

# La conmutación de la legítima de los hijos naturales reconocidos

ANTONIO GULLON BALLESTEROS

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Granada

## EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 840 DEL CÓDIGO CIVIL: SU FUNDAMENTO.

El artículo 840 C. c. determina en su párrafo primero la cuota legal que corresponde a los hijos naturales reconocidos del causante.

Pero en su párrafo segundo establece una importantísima reducción a sus derechos legitimarios. Reducción no cuantitativa, por supuesto, sino meramente cualitativa. Preceptúa: “Los hijos legítimos podrán satisfacer la cuota que corresponde a los naturales en dinero o en otros bienes de la herencia a justa regulación.”

Deja el Código, pues, al arbitrio de los hijos legítimos el cumplimiento de la regla fundamental en materia de partición hereditaria contenida en el artículo 1.061: “En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie.” Además, la facultad que confiere el artículo 840, párrafo 2.º, supone una derogación, si optan los hijos legítimos por el pago de la cuota de los naturales reconocidos, en dinero que no existe en la herencia, de la necesidad de que los legitimarios perciban el importe de sus derechos en bienes de la misma.

La facultad en cuestión se introduce en nuestro Código por influencia del Código italiano de 1865. Esta afirmación se deduce inevitablemente de la lectura del artículo 826 del Anteproyecto del Código civil español 1882-1888. Dicho artículo 826 es idéntico al actual 840, y según consta expresamente en aquél, se tomó directamente del artículo 744 del referido Código italiano, a cuyo tenor: “Los hijos legítimos o sus descendientes tienen la facultad de pagar la cuota que corresponda a los hijos naturales en dinero o en bienes inmuebles de la herencia, según justa apreciación” (1).

Causa realmente extrañeza esta disposición, tanto italiana como española, que impone tantas limitaciones a la posición de los hijos naturales reconocidos en la herencia del causante. La extrañeza se refiere nada más que a su fundamentación jurídica, porque es obvio que desde un punto de vista sociológico cuadra a las mil maravillas

---

(1) Cf. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código civil español*, Madrid 1965, pág. 255.

con la tendencia estrecha que resplandece en nuestro Código en lo que se refiere a la filiación natural.

En la *Relazione* de PISANELLI al Código de 1865 se explica la facultad de los hijos legítimos sobre una base meramente económica: impedir el excesivo fraccionamiento de la propiedad. Peregrina justificación, porque evidentemente estas situaciones se producen siempre que haya una pluralidad de herederos. No hay razón para estimar como inconveniente el que de tres sucesores uno sea hijo natural, por ejemplo, y sea, por el contrario, indiferente económicamente que los tres sucesores sean hijos legítimos. Pero es que, además, la intención está en pugna con la propia letra del precepto, ya que se permite a los hijos legítimos conmutar la cuota de los naturales reconocidos *por otros bienes de la herencia*. ¿Es que entonces desaparece el *excesivo fraccionamiento de la propiedad*?

La doctrina encuentra la razón de la norma en evitar choques entre la familia legítima y la natural a la hora de la división hereditaria. SÁNCHEZ ROMÁN dice: “No necesita este texto otra explicación que la de que, sin duda, responde a su propósito de evitar las posibles desarmonías más probables por la desigual condición filial entre los naturales y los legítimos, con motivo de la adjudicación de bienes en pago de su respectivo haber, y más que nada, en los casos en que se impusiera como solución forzosa la fórmula del *pro indiviso* en la aplicación de ciertos bienes y al consiguiente estado, propenso siempre a conflictos, del condominio” (2).

Pero la justificación más sencilla se halla en el trato de desfavor a la familia natural. El párrafo segundo del artículo 840 no es más que un modo de hacerlo patente. ¿Por qué, si consideramos la tesis anteriormente expuesta por un numeroso grupo de autores, no aplicar la misma disposición cuando la herencia haya de repartirse entre los hijos legítimos y extraños? Afirma CICU que la facultad de conmutación fue suprimida en el proyecto preliminar del Código italiano de 1942, con la intención declarada de mejorar en este aspecto la posición del hijo natural. Pero se reprodujo en el proyecto definitivo, “porque pareció excesivo el favor para los hijos naturales. La facultad de conmutación o *ius optionis* tiene por ello justificación en la preferencia acordada a la familia legítima” (3). He aquí formulada la verdadera base de la norma que es objeto de nuestro examen.

---

(2) *Estudios de Derecho Civil*, T. VI, Vol. 2, Madrid 1910, pág. 912. Igualmente DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios jurídicos varios* (Centenario de la Ley del Notariado), Madrid 1964, pág. 993.

En la doctrina italiana: CU, *Successione legittima e dei legittimari*, Milán 1943, pág. 73-4. MENGONI: *La conmutazione della quota ereditaria dei figli naturali*, Archivio Giuridico 1960, pág. 127. Bajo el Código de 1865, aunque el de 1942 reproduce la disposición sobre el particular de aquél: L. COVIELLO: *Successione legittima e necessaria*, Milán 1938, pág. 171. DEGNI: *La successione a causa di morte*, Padua 1938, pág. 127.

(3) Ob. cit. pág. 74.

LA CONMUTACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEL CÓNYUGE VIUDO Y LA DEL HIJO  
NATURAL RECONOCIDO

El artículo 839 C. c. permite la conmutación de la cuota legal del cónyuge viudo. Sin embargo, frente a la razón económica del precepto (evitar la desmembración dominical con la imposición de un usufructo), la conmutación del artículo 840, párrafo 2.º carece de ella (4).

La confrontación de ambos preceptos no debe quedar en su *ratio*. Es necesario extraer de los mismos interpretaciones que permitan integrarlos del modo más completo posible. En otras palabras, aplicar a supuestos de hecho una regulación justa que se deduzca, bien de la conmutación del usufructo viudal, bien de la conmutación de la legítima de los hijos naturales reconocidos. Veremos a lo largo de este estudio en qué medida soluciones válidas para los problemas de la conmutación del usufructo viudal tienen su encaje en el párrafo segundo del artículo 840 C. c.

Conviene, no obstante, dejar constancia de una diversidad aparente que se observa en los preceptos legales a propósito de un mismo fenómeno: la conmutación de unas legítimas.

A) La legítima del cónyuge viudo puede conmutarse por dinero. La expresión legal “capital en efectivo” del artículo 839 ha sido interpretada, a mi juicio con poca fortuna, por el Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de junio de 1962 como sinónima de moneda corriente. Así, pues, la conmutación por dinero del artículo 840, párrafo 2.º, no es distinta de la conmutación por la entrega de un capital en efectivo del artículo 839.

B) El artículo 839 no tiene tan limitado el campo de donde se extraen los medios solutorios de la cuota viudal como el párrafo 2.º del artículo 840. En éste, la conmutación puede hacerse en “dinero o en otros bienes de la *herencia*”.

C) El artículo 839 parece conceder mayor intervención al cónyuge viudo en las operaciones de la conmutación que el párrafo 2.º del artículo 840 al hijo natural reconocido. Mientras que en el primero se dice “procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial”, en el segundo no se menciona para nada la necesidad de mutuo acuerdo ni el recurso a la autoridad judicial. ¿Llegará hasta este extremo la protección a la familia legítima?

LOS SUJETOS DE LA CONMUTACIÓN

A) *Hijos legítimos.*

El artículo 840, en su párrafo 1.º, señala la cuota legitimaria de los hijos naturales reconocidos cuando concurren con “hijos o *descendientes legítimos*”. En cambio, en el párrafo 2.º, a propósito de los

---

(4) GULLÓN: *La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo*. Anuario de Derecho Civil, 1964, pág. 583 y ss.

titulares de la facultad de conmutación, menciona únicamente a los “*hijos legítimos*”.

No parece que el legislador quiera excluir a los *descendientes legítimos* de la conmutación. Si éstos suceden al causante por derecho de representación, es evidente que tienen los mismos derechos de su ascendientes, entre ellos el de conmutar la cuota del hijo natural reconocido. Además, esta conclusión se asienta también en la *transmisibilidad* de la facultad de conmutar, como se verá en su momento. No tiene sentido que se admita la posibilidad de conmutar a los sucesores de un hijo legítimo que muere en el intervalo en que se puede realizar aquella operación, y se niegue a los descendientes legítimos de un hijo que le suceden por derecho de representación.

Todo ello inclina a pensar que la omisión de los descendientes legítimos entre los titulares se deba al deseo de omitir repeticiones innecesarias. Así, pues, en la expresión legal “*hijos legítimos*” van incluidos los descendientes legítimos por derecho de representación, y dejamos afirmado, para demostrarlo posteriormente, que también son sujetos activos de la conmutación los sucesores de los hijos legítimos.

#### B) *Hijos naturales reconocidos*

La posición del hijo natural reconocido en las operaciones de la conmutación es pasiva en cuanto al momento inicial de las mismas. Es decir, respecto de la petición de conmutación. El artículo 840, párrafo 2.º, atribuye claramente la facultad de conmutar a los hijos legítimos. El hijo natural reconocido no puede en modo alguno solicitarla. Cuestión completamente distinta es la intervención del mismo en el desarrollo específico de aquellas operaciones.

En contrario, tal vez pudiera alegarse la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1911, recaída a propósito del artículo 839. En este precepto legal los titulares de la facultad de conmutar la cuota legal del cónyuge viudo son “*los herederos*”. No obstante, el Tribunal Supremo admitió la legitimación del cónyuge viudo para pedirla.

Pero la doctrina de la sentencia citada se basa en unos argumentos que no tienen razón de ser aplicados a la cuota legitimaria del hijo natural reconocido. El Tribunal Supremo reconoce al viudo la legitimación porque su cuota legal es en *usufructo*, y cuando va a recaer en *bienes infructíferos* aquélla queda reducida a la nada. “El fundamento principal —dice la sentencia de 20 de diciembre de 1911— del derecho concedido al cónyuge viudo sobre los bienes del esposo fallecido, dado los precedentes y motivos que lo inspiran es el de conservar a aquél la posición económica que en el matrimonio tuvo, y esto no puede obtenerse adjudicándole bienes en usufructo, que aunque representen un gran valor en venta no lo tengan proporcionalmente en renta o dejen de producir ésta por su naturaleza o destino,

viniendo con ello a dejar de ser susceptibles, en cierto modo, del derecho de usufructo, el cual no se concibe sin la producción de frutos que pueda percibir el usufructuario”.

C) *Sucesores de los legitimados para conmutar*

¿ Pueden hacer uso de la facultad de conmutar? El argumento afirmativo lo suministra la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1956, que consideró la facultad de conmutar del artículo 839 “*de marcado carácter patrimonial*”, por lo que “habrá de ser catalogado en la esfera general de la *transmisibilidad por herencia*”.

En contrario sería posible *limitar* la aplicación de esta doctrina al supuesto de que los sucesores sean parientes *legítimos* del causante. Ello debido a la auténtica *ratio* de la norma: protección a la familia legítima frente a la natural. Por lo tanto, en el momento en que hubiese un sucesor extraño, *éste no podría conmutar*.

Pero las consecuencias prácticas de esta limitación son inaceptables, porque van contra el propio párrafo 2.º del artículo 840. En efecto, téngase en cuenta (aunque ello necesite aclaraciones posteriores) que sólo se puede conmutar hasta el momento de realizarse la partición. Hasta entonces los sucesores del hijo legítimo tienen una titularidad sobre cuotas del patrimonio hereditario del causante de aquél. Si una de esas cuotas (o toda la cuota que pertenecía al hijo legítimo) pertenece a un extraño, a alguien que no sea pariente legítimo, y si negamos que éste pueda conmutar, nos encontramos con una consecuencia inevitable: los demás hijos legítimos del causante tampoco podrían conmutar con entera libertad, puesto que no es posible que entreguen al hijo natural reconocido “otros bienes de la herencia”, como preceptúa el párrafo 2.º del artículo 840, ya que para disponer de los mismos se necesita imprescindiblemente el consentimiento de *todos* los titulares de cuotas sobre el patrimonio hereditario, y hemos negado, en aras de la *ratio* de la norma, que el extraño pueda conmuta.

Así, pues, estamos ante la siguiente alternativa: a) Si no se admite que el sucesor del hijo legítimo (que muere en el intervalo entre su aceptación de la herencia del causante y la partición de la misma), no ligado por ningún parentesco legítimo con el mismo, pueda conmutar, los demás hijos legítimos *únicamente* conmutarán mediante la entrega de dinero, no hereditario porque si es hereditario se reproducen las dificultades anteriormente expuestas. b) Si por el contrario se acepta su legitimación para conmutar, se da un trato todavía más desfavorable al hijo natural reconocido. Se elimina de la herencia con el concurso de un *extraño*, y la *ratio* del precepto contempla solamente a la familia legítima frente a la natural. En otras palabras, si aquí hay un choque con la *ratio* de la conmutación, en la solución anterior ese mismo choque se da contra el *texto* del párrafo 2.º, que permite conmutar la cuota del hijo natural por dinero o en otros bienes de la herencia.

La solución "aséptica" la proporciona el recurso analógico a la doctrina de la sentencia citada de 13 de abril de 1956. Nos fijamos tan sólo en el carácter de la facultad de conmutar, y se decide el problema en pro de la transmisibilidad.

Pero parece más prudente interpretar la disposición con un criterio restrictivo, que emana de su misma índole: estamos en presencia de una cuota legitimaria que hay que proteger y respetar hasta el máximo en sus caracteres y contenido, que hay que mantenerla en lo posible intangible. La excepción que supone el párrafo 2.º del artículo 840 a estos principios; la *ratio* del mismo y la circunstancia de que enfrentamos a un extraño con el hijo natural del causante, invita a adoptar una solución restrictiva: los sucesores del hijo legítimo no podrán conmutar si no tienen parentesco legítimo con él. Los demás hijos legítimos conmutarán, si es su deseo, pero con dinero no hereditario.

#### D) *Cesionario de cuota*

Cuando el hijo legítimo ceda su cuota hereditaria, bien a título oneroso o gratuito, ¿se entenderá transmitida la facultad de conmutación? Por las mismas razones anteriormente dichas parece que no.

Pero si planteamos el problema en otros términos distintos, es decir, en el campo del negocio jurídico de venta de herencia (5), entonces habría que preguntarse si la facultad de conmutación queda en poder del heredero, que no pierde su cualidad por el hecho de la venta. La contestación tiene que ser forzosamente negativa a la vista de la doctrina de la sentencia de 13 de abril de 1956, que declaró de naturaleza *patrimonial* la facultad de conmutar la legítima del cónyuge viudo. Luego al no tener esa facultad una naturaleza personalísima e intransmisible, pasará al comprador de la cuota hereditaria.

Dentro de esta misma línea meramente "técnica" podría argumentarse en pro de la legitimación del cesionario, en la conexión que tiene la conmutación con la partición de la herencia del causante, ya que mediante aquélla se disuelve la comunidad hereditaria con relación al hijo natural reconocido. Si el cesionario de la cuota hereditaria está legitimado para solicitar la partición de la herencia, lógicamente lo estará también para unas operaciones que llevarán consigo la extinción de la comunidad para el hijo natural reconocido.

### EJERCICIO DE LA FACULTAD DE CONMUTACIÓN

#### A) *Tiempo hábil*

Guarda silencio el artículo 840 sobre este punto importantísimo. No hay obstáculo para una aplicación analógica de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1924, que entendió que la facultad de conmutar su legítima al cónyuge viudo

(5) GULLÓN: *La venta de la herencia*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia 1959, págs. 359 y ss.

sólo podía tener efecto con anterioridad a la formalización de aquélla, toda vez que de subsistir esa facultad en los herederos hasta después de practicada legalmente la partición, la adjudicación no tendría nunca carácter definitivo ni el viudo adquiriría jamás la titularidad exclusiva de lo que se le adjudicara en pago en la aludida partición, supuesto inadmisibles dado el carácter de generalidad del precepto contenido en el artículo 1.068 que es indiscutiblemente aplicable a la adjudicación referida, ya que no se establece en el Código excepción alguna respecto a las mismas”.

Esta aplicación analógica está avalada, además, por la propia letra del párrafo 2.º del artículo 840. En efecto, se dice que “los hijos legítimos podrán satisfacer *la cuota que corresponda...*” Por tanto, la referencia a la *cuota* indica una concreción de los bienes hereditarios correspondientes al hijo natural reconocido, o en otras palabras, una alusión a la comunidad hereditaria sobre la que recae, necesariamente, el concepto de “cuota que corresponda a los naturales”.

#### B) *Conmutación y partición*

Anteriormente hemos visto que hasta la formalización de la partición puede realizarse la conmutación. Sin embargo, queda por aclarar un punto importante, a saber: si la facultad que se le concede a los hijos legítimos anula el derecho a intervenir en la partición de la herencia del causante a los hijos naturales reconocidos.

La jurisprudencia y la doctrina admiten la intervención en las operaciones particionales de los legitimarios, sea cual fuere el título sucesorio por el que el causante le haya dejado el *quantum* que por legítima le corresponde, en uso del poder que le confiere el artículo 815 C. c. Ahora bien, si los hijos legítimos deciden conmutar la cuota legal del natural reconocido antes de que se lleve a cabo la partición, puede pensarse que como están obligados a *soportar* la conmutación, ya no tienen derecho a intervenir en aquellas operaciones.

SÁNCHEZ ROMÁN lo niega. Si no hay convenio al efecto entre los hijos legítimos y los hijos naturales “no pueden ser éstos compelidos a aceptar aquella solución subsidiaria hasta tanto que no se concluya la operación particional” (6). CICU, en cambio, piensa que la conmutación es un especial modo de hacer cesar la comunidad hereditaria respecto al hijo natural, distinto del modo normal (acción de división), y priva al mismo de participar en las operaciones divisionales (7).

En realidad, la posición de SÁNCHEZ ROMÁN viene a cifrarse en considerar la conmutación *como un aspecto de la partición*. Es en esta donde el hijo natural ha de *soportarla*. Antes de la partición puede *aceptarla*. La posición de CICU parece inclinarse hacia el otro extremo: la conmutación se hace fuera de las operaciones particionales.

---

(6) Ob. cit. pág. 912.

(7) Ob. cit. pág. 74.

A mi juicio, la comutación viene a ser como una partición que se opera entre los hijos legítimos y los naturales. En efecto, hay que tener en cuenta que para conmutar la cuota de éstos se necesita, en primer término, la fijación de esa cuota. En otras palabras, la práctica de una serie de operaciones para la determinación del haber hereditario, su valoración, la imputación de las donaciones que los hijos naturales hayan recibido (art. 847 C. c.), y eventualmente las reducciones de las donaciones y de las disposiciones *mortis causa* que lesionen la *cuota* legitimaria.

Una vez fijada la cuota legitimaria de los hijos naturales entra en juego la comutación, no antes. Por ello es indiferente que ésta se realice *antes de la partición con todos los hijos*, que en la misma partición, ya que se trata en realidad de operaciones que sirven para *todos*. Como ha dicho certeramente VALLET DE GOYTISOLO en el régimen del Código civil es necesario que el legitimario, aunque no sea heredero, intervenga en la partición. Esta no puede efectuarse válidamente sin su concurso, a no ser que previamente se hubiere dado por satisfecho. El legitimario, aunque no haya sido nombrado heredero, está directamente interesado en la partición. Esta, antes de la adjudicación de bienes a partir entre los herederos, requiere una serie de operaciones previas de valoración, comutación e imputación, y, en su caso, reducción de donaciones, legados y mejoras. Dichas operaciones no es aceptable que se puedan verificar sin el concurso de una parte interesada como es el legitimario, aunque no sea heredero (8).

A la vista de estas consideraciones puede afirmarse que el párrafo 2.º del artículo 840 no significa más que una derogación por voluntad unilateral de los hijos legítimos del artículo 1.061 C. c.

La comutación es un acto divisional al que se le aplicarán las normas oportunas sobre la división: declaratividad, saneamiento, rescisión por lesión, etc.

### C) *La decisión de conmutar*

La facultad del párrafo 2.º del artículo 840 se ejercita mediante una declaración de voluntad unilateral. El precepto confiere aquella facultad a los hijos legítimos únicamente, según hemos indicado anteriormente.

Esa declaración unilateral tiene carácter recepticio. Su efecto, dice SANTORO-PASSARELLI se produce desde el momento de la notificación al hijo natural, y entonces queda irrevocable (9).

La declaración debe contener no sólo la decisión de conmutar, sino también la elección del modo, entre aquellos que permite la norma

(8) *Apuntes de Derecho Sucesorio*, Anuario de Derecho Civil, 1952, pág. 904.

(9) *Commutazione della quota successoria*, Rivista di Diritto Civile, 1940, pág. 508.

(dinero o bien otros bienes de la herencia). La doctrina niega que la simple declaración genérica de querer conmutar, no acompañada de la indicación del modo de efectuarla, constituya un acto dotado de individualidad jurídica autónoma, dotada de propia relevancia jurídica. No es una declaración negocial, sino una manifestación de mero propósito que no es idónea para producir el efecto final de la conmutación, ni siquiera para hacer surgir la obligación a cargo de los hijos legítimos de cumplir los ulteriores actos necesarios para aquella finalidad (10).

D) *Participación del hijo natural reconocido en la conmutación*

El hijo natural reconocido tiene que soportar el ejercicio por parte de los legítimos de la facultad que les confiere el párrafo 2.º del artículo 840. La conmutación tiene que hacerse, necesariamente, “en dinero o en otros bienes de la herencia”. Pero, ¿quiénes eligen *entre estos medios*? ¿Será necesario el acuerdo entre los hijos legítimos y naturales?

Estimo que el precepto autoriza exclusivamente a los hijos legítimos a elegir entre los medios de pago de la cuota enumerados. La opinión contraria es mantenida por SANTORO-PASSARELLI en base a una aplicación analógica de lo dispuesto para la conmutación de la cuota del cónyuge viudo (art. 839), en que se exige el “mutuo acuerdo” (11). Sin embargo, ya tuvimos ocasión de demostrar que la expresión citada tiene el siguiente significado: 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 entre su usufructo y el objeto por el que se le sustituye (12).

Ahora bien, pudiera pensarse que cuando el dinero u otro bien de la herencia es el medio de conmutación elegido, es necesario *un acuerdo* con el hijo natural, porque su cuota legitimaria recae sobre el patrimonio hereditario y, por tanto, los hijos legítimos no pueden disponer por sí sin contar con ellos, como titulares de cuota indivisa. En tal sentido habría que restringir la facultad (de ejercicio unilateral) al supuesto en que se conmutase la cuota por *dinero que no fuese hereditario*.

Pero esta interpretación choca con el párrafo 2.º del artículo 840. Claramente se advierte que permite la exclusión de los hijos naturales de la atribución de bienes hereditarios para el pago de su cuota. De lo contrario no tendría sentido, partiendo de la necesidad de que los hijos naturales estén de acuerdo por su participación en los actos de disposición cuando la herencia se encuentra indivisa, la evidente unilateralidad en favor de los hijos legítimos que se recalca en la norma.

(10) MENGONI: Ob. cit. pág. 142.

(11) Ob. cit. pág. 505 y ss.

(12) GULLÓN: *El párrafo 3.º del artículo 820 del Código civil*, en Anuario de Derecho civil 1961, pág. 889. GULLÓN: *La conmutación...* cit. pág. 606.

## E) La “justa regulación”

El párrafo 2.º del artículo 840 condiciona la conmutación a la existencia de una “justa regulación”. Este requisito se refiere: a) A que se determine exactamente la cuota legitimaria del hijo natural reconocido. b) A que haya una correspondencia entre el medio de pago elegido y aquella cuota. Identidad de valor.

Parece necesario sostener que todo ello requiere, aquí sí, un acuerdo entre los hijos legítimos y naturales. A esta conclusión tienen que llegar, contra su voluntad, los defensores de la posición contraria. ALLARA niega que el hijo natural tenga que ponerse de acuerdo con los legítimos en estos puntos, porque el precepto ha suprimido toda referencia al “mutuo acuerdo” que exige la conmutación del usufructo viudal (13). MENGONI acepta este argumento y alega que la negativa encuentra una justificación lógica en la formulación positiva del precepto. El adjetivo “justa”, dice, carece de sentido si la regulación debe ser objeto de un acuerdo con el hijo natural. El inciso “a justa regulación” no puede explicarse sino considerando la estimación como un elemento de la declaración de querer conmutar, como una predeterminación unilateral de los hijos legítimos, como un requisito de validez de la declaración misma. El hijo natural únicamente tiene el recurso de dirigirse a la autoridad judicial para que declare que al faltar el mismo, al no ser justa la conmutación, es nula la declaración que se le ha hecho (14). Sin embargo, el mismo MENGONI afirma que “es aconsejable en la práctica que los hijos legítimos busquen el acuerdo con el hijo natural para precluir la posibilidad de una acción de nulidad de acto de conmutación por inobservancia del requisito de la justa regulación (15).

Un apoyo jurisprudencial favorable a nuestra tesis lo encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1962, recaída en un litigio en el que se discutía la recta aplicación del artículo 839.

Según la citada sentencia, se requería el “mutuo acuerdo” entre los herederos y el cónyuge viudo para “la *determinación y cuantía*” de la forma de pago. Es decir, en la conmutación de la cuota del hijo natural, los legítimos tendrían que ponerse de acuerdo con éste para la elección de uno de los medios que señala el precepto (“determinación”) y para la valoración entre la cuota conmutable y el objeto que se entrega en pago de ella (“cuantía”).

Pero si ya indicábamos que esta interpretación jurisprudencial no podía aceptarse en orden al acuerdo entre las partes sobre el objeto por el que se puede conmutar la legítima del cónyuge viudo (16), aquí se revela, por las consideraciones anteriormente expuestas, que

(13) *La successione familiare suppletiva*, Turín 1954, pág. 239.

(14) Ob. cit. pág. 146.

(15) Ob. cit. pág. 146, nota 52.

(16) GULLÓN: *Lo conmutación...* cit. pág. 593 y 605.

nada más lejos de la *ratio* del párrafo 2.º del artículo 840 está una aplicación analógica. El Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de junio de 1962 puede tener como base de partida la imprecisión de la frase “de mutuo acuerdo” del artículo 839. Pero en la norma que estudiamos no hay ninguna referencia a la necesidad de “mutuo acuerdo”.

Naturalmente que entonces se pudiera argumentar que tampoco cabría la aplicación analógica de esta doctrina jurisprudencial en lo que respecta a la exigencia de un “mutuo acuerdo” para las operaciones de valoración de la cuota legitimaria y del objeto en que se va a satisfacer (“justa regulación”). Pero aparte de no existir ningún inconveniente para una aplicación parcial, aquella exigencia está motivada precisamente por la indole misma de la conmutación. Dijimos que requería la fijación de la cuota legitimaria (con la consiguiente determinación del haber partible, computaciones, imputaciones, etc.). Es evidente que los hijos naturales, como legitimarios, están directamente interesados, en virtud de su misma cualidad de legitimarios, en esas operaciones. Lo mismo que los hijos legítimos. También es evidente que el hijo natural no puede permanecer indiferente en la valoración del medio de pago de su cuota legitimaria. Los mismos autores que en aras de su dogmatismo jurídico consideran privilegio de los hijos legítimos su fijación unilateral, aconsejan que “en la práctica” conviene ponerse de acuerdo siempre con el hijo natural. ¿Para qué sirve en tal caso la construcción dogmática que niega o no acoge la realidad?

#### F) *El recurso a la autoridad judicial*

En contraste con el artículo 839, el párrafo 2.º del artículo 840 no menciona el “mandato judicial” para solucionar las controversias que puedan suscitarse entre los hijos legítimos y naturales a propósito de la conmutación.

No por ello ha de estimarse que los hijos naturales vean también mermada su protección legitimaria hasta el punto de que el precepto les vede el recurso a la autoridad judicial, o que los hijos legítimos no puedan hacer uso de la facultad legal en el momento en que falte todo acuerdo entre los mismos y el hijo natural en orden a la valoración de la cuota de éste y el medio de pago que ellos han elegido.

Partiendo de la necesidad de la intervención judicial para dirimir los conflictos que se susciten, parece que dicha intervención debe limitarse a un punto exclusivamente: si se da o no el requisito de la “justa regulación” exigido por la Ley. En otras palabras, las controversias que deben plantearse para su resolución judicial son las nacidas de un desacuerdo sobre el valor de la cuota legitimaria del hijo natural y el medio de pago que ofrecen los hijos legítimos.

Sin embargo, la sentencia de 28 de junio de 1962 estimó, interpretando el artículo 839, que la autoridad judicial decide “la forma de

pago que estime más equitativa y justa de las que la Ley establece” cuando falte acuerdo entre los herederos y el cónyuge viudo sobre su determinación y cuantía.

Ya hemos visto que es inaceptable el acuerdo entre los hijos legítimos y naturales para la determinación del medio de conmutación de la cuota, por lo que en buena lógica la autoridad judicial no impondrá un medio que no sea el escogido unilateralmente por los primeros. La falta de acuerdo (acuerdo aquí necesario) en lo que afecta a la cuantía no legitima razonablemente para que la autoridad judicial elija “otro medio” entre los enumerados en la norma. Únicamente para juzgar acerca de si las valoraciones de la legítima del hijo natural y del objeto ofrecido por los legítimos son justas.

Otra intervención judicial que no sea la señalada no autoriza el párrafo 2.º del artículo 840.

### G) *Indivisibilidad en el ejercicio de la facultad de conmutar*

Si son varios los hijos legítimos, ¿es necesario el acuerdo colectivo para proceder a la conmutación y elección del medio solutorio?

Para la debida resolución del problema conviene partir de los medios de pago que enumera taxativamente la disposición: dinero u otros bienes de la herencia.

Por tanto, si se quiere conmutar por dinero *hereditario* o en otros bienes de la herencia, el acuerdo forzosamente será colectivo. No hay posibilidad de conmutación individual. La razón se deduce precisamente de la indicación de la procedencia del medio solutorio: herencia. Las cuotas de los hijos legítimos recaen sobre el patrimonio hereditario, por lo que ninguno de ellos puede disponer aisladamente, sin el concurso de los demás, de algún bien del causante.

La autoridad judicial no podrá intervenir en caso de que no exista el acuerdo de todos, porque se trata de una *facultad* que se concede a los hijos legítimos, no de una obligación ni entre sí ni en relación con el hijo natural (17). Ello ha llevado a PUGLIATTI a afirmar que la facultad de conmutar se atribuye colectivamente a los hijos legítimos como un todo, como un grupo (18). En cambio, MENGONI niega que cuando son llamados conjuntamente a la herencia los hijos legítimos y los naturales se formen dos grupos contrapuestos de llamados. En el caso de pluralidad de hijos legítimos, el derecho de conmutación —afirma el autor citado— es atribuido a cada uno de ellos, pero como derecho de ejercicio colectivo. Lo que, bajo el aspecto teleológico, se justifica sobre la base de que el derecho se atribuye no en interés individual de cada hijo legítimo, sino para la tutela de un interés colectivo, cual es el interés de la familia legítima (19).

(17) MENGONI: Ob. cit. pág. 152.

(18) *Alcune note sulle successione legittime*, Annali Univ. Messina 1930-31, página 421.

(19) Ob. cit. pág. 154.

Ahora bien, si estas consideraciones parten del hecho de que el medio de pago elegido sea un bien hereditario, queda por estudiar otro aspecto importante del problema. En otros términos, sí cabe el ejercicio *individual* de la conmutación, pero con dinero *propio* del hijo legítimo que ejercita la facultad. Esta última cuestión tienen carácter previo. Si el párrafo 2.º prohibiese conmutar con algo que no fuese un dinero *hereditario*, sería ocioso plantear un ejercicio *individual* de la conmutación.

Que el dinero por el que conmuta la cuota legitimaria puede ser no hereditario es algo que se deduce del propio texto de la norma. Carecería de sentido, en caso contrario, la contraposición que se establece en la misma entre el dinero y los otros bienes de la herencia. Si el legislador hubiese querido que el dinero fuese procedente del patrimonio hereditario hubiera eludido su mención en el párrafo 2.º Con la expresión "otros bienes de la herencia" ya se entendería incluido.

Ahora bien, si la conmutación por dinero no hereditario hay que admitirla, no por ello se debe deducir que cualquiera de los hijos legítimos, *individualmente*, pueda hacer la conmutación. Pero tampoco es argumento para sostener que han de ser todos, colectivamente, los legitimados aun mediante el pago en metálico no hereditario.

La verdad es que no hay argumentos firmes ni para una postura ni para la otra. El argumento literal extraído del párrafo 2.º ("los hijos legítimos, etc.") es totalmente insuficiente. El legislador puede haberse referido a los legitimados para conmutar de una manera *genérica*, sin intención de resolver el problema planteado.

DEGNI (20) y AZZARITI-MARTÍNEZ (21), sin ninguna razón especial, afirman el ejercicio individual con dinero propio. MENGONI y CICU lo niegan, al combatir los efectos que se seguirían de la tesis anterior, y que pueden ser en abstracto los siguientes:

1) El hijo legítimo que conmuta con dinero propio adquiere la *cuota del hijo natural reconocido*. MENGONI excluye que se dé este efecto, porque la conmutación no es un acto traslativo de la cuota del hijo natural, sino *extintivo* de la misma, es decir, comporta la extinción objetiva de la comunidad en relación con dicho hijo. La conmutación lleva a cabo esencialmente "una proporcional expansión a toda la masa hereditaria de las cuotas correspondientes a los hijos legítimos" (22). CICU argumenta: es inadmisibile la aplicación analógica del principio por el cual el acreedor no puede rehusar el pago hecho por quien tenga interés, y del principio por el cual cada comunero puede adquirir la cuota de otro comunero sin que los demás puedan oponerse: aquí no hay consentimiento del enajenante, sino *imposición* de la voluntad del hijo legítimo al natural. Tampoco vale para CICU el pensar que siendo la conmutación en realidad una cesión de

---

(20) Ob. cit. pág. 126-7.

(21) *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padua 1948, pág. 266.

(22) Ob. cit. pág. 152.

cuota, no hay incompatibilidad con esa esencia en la adquisición de la cuota por uno de los hijos legítimos tan sólo (23).

Desde luego que para adquirir el ejercicio individual no cabe la referencia al cumplimiento de las obligaciones por un tercero interesado con la consiguiente subrogación en los derechos del acreedor (arts. 1.158 y 1.210 C. c.), porque el hijo natural no tiene un *derecho de crédito*. Su legítima no se resuelve en eso tan sólo. Tiene una *cuota* del patrimonio hereditario.

El argumento más convincente consiste en ver en la conmutación en sí misma una cesión de la cuota de aquél a los hijos legítimos. Una cesión forzosa en virtud de la *facultad* que a ellos se les confiere. Entonces no habría dificultad en que el hijo legítimo, aisladamente, adquiriese esa cuota.

Ahora bien, ¿existe tal cesión forzosa en la conmutación? Parece claro que no, si esa conmutación se ha hecho en bienes de la herencia. Hay entonces una *concreción* de la cuota, un acto divisional. La cuota de los hijos legítimos se pagará con los bienes que resten del patrimonio hereditario. No tienen su cuota además de la parte que les corresponde en la de los hijos naturales.

Pero cuando la conmutación se hace por *dinero no hereditario* es dudoso que se pueda calificar de acto divisorial. No hay duda de que en un sentido lato, amplísimo, hay una disolución de la comunidad, puesto que el hijo natural ya no está en comunidad con los legítimos. Pero ello es más bien el efecto de la operación del pago en metálico no hereditario. Es evidente que aquí no hay concreción de la cuota en bienes hereditarios elegidos por los conmutantes, sino entrega de algo que no está en la herencia. Aquí sí que estamos en presencia de una adquisición de la cuota del hijo natural, porque su parte en el patrimonio hereditario se acrecienta. La diferencia que se anote entre lo que le correspondería por su cuota, concurriendo con el hijo natural, y la que van a tener una vez eliminado éste, es justamente la contraprestación por el metálico que han entregado. En otras palabras, la parte proporcional de la *cuota del hijo natural sobre el patrimonio hereditario*.

De ahí que si se reconoce, como hacen los autores citados, la posibilidad de conmutación en dinero no hereditario a todos (colectivamente) los hijos legítimos, no existen razones para negar el ejercicio individual.

2) El hijo legítimo conmuta con dinero propio, pero la cuota del hijo natural no pasa a él íntegramente, sino a todos los demás hijos legítimos. El conmutante tendría un derecho de reembolso contra éstos en proporción a lo que se hayan beneficiado con la cuota del hijo natural. Este efecto del ejercicio individual es inadmisibles, porque en realidad implicaría imponer a los demás que no han ejercitado la facultad una conmutación contra su voluntad.

(23) Ob. cit. pág. 80.

## H) Pluralidad de hijos naturales

¿Habrán de conmutarse todas *las cuotas* que les corresponden en el patrimonio hereditario para el ejercicio válido de la facultad que compete a los legítimos?

La solución es dudosa. En contra pudiera alegarse la letra del párrafo 2.º del artículo 840. Menciona "*la cuota* que corresponda a los naturales", como si contemplase la cuota hereditaria que se atribuye a la prole natural en su conjunto.

Pero este argumento literal tiene poco valor. No es índice seguro de la intención del legislador. Por otra parte, es obvio que no se da esa atribución *global* en favor de los hijos naturales, a semejanza de lo que ocurre cuando entra en juego el derecho de representación en favor de la stirpe. *Cada* uno de los hijos naturales tiene una cuota *propia*, por lo que no hay obstáculo para pensar en una conmutación de *alguna* de esas cuotas.

### LOS MEDIOS DE PAGO DE LA CUOTA DEL HIJO NATURAL

La norma que estudiamos sólo consiente el dinero u otros bienes de la herencia.

Sin embargo, cabe la duda sobre si el medio de pago que se ofrece al hijo natural tiene que ser *o* dinero *o* bien otros bienes de la herencia, de manera que no quepa la conmutación en dinero y en otros bienes. En otras palabras, que no sea posible la conmutación mediante la combinación de los medios legales. Desde luego, una mera interpretación literal que concediese valor de disyuntiva a la norma obligaría a la solución negativa.

CICU (24) se inclina por la afirmativa, puesto que la norma está dispuesta en favor o en interés de los descendientes legítimos. En la duda, hay que interpretarla en favor de los mismos. Pero MENGONI alega que si la norma "representa una anomalía en el derecho sucesorio de los hijos naturales, en la duda hay que interpretarla en el sentido que le sea menos desfavorable" (25). Esta tesis presupone que la combinación es desfavorable al hijo natural. Afirmación gratuita, porque éste está obligado a pasar por el medio de pago que los legítimos elijan siempre que exista "la justa regulación". No hay perjuicio entonces. Sin embargo, a los legítimos les puede convenir esa combinación para facilitar el ejercicio de la facultad.

### FACULTADES DEL TESTADOR EN ORDEN A LA CONMUTACIÓN

Constituye doctrina común que el testador no puede privar a los hijos legítimos del ejercicio de la conmutación, ya que es una facultad que se otorga en interés de la familia legítima. Ello, naturalmente, se

(24) Ob. cit. pág. 78.

(25) Ob. cit. pág. 151.

refiere a la cláusula testamentaria que así lo impusiera a los hijos legítimos, y tanto para el supuesto en que se atribuya el *quantum* legal a los hijos naturales a título de herencia o de legado (art. 815).

Ahora bien, si el testador ha asignado al hijo natural una cuota mayor que la que le corresponde por legítima, ¿anula la facultad de conmutación? Hay que sostener que no, no solamente porque ello se prestaría a que el testador prohibiese, utilizando este porcedimiento, la conmutación, sino porque es claro que los hijos legítimos tienen derecho a conmutar la cuota *legitimaria*, es decir, el *quantum* legal, de los naturales. Más allá de esa cantidad parece que no se extiende, según el párrafo 2.º del artículo 840. CÁMARA apunta, sin embargo, que se trata de una laguna legal que puede llenarse perfectamente mediante la puesta en juego de los principios y fundamentos a que obedece el artículo 840. En consecuencia opina que si la facultad de conmutar se otorga a los hijos legítimos para evitar los roces que en la partición pueden tener con los naturales, la solución de conmutar por la cuota legitimaria, permaneciendo en lo restante con derecho a intervenir en la división del patrimonio hereditario frustraría esa finalidad (26).

Cuando el testador hace uso del artículo 1.056 no pueden los herederos legítimos conmutar, ya que la partición de aquél elimina el supuesto base sobre el que se asienta el párrafo 2.º del artículo 840: la comunidad hereditaria entre hijos legítimos y naturales.

Si se limita a dar norma para la formación de los lotes entonces sí es posible la conmutación, porque no evita la formación de la comunidad hereditaria.

---

(26) Ob. cit. pág. 996.