. 198, nota (7).

nes que examinamos, en los casos de ser impuestos a la legítima otro tipo de gravámenes —sean fideicomisos, condiciones, términos o *modus*—, aunque a los legitimarios gravados se les deje, además, toda o una parte de la porción disponible. La necesidad de optar entre aceptar la carga o renunciar la porción disponible, fuera de los casos especialmente previstos por la ley, sólo puede ser impuesta por el testador. Posibilidad de imponerla, generalmente admitida (64) y que en Italia sólo ha negado Losana (65), aparte de las vacilaciones de Cicu (66), que nos recuerdan los argumentos de algunos viejos juristas basados en la ley *Seius et Augerius* (Dig. XXXV-II, 27) (67).

Los preceptos en cuestión, como antes hemos dicho, no pueden estimarse ni se estiman de derecho necesario, por lo cual parece fuera de duda que el causante puede eliminar la necesidad de que el legitimario opte por uno u otro término, o bien regular de modo diverso el destino de la parte disponible para el caso de que el legitimario pida la reducción del usufructo o de la renta vitalicia legados.

* * *

(69) Cfr. v. gr.: ZACHARIE op. cit., § 679, p. 135, nota (4); DEMOLOMBE, op. y vol. cit., n. 430, p. 426; LAURENT, op. y vol. cit., n. 149, p. 198; STOLFI, op. y vol. cit., n. 680, ps. 315 y ss.; L. COVELLO, "Successione legittima e necessaria", cap. XXIX, § 4.º (2.ª ed., Milán 1938, p. 322); POLACCO, op. y vol. cit., p. 262; R. DE RUGGIERO, "Instituciones de Derecho Civil" (trad. española de R. SERRANO SUÑER y SANTA CRUZ TEJERRO (Madrid 1931), vol. II, § 142, p. 1124; AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., n. 123, p. 197; ENRIQUE GIMÉNEZ ARNAU y GRAN, "Extensión a la legislación castellana del usufructo universal aragonés". Primera Semana de Derecho Aragonés (Jaca, 1942), p. 38, ROCA SASTRE, "Naturaleza jurídica de la legítima", en R. D. P. XXVIII (marzo 1944), p. 185 y ss., y "Estudios de Derecho Privado", vol. II (Madrid 1948), ps. 174 y ss.; FRANCISCO VIRGILI SORRIBES, "El llamado heredero forzoso no es heredero" R. C. D. I. XVIII (julio-agosto 1945), p. 493; GREGORIO ORTEGA PARDO, "Naturaleza Jurídica del llamado "legado en lugar de legítima" (Madrid 1945), III, sec. II, § 3.º b), ps. 160 y ss.; ANTONIO BELLVER CANO, "La viudedad universal en los territorios de Derecho común", R. G. I. y J. 176 (diciembre 1944), ps. 476 a 478; FLORENCIO PORETA, "Naturaleza Jurídica de la Legítima en Estudios de Derecho Sucesorio", Conf. de 1945 del Colegio Notarial de Barcelona (Barcelona 1946), p. 195; AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN, "Intangibilidad de la legítima", IV, Cautela Sociniana o Gualdense, A. D. C. I-I (febrero-marzo 1948), ps. 65 a 72; MANUEL GITRAMA, "La administración de herencia en el Derecho español" (Madrid 1950), cap. III, n. 14, p. 72, nota 126 bis; ALVARO D'ORS y J. BONET CORREA, "El problema de la división del usufructo (Estudio romano-civilístico)", en A. D. C. V-I, ps. 105 y ss.; LACRUZ BERDEJO, Notas al "Derecho de Sucesiones" de Binder (Barcelona 1953), § 32, p. 301. Para una visión comparatista, ver E. ROGUIN, "Traité de Droit Civil Comparé", "Les Successions", IV (París 1912), §§ 2424 y 2425, ps. 626 y ss.

(65) CESARE LOSANA, "Successione testamentaria", n. 358, p. 155 del vol. XXI, Parte cuarta de "Il Digesto Italiano" (Turín 1921).

(66) ANTONIO CICU, "Le successioni" (Milán 1947), Parte segunda, II, cap. III, n. 3, sec. VI, p. 231.

(67) Cfr. CAROLUS RUINUS, "Responsorum sive consiliorum", t. III (Venezia 1571), lib. II, Cons. CXIX, n. 13, fol. 235, e HIPOLYTUS RIMINALDUS, "Consiliorum sive Responsorum", lib. V (Venezia 1885), Cons. DX, ns. 20 y ss., fol. 101.

Un problema suscitado en la doctrina de los tres países a que referimos esta labor comparatista es el referente a la aplicación del precepto a los supuestos de haberse dispuesto varios legados conjuntos o sucesivos de usufructo o renta vitalicia, o uno de cada una de ambas especies, y muy especialmente en el caso de haberse dispuesto, además del usufructo o renta vitalicia, otro u otros legados afectantes a la porción disponible.

En Francia, como en Italia, no existe acuerdo.

Zacharie (68) entendió que de concurrir el legado de usufructo o renta vitalicia con otros u otros de nuda propiedad deberían reducirse todos. Duranton (69) y Aubry et Rau (70) afirmaron que la evaluación es necesaria para su reducción, la cual debe tener lugar si concurren con legados de diversa clase, o hay rentas vitalicias o usufructos sucesivos. Planiol, Ripert, Trasbot y Laussouarn (71) creyeron que el artículo 917 únicamente era aplicable cuando hubiera un solo legado de usufructo o renta vitalicia, y dieron por supuesto que no lo era si los legados dispuestos eran varios. Savatier (72) tampoco lo ha creído aplicable en caso de coincidir liberalidades del tipo previsto en el mismo y otras de otro tipo, pues en ese supuesto, observa que ya no se trata sólo de una relación entre reservatarios y legatarios o donatarios de usufructo o renta vitalicia.

En cambio, Marcadé (73) —creemos que más certeramente— observó que la reducción no es nunca necesaria en la relación entre herederos y legatarios de usufructo o renta vitalicia, sino sólo en la relación entre éstos y los demás legatarios. En igual sentido, explicó Demolombe (74) que el heredero cumplirá con abandonar el excedente de la parte disponible y la reducción sólo jugará entre los legatarios, valorándose sólo a este efecto la renta vitalicia o el usufructo. Y que, tratándose de usufructos o rentas vitalicias sucesivas, la propiedad de la parte disponible, abandonada por el reservatario, pertenecerá al llamado en segundo término, quedando el primero como usufructuario o pensionista.

En Italia, vemos a Ascoli (75) y Coviello (76) defender que el precepto del cual tratamos se refiere nada más a los supuestos en que úni-

(68) ZACHARIE, op. y vol. cit., § 684 bis, p. 159, nota 4.

(69) M. DURANTON, "Cours de Droit Civil suivant le Code Français" (4.^a ed. Bruxelles 1841), t. IV, p. 389, lib. III, tit. II n. 347.

(70) AUBRY ET RAU, op. y vol. cit., § 684 bis, p. 200.

(71) PLANIOL, RIPERT, TRASBOT Y LAUSSOUARN, op. y vol. cit., n. 131, 4.^a p. 172.

(72) RENÉ SAVATIER, "Cours de Droit Civil", t. III (2.^a ed. París 1951), n. 630, p. 322.

(73) V. MARCADÉ, "Spiegazione Teorico-Pratica del Codice Napoleone" (3.^a vers. italiana de la 6.^a ed. de París-Nápoles 1874).

(74) DEMOLOMBE, op. y vol. cit., ns. 444 y ss., ps. 444 y ss.

(75) A. ASCOLI, "Legato alternativo-Legitima-Eleccione", Comentario a la Sent. de la Corte d'Apello de Catania de 28 agosto 89, en Foro Italiano, XV (1890) I, col. 88.

(76) L. COVIELLO, op. cit., cap. XXXIV, § 12, ps. 388 y ss.

camente se haya dispuesto un solo legado de usufructo, renta vitalicia o nuda propiedad; y, en cambio, leemos a Chironi (77), Gangi (78), D'Avanzo (79) y los Azzariti y Martínez (80), entre otros, opinar que el abandono de la parte disponible es posible aunque dichos legados sean varios o concurren con otros de distinta clase.

En España, que nosotros sepamos, sólo se ha ocupado de este problema Gullón Ballesteros (81), en un trabajo muy reciente. A su juicio, el artículo 820, núm. 3.º, sólo es aplicable si tan sólo existe un único legatario que precisamente lo sea de usufructo o de renta vitalicia, si bien extiende su aplicación al caso en que este mismo único legatario, además y a la vez, resulte beneficiado con otro legado de tipo diverso. Pero, en cambio, afirma que de concurrir aquel legatario con otro de clase diferente, ya no cabe aplicar ese precepto: *a)* por razón de su carácter excepcional, que impide su interpretación extensiva; y *b)* porque de seguirse la opinión contraria se llegaría prácticamente a la anulación de la regla general del artículo 820, núm. 2.º, que dispone la reducción de los legados a prorrata. Ya que: o se da la parte libre al legatario de usufructo o renta vitalicia, desapareciendo los demás (por el juego del precepto que estudiamos), o se cede la parte de libre disposición a todos los legatarios, “en contraposición total no sólo con la voluntad del legatario, que no es de usufructo ni de renta vitalicia, sino con la del mismo testador, si el objeto de aquél es de los enumerados en el artículo 887” [que señala cierto orden de prelación en caso de ser la herencia insuficiente para pagarlos todos]; y: “Si no lo es [de los enumerados en este artículo] estaríamos ante una vulneración de la regla que impone la prorrata y en presencia de un cambio del objeto legado, que no tiene facultad el heredero forzoso para imponérselo”.

Pero Gullón olvida: 1.º Que el artículo 820, núm. 3.º, sólo regula la relación entre legitimarios y usufrutuuario o pensionista, quedando fuera de su texto el ulterior problema de la reducción, que pueda ser necesario hacer entre estos legados y los demás de otro tipo. 2.º Que el legitimario sólo entrega al legatario de usufructo o renta, en el caso previsto en el artículo 820, núm. 3: la propiedad de la parte de libre disposición que a él le correspondería, pero no aquella parte especialmente legada a otras personas. Todo —repetimos— sin perjuicio del ulterior juego de la reducción a efectuar entre los legatarios de una y otra clase, cuando la parte disponible no bastase para satisfacer a todos.

* * *

(77) G. P. CHIRONI, “Studi e Questioni de Diritto Civile”, vol. IV (Torino 1915); “Pensione vitalizia-Eccedenza della disponibile”, en Foro Italiano 1886, I, 1012, Coment. a la Sent. de la Corte d'App. Milano 14 sept. 1886, p. 196.

(78) CALOGERO GANGI, “Il legati nel Diritto civile italiano”, vol. II (Padova 1932), n. 370, ps. 345 y ss.

(79) D'AVANZO, loc. cit., col. 147.

(80) AZZARITI Y MARTÍNEZ, op. cit., n. 125, p. 199.

(81) GULLÓN BALLESTEROS, loc. cit., págs. 880 y ss.

"Le Code français" y "el Código español", con referencia al usufructo y a la renta vitalicia cuestionados, respectivamente, precisan "*dont la valeur excède la quantité disponible*" y "*cuyo valor se tenga por superior a la cuota disponible*". Incisos que han dado lugar a los mismos problemas. A diferencia de ellos, el *Código Italiano*, ya en su edición de 1865, siguiendo al *Código Albertino*, dejó decidida la cuestión al decir "*il cui reddito eccede quello della porzione disponibile*".

La interpretación de estas expresiones ha dado lugar a las siguientes posiciones:

Primera opinión: Debe hallarse el valor del usufructo o la renta vitalicia fijando su valor venal, y sólo en caso de que dicho valor exceda del de la cuota disponible los herederos podrán cumplir abandonando la propiedad de la porción disponible con que el testador les había beneficiado.

En Francia esta opinión había sido defendida por Levasseur (82), basándose en la letra del artículo 917. Laurent (83) también opinó que debe estarse al texto de este precepto; que la objeción de que con este criterio será necesario hacer la estimación de dichos legados no debe afectarnos, pues hay que atenerse a la ley, y que los trabajos preparatorios no tienen la significación que se les pretende atribuir. No obstante, reconoció que debía prescindirse de su opinión, porque era rechazada por todo el mundo.

En España, entre los primeros comentaristas del Código civil, Mucius Scaevola (84) opinó que es necesario capitalizar el usufructo al interés legal (notemos que no atiende a ninguna otra circunstancia, ni siquiera a la edad del usufructuario) para ver si excede de la parte disponible. (Pese lo cual nos parece que, en realidad, Scaevola no buscaba el valor del usufructo, sino que sólo comprobaba —parejamente a la última opinión que expondremos— si sus rentas afectaban al capital de la porción legitimaria.)

Pero el autor que con gran brillantez ha defendido la tesis de que debe hallarse el valor del usufructo ha sido nuestro admirado compañero José González Palomino (85), a quien han secundado después Alvaro D'Ors y José Bonet Correa (86).

González Palomino resucitaba —sin advertirlo— la posición de glosa de Accursio al interpretar la ley *Uxori meae*, la vieja opinión de Angelo y Caepolla y los olvidados precedentes castellanos de Palacios

(82) LEVASSEUR, "De la portion disponible", n. 88. Hemos consultado su versión italiana "Porzione disponible o sia Trattato della porzione de Beni" (trad. de Mangiarotti-Milán 1808), ns. 86 y ss., ps. 83 y ss.

(83) LAURENT, op. y vol. cit., n. 152, p. 202.

(84) QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, "Código civil comentado y concordado extensamente", t. XIV (4.ª ed., Madrid 1944), arts. 818 a 822, D. c. p. 467.

(85) JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, "El usufructo universal del viudo y los herederos forzosos" (Derecho Civil Común), Rev. Dr. Priv. XXIII (mayo 1936), ps. 160 a 165; "Estudios de Arte menor sobre Derecho sucesorio", en An. Ac. Matr. del Notariado, II (Madrid 1946), II, "El acrecimiento en la mejora", ps. 546 y ss.

(86) D'ORS Y BONET CORREA, loc. cit., p. 117.

Ruvios y Gómez-Arias. Su argumentación se sintetiza en las consideraciones de la legítima como una cuota parte del valor de los bienes de la herencia, de que el usufructo es un derecho perfectamente valorable y de que la nuda propiedad también tiene su valor, por lo que se pueden pagar los derechos de los legitimarios con adjudicaciones en nuda propiedad.

Pero esta opinión fué acogida con viva reacción. Por Roca Sastre (87), Porpeta (88) y otros autores (89) se alegó en seguida el artículo 813, § 2.º, del Código civil, que dice: "Tampoco podrá imponer sobre ella [*la legítima*] gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo". González Palomino replicó: "Lo que no veo claro es cómo se grava una legítima si se adjudica al legitimario, por su justo valor, con deducción del valor de la carga, una finca hipotecada o la nuda propiedad de una finca. Y la cosa sigue inalterable —concluye— si en vez de una finca decimos una herencia". Sin embargo, si se entiende según la interpretación usual del artículo 813, que su inciso final "*salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo*" sólo se refiere al usufructo legal de éste (arts. 834 y ss. C. c.), implícitamente se excluye cualquier otro usufructo. Además, la legítima, en principio, "es porción de bienes" (art. 806), *in natura*, y no desintegración de éstos en derechos creados por el testador al efecto. Crear un usufructo sobre los bienes que en nuda propiedad se atribuyen en pago de la legítima es aplazar el disfrute de ésta.

No olvidemos que el Código recoge en fórmulas abstractas —a la moda moderna— el Derecho anterior, y que en éste la opinión dominante fué la opuesta a la de Angelo, Caepolla, Palacios Ruvios y Gómez Arias. El 820, núm. 3, no resucita la opinión de estos autores, sino más bien su solución es parecida a la, también minoritaria en Castilla, de Ayerve de Ayora o a la que, en Francia, predominó en la jurisprudencia y doctrina de "Droit coutumier".

Volviendo a Francia, contra la opinión de que la expresión "*dont la valeur*" se refiere a la valoración del usufructo o la renta vitalicia, Demolombe (90) ha argumentado que la *mens legislatoris* del artícu-

(87) RAMÓN M.^a ROCA SASTRE, "Naturaleza Jurídica de la Legítima", en R. D. P. XXVIII (marzo 1944), ps. 203 y ss.

(88) PORPETA, loc. cit., ps. 194 y ss.

(89) PEDRO SOLS GARCÍA, "El heredero - Ideas para su estudio", en R. C. D. I. XVII (sept. 1944), p. 586; LUIS HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "La cuota viudal y su regla fija", R. G. L. y J. 180 (octubre 1946), ps. 394 y ss.; FRANCISCO SALAS MARTÍNEZ, "El usufructo viudal universal en el Derecho civil común español", en R. C. D. I., XX (jul-ago. 1947), p. 485; AMADRO DE FUENMAYOR CHAMPIN, loc. cit., p. 63; GÓMEZ MORÁN, "El usufructo viudal en el Código civil", en R. G. L. y J. 185 (marzo 1949), ps. 317 y ss.; JUAN MANUEL IGLESIAS LÓPEZ DE VÍVIGO, "Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo", R. G. L. y J. 188 (sept. 1950), p. 273; J. B. FUENTES TORRE-IZUNZA, "El usufructo viudal universal (una cláusula de estilo)", en R. G. L. y J. 189 (junio 1951), ps. 649 a 706.

(90) DEMOLOMBE, op. y loc. cit., n. 440, p. 437.

lo 917 es: 1.º, evitar la estimación del usufructo o de la renta vitalicia; y 2.º, permitir que el heredero pueda tener siempre el goce libre e inmediato de la reserva: finalidades ambas que con tal interpretación se conculcarían.

Segunda opinión: Lo que precisamente trata de evitar el precepto es que el usufructo o la renta vitalicia tengan que ser valorados, dadas las dificultades de su valoración, y deja a la libre determinación del heredero la elección de lo que mejor le convenga, según su personal y subjetiva apreciación del valor del gravamen impuesto, sea mayor o menor objetivamente apreciado que la parte disponible.

Entre los sustentadores de esta tesis vemos, en Francia, a Duranton (91), Zacharie (92), Troplong (93), Aubry et Rau (94), Josserand (95) y Savatier (96).

En España la sostuvo ya García Goyena (97) respecto al núm. 3.º del artículo 649 del Proyecto de 1851, al razonar: "Los legatarios del usufructo o de la renta no pueden quejarse, pues que se les da todo aquello de que pudo disponer el testador; los herederos forzosos tampoco pueden quejarse, pues que *son libres* de ejecutar la disposición, *si creen que no es inoficiosa o excesiva*, o en reemplazarla, cediendo la parte disponible *si creen lo contrario*".

Mauresa (98) y Sánchez Román (99) fueron de este mismo criterio. Aquél destacó que el usufructo, las pensiones y rentas vitalicias no pueden sujetarse para su evaluación a una regla general, por ser la época de la muerte del usufructuario o pensionista un hecho incierto, sin que su edad y estado de salud permitan más que un cálculo probable aproximado, sobre el cual es difícil haya conformidad entre herederos y legatarios, y que por eso se arbitró el precepto del artículo 820, número 3.º, que deja la opción a la libre elección de los herederos.

Tercera opinión: El texto legal prevé el caso de que el usufructo o renta vitalicia afecte a bienes que excedan de la parte disponible o a una cuota parte superior a la de libre disposición.

Este criterio ha sido seguido en Francia por A. Colin y H. Capitant (100), y en España por Lacruz Berdejo (101). Dice éste que: "la

(91) DURANTON, op. y vol. cits., n. 345, pág. 348.

(92) ZACHARIE, op. y vol. cits., § 684 bis, art. 917, nota 4, p. 159.

(93) M. TROPLONG, "Droit Civil Expliqué", "Des donations entre vifs et des testaments" (2.ª ed. París 1862), t. II, n. 836, p. 236.

(94) AUBRY ET RAU, op. y vol. cits., § 684 bis, p. 196.

(95) JOSSERAND, op. y vol. cits., n. 1706, p. 882.

(96) RENÉ SAVATIER, op. y vol. cits., 630, 3.º, p. 322.

(97) GARCÍA GOYENA, op. y vol. cits., art. 649, p. 199.

(98) JOSÉ M.ª MAURESA Y NAVARRO, "Comentarios al Código civil español", t. VI (6.ª ed. Madrid 1932), arts. 820 a 832, p. 386.

(99) FÉLIX SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios de Derecho Civil", VI-2.º (Madrid 1910), cap. XV, n. 114, 3.º, 5.º, p. 967.

(100) A. COLIN Y H. CAPITANT, "Curso elemental de Derecho civil", traducción española anotada por Demófilo de Buen (Madrid 1927), t. VII, tít. II, Apéndice, p. 544.

(101) JOSÉ LUIS VERDEJO, Notas a la traducción española de la 2.ª ed. ale-

palabra *valor* está referida a los bienes gravados, y no al valor de capitalización del gravamen: de otra manera el artículo sería inútil, pues si lo superior a la parte disponible es el valor de capitalización del usufructo o la renta, resulta claro que tales disposiciones lesionan la legítima, y no es preciso dar opción alguna al legitimario”.

Cuarta opinión: La opción o elección se concede al heredero cuando el goce o disfrute del usufructo o las rentas legados exceden del goce o de la renta de la cuota disponible.

Es el criterio que recoge el Código italiano, y que en Francia han defendido, entre otros, Demolombe (102), Marcadé (103), Planiol, Ripert, Trasbot, Laussouarn (104), y, en España, Gullón Ballesteros (105).

Este objeta a la opinión de Lacruz que la referencia al valor de los bienes gravados sería inaplicable al legado de renta vitalicia, pues en ésta, a diferencia del usufructo, no hay gravamen de ningún bien—lo cual, no obstante, no siempre es cierto—.

Quinta opinión: Debe distinguirse entre el usufructo, para el cual debe atenderse a si el valor de los bienes usufructuados excede de la porción disponible, y la renta vitalicia, respecto de la cual deberá atenderse a si su pensión excede de las rentas de la porción disponible.

Este parece ser el criterio de Bonnecasse (106), respecto al artículo 917 francés.

Sexta opinión: En principio debe atenderse al valor de los bienes gravados con relación al valor total computable a efectos de fijar las legítimas, pero: *a)* si el gravamen no absorbe totalmente las rentas de los bienes especialmente gravados deberá fijarse proporcionalmente la porción gravada y la libre, de estos bienes, para realizar la comparación sólo con aquella parte; y *b)* si se trata de una renta deberá capitalizarse ésta al interés legal sin hacer deducción alguna por su carácter temporal o vitalicio y compararse, la capitalización obtenida, con el valor total computable para calcular la legítima; a fin de ver si tal capitalización sobrepasa o no de la porción disponible.

Creemos que esta solución es la que responde mejor al modo cómo se hace el cómputo de la legítima para saber la parte de ella que debe estimarse libre de gravamen o la parte que efectivamente se halla gravada. En el caso de que en la herencia haya capitales inactivos pero fácilmente enajenables (lingotes de metal, cuadros de valor, joyas, dinero depositado o guardado, solares, etc.), nos parece lo más

mana del “Derecho de Sucesiones” de JULIÁN BINDER (Barcelona 1953), § 32, p. 301.

(102) DEMOLOMBE, op. y vol. cit., n. 442, p. 440.

(103) MARCADÉ, op. y vol. cit., n. 558, ps. 550 y ss.

(104) PLANIOL, RIPERT, TRASBOT, LAUSSOUARN, op. y vol. cit., n. 131, 2.ª, p. 171.

(105) GULLÓN BALLESTEROS, loc. cit., ps. 884 y ss.

(106) JULIEN BONNECASSE, “Elementos de Derecho Civil”, t. III (trad. de José M. Cajica jr. Puebla, México 1946), n. 726, p. 534.

justo hallar su valor venal para compararlo con el necesario para producir al interés legal la pensión legada. En estos casos, el diverso resultado que arroja este criterio respecto al de comparar sólo los réditos, es muy notable (107).

* * *

El texto de la última versión del *Codice civile italiano*, en su artículo 550, resuelve las discusiones que se habían planteado en torno al artículo 810 del *Codice* de 1865, acerca de si la opción de los legitimarios debía ser ejercitada conjuntamente, o bien si podían actuarla individualmente unos sí y otros no. Según el 3.º del artículo 550, "se i legitimari non più occorre l'accordo di tutti perché la disposizione testamentaria abbia esecuzione". En cambio, el problema sigue en pie en las legislaciones francesa y española, si bien en ésta la cuestión ha sido muy poco discutida y en aquélla el criterio de la doctrina es casi unánimemente contrario al de la actual solución italiana.

Anteriormente, bajo el *Codice* de 1865, es sabido que se propusieron las siguientes soluciones:

- a) La elección podía ejercitarse individualmente (108).
- b) Sólo podía aceptarse el gravamen del usufructo o renta vitalicia sobre la legítima—por acuerdo unánime, a falta del cual, por lo tanto, debía entregarse la parte disponible al legatario (109).
- c) Si faltaba acuerdo unánime debería decidir la autoridad judicial (110).
- d) A falta de acuerdo unánime, sólo se debía resolver, caso por caso, interpretando la voluntad del testador (111).

En Francia, Duranton (112) es posiblemente el único autor que se ha inclinado por la necesidad del acuerdo unánime de los herederos, por estimar que no puede obligarse al legatario a dividir su derecho, recibiendo parte en usufructo o renta vitalicia y parte en propiedad. Fundó su criterio en la indivisibilidad de la acción de retracto ejercitable por los herederos del vendedor.

La opinión contraria es la común, que vemos sustentada por Za-

(107) Cfr. GULLÓN, loc. cit., p. 885.

(108) Cfr. PACEFICCI-MAZZONI, "Codice Civile Italiano Commentato-Trattato delle Successioni", Parte prima, vol. IV (3.ª ed. Firenze 1906), P. I, t. II, cap. VII, Sec. I, § 26, p. 79; FRANCESCO DEGNI, "Lezioni di diritto civile - La successione a causa di morte", II, "La successione testamentaria", vol. 2.º (Padova 1934), Lec. XII, ps. 236 y ss.; VENEZIAN, "Usufructo, uso y habitación", t. I (traducción castellana, anotada por José Castán Tobeñas, Madrid 1928), n. 144, ps. 378 y ss.

(109) Cfr. CÉSARE LOSANA, voz "Successione testamentaria", en "Il Digesto Italiano", vol. XXII, Parte cuarta (Turín 1921), ps. 154 y ss.; NICOLA STOLFI, "Diritto Civile", vol. VI (Torino 1934), n. 680, ps. 315 y ss.

(110) Cfr. CALOGERO GANGI, "Il legatari nel Diritto civile italiano", vol. II (Padova 1932), n. 375, ps. 354 y ss.

(111) Cfr. L. COVIELLO, op. cit., cap. XXIX, § 5, ps. 322 y s.

(112) DURANTON, op. y vol. cit., n. 346, ps. 384 y s.

charie (113), Marcadé (114), Troplong (115), Demolombe (116), Aubry et Rau (117), Planiol, Ripert, Trasbot y Lausuoarn (118). Las razones expuestas en favor de ésta, las concreta Demolombe en el principio general de que los derechos se entienden divididos entre los herederos y en el carácter excepcional que, en Derecho, tienen los supuestos de indivisibilidad. Contra el argumento de Durantou, niega la analogía entre la situación del comprador sujeto a retracto, que *certat de damno vitando*, y la del legatario, que *certat de lucro captando*.

Sólo en caso de tratarse de un derecho indivisible, como el usufructo de un cuerpo o un derecho de uso o habitación, estimó Demolombe la necesidad de acuerdo entre los herederos. Criterio seguido también por Planiol, Ripert, Trasbot y Lausouarn, que, en este caso, a falta de acuerdo, aceptan que puedan decidir los Tribunales, siguiendo en principio, pero no necesariamente, la voluntad de la mayoría.

En España, José González Palomino (119) cree que a falta de unanimidad "el legado será directamente ejecutivo en los términos dispuestos por el testador". Notemos que su posición es completamente la contraria de la aceptada por el artículo 550 italiano. La unanimidad la requiere González Palomino no para aceptar el gravamen del usufructo o renta vitalicia sobre la legítima, sino para ceder la propiedad de la parte disponible. Criterio que nos parece difícil de compaginar con la intangibilidad de la legítima, según comúnmente es entendida y nos parece resultar del artículo 813 C. c. español.

En cambio, Iglesias López de Vivigo (120) y Gullón (121) se inclinan por la posibilidad del ejercicio individual de la opción por cada uno de los legitimarios. El primero, no obstante, admite que de la voluntad del testador pueda resultar la imposibilidad de dejar al legatario sólo en parte el legado de renta vitalicia, de tal modo que de no satisfacerse íntegramente habrá que entregarle la parte disponible. El segundo examina la posibilidad de aplicar analógicamente la doctrina del artículo 839 C. c., que para la conmutación de la cuota legal usufructuaria del viudo exige *mutuo acuerdo* o, en su defecto, mandato judicial. Pero, prescindiendo de cuál deba ser la interpretación de esa expresión (122), no creemos posible tal analogía, pues en la hipótesis

(113) ZACHARIE, op. y vol. cit., § 684 bis, p. 159, nota 4.

(114) MARCADÉ, op. y vol. cit., n. 559, p. 551.

(115) TROPLONG, op. y vol. cit., n. 840, p. 238.

(116) DEMOLOMBE, op. y vol. cit., n. 454, ps. 449 y s.

(117) AUBRY ET RAU, op. y vol. cit., § 684 bis, p. 200.

(118) PLANIOL, RIPERT, TRASBOT Y LAUSSOUARN, op. y vol. cit., n. 131, 5.ª p. 173.

(119) JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, "Estudios de Arte Menor sobre Derecho Sucesorio", en An. de la Ac. Matritense del Notariado, vol. II, p. 554, nota 1.

(120) JUAN MANUEL IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIGO, "Una cláusula de estílo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo", en R. G. I. y J. 188 (sept. 1950), p. 279.

(121) GULLÓN, loc. cit., ps. 886 y ss.

(122) En contra de MEZQUITA DEL CACHO ("Commutacion del usufructo

del 839 se trata de conmutar una cuota usufructuaria legitimaria, o sea, legal, y en el caso del 820, núm. 3.º, la conmutación se refiere a un usufructo voluntario que grava las legítimas y que éstas no tienen por qué soportar. Por eso, nos parece decisivo el argumento que ambos aducen, de que si el legado constituye un gravamen de legítima, no se debe dejar al arbitrio o autojo de otro coheredero la elección de la forma en que cada cual habrá de disfrutarla.

¿*Quid* si la parte disponible ha sido atribuída sólo a alguno de los legitimarios, o a todos, pero desigualmente?

Es sabido que, en el régimen del Código italiano de 1865, Gangi (123) y Degni (124), v. gr., no veían inconveniente en aplicar el artículo 810, aunque la parte disponible hubiese sido atribuída desigualmente a los legitimarios.

Pero en los regímenes en que se admita el ejercicio individual de la facultad de elección por cada legitimario, el beneficiado con mayor porción que los demás en la parte disponible, ¿deberá dejarla también íntegramente si no acepta que el usufructo o renta legados graven su porción legítima? Nos parece indudable que así ha de ser, si del testamento no resulta que fué otra la voluntad del testador. La coacción de la norma recae en quién puede recaer—los legitimarios beneficiados con la parte libre— y en la medida en que puede recaer, es decir, en la de su beneficio respectivo.

* * *

El artículo 917 francés señala como uno de los términos de la opción el “*de faire l'abandon*”, y paralelamente el 550 italiano, el de “*abbandonare*”, refiriéndose a la porción disponible. En cambio, el artículo 823, 3.º, español concreta este último término de la elección en “*entregar al legatario*” dicha parte disponible.

Sin embargo, pese a la mayor indeterminación de la expresión de *abandonar*, en Francia y en Italia no se ha dudado de que ese abandono se verificaba precisamente a favor del legatario del usufructo de la renta vitalicia.

Barassi (125) cree que el legatario adquiere por *acrecimiento*, querido por la ley. Si el legado era de nuda propiedad la consolidación es cosa natural, pero de serlo de usufructo resultaría una rara consolidación a la inversa, y de tratarse de una renta vitalicia técnicamente no puede hablarse de acrecimiento ni de consolidación.

Por lo demás, no ofrece duda, tratándose de un precepto meramente *vidual común*, en Rev. Der. Notarial—enero-marzo 1957—, ps. 237 y ss.) y de conformidad con GULLÓN (loc. cit., ps. 888 y s.), creemos que el “*mutuo acuerdo*” entre los herederos y el cónyuge viudo, que exige el art. 839 C. c. español, no se refiere al hecho de la conmutación (que entendemos forzoso para éste), sino a las valoraciones consiguientes para su efectucción.

(123) GANGI, op. y vol. cit., n. 372, p. 350.

(124) DEGNI, op. y vol. cit., p. 239.

(125) BARASSI, “*La successione per causa di morte*” (3.ª ed. Milano 1947), n. 97 bis, p. 275.

mente declarativo, por lo que se refiere a la necesidad de abandonar la parte disponible, que el testador puede señalar para ésta otro destinatario en cualquiera de los tres regímenes.

Más discutida ha sido la naturaleza de ese abandono o de esa entrega al legatario.

Se ha dicho que supone la renuncia de un legado condicional (126) o de la herencia testamentaria, optándose por aceptar sólo la legítima (127); que significa una cesión o dación en pago (128), una novación (129); el ejercicio de la elección en una obligación alternativa (130), el ejercicio de una "facultatis solutionis" (131), una commutación del objeto legado (132) o un modo especial de satisfacerlo (133).

De la solución de este problema conceptual se ha dicho que depende la solución de cuestiones de interés práctico, como son la de los requisitos formales de la declaración de los legitimarios optando por el abandono, y la determinación del título de la atribución al legatario de la cuota disponible, importante a efectos de determinar su responsabilidad por el pasivo hereditario.

No creemos en el método dogmático-conceptualista de inversión. Para nosotros el valor del conceptualismo se concreta a la exacta determinación del valor de la terminología con la que debemos entendernos, y a lograr clasificaciones que sirvan para ordenar nuestras ideas. Pero no para deducir consecuencias prácticas.

La naturaleza de una institución debe resultar de su ordenación justa, adecuada a las cosas. No viceversa ésta de aquélla.

En cambio, la forma sí que —creemos— puede derivar tanto directamente de su adecuación a la cosa, como mediatamente a través de la calificación jurídica de la relación, que es como normalmente es establecida por las normas la necesidad de forma solemne.

Estimamos acertado el juicio de Barbero (134), al observar que la legítima, para no ser violada, debe ser respetada en su *quale* y en su *quantum*; pero que puede ocurrir que al legitimario le convenga sufrir cierta lesión en el *quale* si como compensación se le atribuye un *quantum* superior a aquel al que tendría derecho. Al aceptarlo admite la determinación propuesta por el testador. Al optar por sus de-

(126) Cfr. ASCOLI, loc. cit., col. 87.

(127) Cfr. FRANCISCO ESPINAR LAFUENTE, "La herencia legal y el testamento" (Barcelona 1956), n. 175, p. 396 (por lo menos con referencia a la cautela expresada testamentariamente, que es la que expresamente trata).

(128) Cfr. V. POLACCO, op. y vol. cit., p. 587.

(129) Cfr. DEMOLOMBE, op. y vol. cit., n. 459, p. 456; GANGI, op. y vol. cit., n. 378, p. 359.

(130) Cfr. AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., n. 123, p. 198; ROCA SASTRE, "Estudios...", vol. cit., p. 177.

(131) Cfr. L. COYBELLO, op. cit., § 4.º, p. 322.

(132) Cfr. GULLÓN, loc. cit., pág. 894.

(133) Cfr. LAURENT, op. y vol. cit., n. 155, ps. 205 y s.; LOSANA, loc. cit.; GULLÓN, loc. cit., p. 895.

(134) DOMENICO BARBERO, "L'Usufructo e i diritti affini" (Milán 1952), n. 98, ps. 394 y ss.

rechos legitimarios estrictos en cuanto *quale* y *quantum*, sólo renuncia a la compensación de la merma del *quale* por el mayor *quantum*. Es decir, respectivamente, en cada caso opta por una diferente solución de sus derechos, a los que en ningún caso renuncia (135).

Igualmente, el legatario, en este segundo caso, percibe su legado con una solución distinta. Se commuta su objeto, pero no varía su título (136).

Es cierto que para quienes—en virtud del llamado criterio objetivo—conceptúan heredero, cualquiera que sea el nombre que se le dé, al llamado a una cuota y no a bienes y derechos determinados, se plantea si: el legatario de usufructo satisfecho con la entrega de la totalidad de la cuota disponible, deberá por ese resultado ser reputado heredero (137). Pero creemos que el verdadero criterio objetivo debe distinguir la *quota hereditatis* y la *quota bonorum*, que sólo se refiere de una cuota de *activo líquido*, clave de la distinción entre el *heredero llamado a una cuota* y el *legatario de parte alícuota* (138). Este carácter, en virtud de la *commutación*—del objeto pero no del título—producida por el abandono del legitimario, lo asumiría el legatario del usufructo o de la renta vitalicia (139) a quien ni el testador ni la ley pretenden convertir en heredero, sino tan sólo que le sea satisfecho su interés del mejor modo posible. Al no ser titular de una *pars hereditatis*, sino de una *pars bonorum*, no responderá personalmente de las deudas hereditarias, sino que éstas sólo le afectarán indirectamente en cuanto disminuyan el activo líquido relicto (140).

(135) Cfr. LAURENT, loc. últ. cit.; AZZARITI y MARTÍNEZ, op. cit., n. 124, p. 199.

(136) Cfr. CHIRONI, loc. cit., p. 195; GANGI, op. y vol. cit., n. 378, p. 359; D'AVANZO, loc. cit., col. 149.

(137) Cfr. la explicación de este criterio y su crítica en LAURENT, op. y vol. cit., n. 155, p. 206.

(138) Cfr. nuestros "Apuntes de Derecho Sucesorio" (Madrid 1955), II, § 4.º, ps. 227 y ss.

(139) Cfr. GULLÓN, loc. cit., p. 895.

(140) La distinción es clara: *pars hereditatis* es tanto como participación en el *universus ius relictum*, es decir, en su activo y su pasivo, y *pars bonorum*, es tanto como cuota parte de los bienes líquidos, o sea, del activo después de deducido el pasivo.

