

La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo

ANTONIO GULLON BALLESTEROS

Catedrático de Derecho civil de la
Universidad de Santiago de Compostela

EL ARTICULO 839 DEL CODIGO CIVIL: PRECEDENTES Y FINALIDAD (*)

Faculta a los herederos el artículo 839 para satisfacer al cónyuge viudo el usufructo legal que le corresponde sobre los bienes de la herencia mediante la asignación de una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo.

Llama poderosamente la atención esta norma, en cuanto que supone, por lo pronto, una derogación al sistema de la intangibilidad cualitativa de la legítima, de aplicación al cónyuge viudo como a cualquier heredero forzoso.

¿Qué razones ha tenido el legislador para ello? ¿Son lo suficientemente fuertes como para permitir una derogación de aquel sistema, que pese a la necesidad de una revisión (por lo que respecta al pago en metálico de las legítimas), aparece consagrado en el Código civil?

En realidad, los motivos para la inserción de tal norma entre las destinadas a regular la legítima del cónyuge son los mismos que tuvo el legislador italiano de 1865, ya que, en su esencia, nuestro artículo 839 responde al artículo 547 de dicho Código, a cuyo tenor: «Es facultad de los herederos satisfacer los derechos de cónyuge mediante el aseguramiento de una renta vitalicia o mediante la asignación de los frutos de bienes inmuebles o capitales hereditarios, a determinar de común acuerdo o, en su defecto, por la autoridad judicial, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Hasta que no sea satisfecho de sus derechos, el cónyuge conserva los propios del usufructo sobre todos los bienes hereditarios».

La doctrina italiana proclama, al estudiar el precepto, que mediante el mismo se evitaban los inconvenientes del usufructo a la hora de la partición hereditaria, los peligros que entrañaba el gravamen del bien cuando su explotación era abusiva, las desventajas económicas de la desmembración del dominio, etc.

Sin embargo, el artículo 839 puede obedecer a otra idea más pro-

(*) Este trabajo es parte de uno más amplio sobre la materia, que se realiza con una Ayuda a la Investigación del Ministerio de Educación Nacional.

funda que la puramente económica, en íntima conexión con la concepción de la familia. Ha visto certeramente el profesor Cossío que: «Ambos preceptos (839 del C. español y 547 del italiano de 1865), responden a una misma idea de transacción entre los dos sistemas que la doctrina señala como posibles cuando se trata de determinar la participación del cónyuge en la herencia, y entre los cuales se distribuyen los diferentes Códigos vigentes en los distintos países: el sistema de atribución de una cuota parte en usufructo y el de asignación de una cuota parte del caudal hereditario en pleno dominio. El primer sistema responde a una concepción de la familia ya superada y a una consideración de la posición respectiva de los cónyuges poco acorde con la verdadera realidad social del mundo presente. A un tipo de familia concebida como unidad entre todos los parientes a través de las generaciones, y necesitada de una estabilidad que sólo mediante una base patrimonial permanente podía conseguirse, constituyendo el tipo de familia denominado «truncal», ha sustituido en el derecho moderno una concepción de la familia que se centra en torno de la unidad conyugal y que se reduce progresivamente en el ámbito personal» (1).

Por otra parte, el artículo 839 forma parte de un grupo de preceptos (arts. 829, 840, 1.056 y 1.062), que consienten el pago de la legítima en metálico, siendo interpretados por el Tribunal Supremo, en la importante sentencia de 28 de mayo de 1958, como excepcionales, que no consienten deducir un principio favorable al pago de las legítimas en metálico: «El mero hecho de proveer a esas situaciones —dice el Tribunal Supremo— que no por numerosas dejan de ser excepcionales, para casos singulares y predeterminados, vigoriza la interpretación del artículo 806 en el sentido de afirmar que, por regla general, y fuera de las hipótesis contempladas, el derecho de los legitimarios ha de tener en cuenta el volumen cuantitativo de las cuotas como los bienes de la herencia que han de adjudicarse para su pago».

Lástima que no se haya extraído de ellos la posibilidad del pago de las legítimas en metálico, y que sigamos anclados al principio dogmático de la legítima pagadera en bienes de la herencia en aras de la intangibilidad cualitativa. Señala López Jacoiste la idea de Sombart, de que el mundo ha pasado de una economía no dineraria a otra fundada en el dinero. Y agrega: «En el sistema antiguo, era lógico que la exigencia de la percepción de la legítima, *ex substantia patris* se interpretara en el sentido más estricto. Pero, hoy día, el dinero, aunque no exista en la herencia de modo actual y efectivo, siempre que haya bienes hereditarios realizables, puede llegar a ser *substantia patris*. El orden económico vigente, basado en el cambio, refleja por sí sólo el contenido dinerario de los bienes relictos.

(1) Cfr. s. de 8 de junio de 1962, en la articulación del primer motivo del recurso.

El metálico obtenido por la realización no es, en definitiva, sino herencia paterna» (2).

Pero el Tribunal Supremo no se limita a declarar el carácter excepcional del artículo 839, sino que restringe aún más su interpretación, como tendremos ocasión de ver al estudiar la poco afortunada sentencia de 8 de junio de 1962, con perjuicio, en estos tiempos de lenta y progresiva inflación, de los derechos del cónyuge. No podemos silenciar el contraste que se observa entre esta última sentencia, y aquella otra, modelo de interpretación y de flexibilidad, de 20 de diciembre de 1919, a la que frecuentemente aludiremos en este trabajo, que pretende contribuir al esclarecimiento del 839.

SUJETOS DE LA CONMUTACION

A) *Problemática.*

El artículo 839 plantea, entre tantas cuestiones, una fundamental y básica. ¿Quiénes son los titulares de la facultad de conmutar el usufructo legal del cónyuge viudo? Por una parte, pues, se impone la determinación de su ámbito subjetivo. Por otra, íntimamente ligada a la solución anterior, la fijación del modo de efectuar la conmutación.

En realidad, poca o ninguna luz nos da el Código civil para resolver la dificultad. El artículo 839 se limita a mencionar a «los herederos», sin más distingos, por lo que parece bastar tal título para hallarse legitimado.

Por lo que al cónyuge viudo se refiere no es menos expresivo, con la agravante, además, de que se presta a dispares interpretaciones en cuanto al modo de realizar la conmutación. Preceptúa que «los herederos podrán satisfacer al cónyuge viudo su parte en usufructo... procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial». Una observación superficial tal vez llevaría a afirmar que el cónyuge viudo tiene únicamente la posibilidad de negarse a consentir la conmutación propuesta por los herederos, siendo la autoridad judicial la que dirima la controversia, pero en modo alguno puede solicitar la conmutación. ¿Hasta qué punto es exacta en términos legales esta tesis, y sobre todo, justa? Lo veremos en páginas sucesivas.

B) *Sujetos excluidos.*

El artículo 839 menciona a los «herederos». Sin embargo, no está claro que todos los herederos hayan de intervenir en la conmutación. Y ello porque es necesario tener en cuenta, ante todo, la finalidad que se persigue por el legislador. Si ésta consiste sustancialmente en impedir la desmembración del dominio, y evitar las consecuencias

(2) *La mejora en cosa determinada*, Madrid 1961, pág. 259.

dé una explotación por parte del usufructuario de los bienes en los que recae su derecho que no sea ordenada y que dañe a la larga el contenido económico del derecho correspondiente al nudo propietario, no hay duda de que no pueden ser sujetos de la conmutación aquellos herederos a los que no sea necesario protegerles, porque no han de soportar sobre los bienes que se les adjudiquen en la división hereditaria el derecho real de goce del usufructuario. Dar entrada a éstos en la conmutación sería tanto como permitirles que tomasen decisiones sobre intereses ajenos, y que en último término afectarían a patrimonios cuya titularidad no les pertenece.

Una vez delimitado en su forma negativa el significado de la expresión legal, hemos de entrar en su concreción positiva.

C) *Sujetos titulares.*

Anteriormente hemos apuntado que existe una conexión entre la finalidad del artículo 839 y los sujetos que no pueden hacer uso del mismo. El argumento *a contrario* nos ha de llevar lógicamente a afirmar que los herederos obligados a soportar el usufructo del cónyuge viudo son, o mejor dicho, han de ser los legitimados para la conmutación.

Sin embargo, estimamos que el problema es más complejo de lo que a primera vista parece, y no consiente en ser resuelto en virtud de este argumento simplemente. No hay que olvidar el juego de otros factores y otros principios, como el de la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima, que obligan necesariamente a perfilar más las razones de cualquier solución. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que no solamente pueden ser los herederos obligados a soportar el usufructo legal, sino también legatarios. También hay que plantear el problema de forma que su solución englobe a los mismos.

1) *Interpretación estricta.*

En el estudio más completo que hasta la fecha se ha realizado en nuestra doctrina sobre el artículo 839, Mezquita del Cacho (3) propugna una interpretación restringida del precepto, aplicable sólo a los herederos forzosos, y aun dentro de este círculo, sólo a los herederos forzosos que sean hijos o descendientes del causante. Su tesis la apoya en un conjunto de ingeniosos argumentos:

a) El principio de intangibilidad de las legítimas. Frente a los instituidos en la parte libre, el cónyuge viudo tiene derecho a la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de su legítima, y por tanto, carecen de poder para verificar una conmutación.

b) La comparación lógico-sistemática con el tratamiento jurídico de los legados de usufructo en general. El párrafo 3.º del ar-

(3) *Conmutación del usufructo viudal común*, en Revista de Derecho Notarial, 1957, págs. 240 y ss.

título 820 otorga a los herederos forzosos solamente el derecho de proceder a una conmutación más limitada, que implica la entrega de la parte libre al legatario de un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior al de aquella parte. El párrafo tercero, pues, se refiere a los titulares de la herencia no libre, es decir, a los herederos forzosos. ¿Por qué —se pregunta Mezquita— precisamente ha de suponerse al viudo legatario legal, tácito o aun formal por su cuota legitimaria en usufructo, de peor condición que el legatario extraño (cuyo derecho no tiene la jerarquía de una legítima), y privado del derecho a mantener en su contextura específica el beneficio que la Ley le concede?

c) El principio de interpretación restrictiva de las excepciones a las normas generales. El usufructo viudal es en principio un verdadero derecho real de usufructo, y teniendo en cuenta los preceptos reguladores del mismo, debe advertirse que la norma del artículo 839 constituye una especialidad excepcional a las reglas comunes sobre enajenación, modificación y extinción del usufructo (artículos 468, 510, 513). Además, la norma del 839 es excepcional frente a lo dispuesto en el artículo 886-1.º del Código civil, que declara: «el heredero debe dar la misma cosa legada, pudiendo hacerlo, y no cumple con dar su estimación».

d) El principio de interpretación limitativa de los preceptos restrictivos de derechos. Evidentemente, el artículo 839 restringe los derechos del viudo al sustraerle el importantísimo (por la base del interés económico que pueda suponer) de reclamar el mantenimiento de su beneficio sucesorio en su naturaleza y forma específicas.

Ahora bien, ¿son admisibles estas bases para defender una interpretación estricta del artículo 839 en cuanto a los titulares de la facultad de conmutar? No lo creemos.

Es discutible la alegación del principio de intangibilidad de la legítima para negar la conmutación en favor de los titulares de la porción libre de herencia, cuando el mismo legislador permite que se sustituya el usufructo legal por parte de los herederos forzosos, con olvido de aquella intangibilidad. ¿Por qué razón los herederos de la porción libre no pueden invocar el mismo fundamento del artículo 839, a saber, la desconfianza y el disfavor que le merece la desmembración de la nuda propiedad y el usufructo? Una misma causa ha de producir unos mismos efectos.

Para salvar este obstáculo, Mezquita cree que el artículo 839 está en función de la intangibilidad de la cuota de determinados herederos forzosos: hijos y descendientes legítimos. Al gravar el tercio de mejora el usufructo legal (art. 834), la ley permite la integración del mismo en beneficio de sus titulares. Sólo ante este supuesto ha de ceder el principio de intangibilidad, pero no frente a extraños. Pero de nuevo nos movemos en un sentido diferente de la verdadera *ratio* de la norma en cuestión. No se trata de resolver un problema de intangibilidad cualitativa (hijos y descendientes tie-

nen derecho a ella antes que el cónyuge viudo), sino de conseguir la finalidad que el legislador estima conveniente: evitar el usufructo.

La sistemática legal, es decir, la colocación del artículo 838 tampoco puede constituir un fuerte argumento, como pretende Mezquita, para una interpretación tan restrictiva. Afirma «que se encuentra enclavado en un grupo de normas (arts. 834 a 839)... cuyo objetivo claro es el de fijar los derechos legitimarios del viudo frente a los demás voluntarios» (4). Parece, no obstante, que el argumento sistemático favorece más bien la interpretación contraria a la que da el autor citado, porque su «sede materiae», al final de los artículos destinados a fijar la cuantía de sus derechos, y su masa de extracción, puede fundamentar la tesis de que los titulares de la porción de bienes donde recae son los legitimados.

En resumen, el principio de la intangibilidad de la legítima no puede alegarse para defender una postura de limitación de los sujetos titulares de la facultad de conmutar, porque en el artículo 839 cede ante la necesidad de salvar la desmembración del dominio. De acudir al argumento sistemático, ¿por qué no afirmar también que es principio interpretativo el de que donde la ley no distingue no debemos distinguir?

Por lo que respecta al párrafo 3.º del artículo 820, aparentemente impide una interpretación que no sea la estricta (sólo los *herederos forzosos*). Si en él vemos que el legatario de usufructo debe sufrir una conmutación de su legado de usufructo, pero sólo cuando le es impuesta por los herederos forzosos y no por los voluntarios, habría que concluir, según Mezquita, afirmando que el cónyuge viudo, legatario de usufructo por su vocación legal, tiene derecho, frente a los herederos voluntarios, al mantenimiento del objeto de aquella vocación.

Pero no creemos que el artículo 820, en su párrafo 3.º, pueda ser utilizado aquí, ya que supondría un olvido de su verdadera finalidad, de su auténtica *ratio*. No es, en modo alguno, la que parece predominar en el artículo 839: la desmembración del dominio. Obedece a la conmutación de un usufructo cuando su valor excede de la parte disponible. Es, pues, disposición particularísima en materia de reducción de disposiciones testamentarias inoficiosas, que atiende a dejar a salvo la legítima. Su presupuesto, en otras palabras, no es la integridad del dominio. Sea cual fuere la tesis que se sostenga en orden al significado de la frase «cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible» (5), lo cierto es que pertenece al grupo de normas que protegen la intangibilidad de la legítima. Precisamente lo contrario del artículo 839, en el que las consideracio-

(4) La conmutación... *cit.*, pág. 242.

(5) Vid. GULLÓN, *El párrafo 3.º del artículo 820 del Código civil*, en Anuario de Derecho Civil, 1961, págs. 882 y ss.—VALLET DE GOYTISOLO, *La opción legal del legitimario cuando el testador ha dispuesto un usufructo o renta vitalicia que sobrepasa la porción disponible*, en Anuario de Derecho Civil, 1962, págs. 608 y ss.

nes sobre la intangibilidad ceden ante la idea de evitar la desmembración del dominio. Los herederos voluntarios, o los de la parte libre, en el supuesto del párrafo tercero del artículo 820 no pueden proceder a ninguna conmutación, porque el usufructo no le perjudica en el sentido requerido por el precepto citado. No tienen derecho a una cuota reservada por la Ley, como los legitimarios.

De *lege ferenda* se podría discutir el acierto del legislador al permitir la conmutación del 839, y no en todos los demás casos en que aparezca un legatario de usufructo que grave la porción libre. Pero no nos cabe duda de que no es objeción válida contra la posibilidad de que los herederos voluntarios, obligados a soportar la legítima del viudo, pueda hacer uso del artículo 839.

Por último, y en cuanto a los argumentos basados en la interpretación restrictiva de normas legales generales, etc., no parecen decisivos para la resolución de la cuestión planteada, ya que estamos en presencia de un principio tenido en cuenta por el legislador y al que obedece al artículo 839: la desmembración dominical. Por lo tanto, no hay razón para pensar en interpretaciones restrictivas que dejen fuera supuestos en los que tal resultado no querido se pueda producir. Tales interpretaciones pueden servir para delimitar tan sólo el ámbito de aplicación de aquel principio: únicamente cuando se trate del usufructo del cónyuge viudo, y no cuando exista un legado de usufructo voluntario.

2) Interpretación amplia.

Anteriormente hemos expuesto las razones que a nuestro juicio hacían inviable una consideración del artículo 839 en el plano de los derechos de los legitimarios, por lo que nos inclinamos a afirmar que los herederos voluntarios son también posibles titulares de la facultad de conmutar.

Sin embargo, esta interpretación amplia (6), ¿autoriza a extender la norma hasta comprender a los legatarios? No parece haber duda, ya que se dan las mismas causas que hacen necesaria la aplicación del precepto. Es cierto que el artículo 839 emplea la palabra «herederos». Pero ello no quiere decir que los titulares de las partes de herencia que han de soportar la legítima del viudo tienen que reunir necesariamente esa cualidad siempre que se lleve a efecto la conmutación (7). El tercio de mejora, v. gr., puede ser atribuido a título singular (vid. art. 828). Sería absurdo excluir la posibilidad de conmutar, cuando quizá al cónyuge viudo le convenga porque los bienes sean infructíferos.

¿Pueden los acreedores ejercitar por los legitimados el artículo 839? No parece que el artículo 1.111 lo excluya, al no tratarse de derechos personalísimos e intransmisibles. La sentencia de 13

(6) Vid. MANRESA, *Comentarios*, tomo VI, Madrid 1903, pág. 485.—SCAEVOLLA, *Código civil*, tomo XIV, Madrid 1898, pág. 729.

(7) Vid. SCAEVOLA, *Código civil*... cit., pág. 729.

de abril de 1956 declaró que el derecho del 839 «es de marcado carácter patrimonial». Pero si nos atenemos a la verdadera esencia de la acción subrogatoria habrá que mantener una opinión negativa. ¿Qué interés puede mover a los acreedores a subrogarse en el ejercicio de la conmutación? ¿Es que con ello pueden satisfacer sus créditos, requisito básico de la acción subrogatoria? Si existen bienes en el patrimonio del deudor (legitimado por el 839), los adquiridos por la aceptación hereditaria, obtienen la satisfacción de sus derechos. Con la conmutación no ingresan bienes en el patrimonio de aquél, sino que se produce una conversión.

Así, pues, el dilucidar si la acción subrogatoria puede tener por objeto la medida excepcional del artículo 839 no ha de partir de la base de la falta del carácter personalísimo en cuanto a su ejercicio (8). La finalidad de la misma pugna con la opinión afirmativa.

3) Posición de la jurisprudencia.

Hasta la fecha el Tribunal Supremo no ha abordado el problema que estudiamos de una manera directa. Ninguno de los supuestos de hecho llegados al Alto Tribunal hacía cuestión principal del pleito. Sin embargo, de algunas sentencias podemos deducir la postura del Tribunal Supremo favorable a una interpretación amplia, y en relación con el litigio concretamente, de posibilitar a los herederos voluntarios el ejercicio de la conmutación.

En la sentencia de 20 de diciembre de 1911, fundamental en esta materia y sobre la que hemos de volver repetidamente, el Tribunal Supremo admite que la autoridad judicial pueda imponer la conmutación, dado que «el fundamento principal 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». De acuerdo con esta fundamentación, al imponer la autoridad judicial una conmutación si recurre a ella el cónyuge viudo para evitar que su cuota recaiga sobre bienes improductivos, se obtienen las siguientes conclusiones: a) El viudo tiene derecho, *per se*, a pedir a la autoridad judicial la conmutación cuando crea estéril el usufructo; b) La autoridad judicial la impone a los herederos forzosos, aunque éstos no la quieran; c) El artículo 839 puede entrar en función también cuando el usufructo legal recaiga sobre la parte libre, porque tiene derecho a impetrar el «auxilio» judicial en las mismas circunstancias anteriores; usufructo sobre bienes improductivos. ¿Por qué razón se iba entonces a hacer

(8) Así, MEZQUITA, *La conmutación...* cit., pág. 253.

sólo a los herederos forzosos «víctimas» de la intromisión judicial? Y si voluntarios tienen que soportar la commutación que les es *impuesta*, ¿por qué no va a ser facultad de ellos proponerla voluntariamente?

Por otra parte, del supuesto básico del litigio, se deduce que el Tribunal Supremo admite también la extensión a los herederos voluntarios. Se trataba de un testamento en el que A., en estado de soltera, nombraba heredero en la parte de libre disposición a su hermano, y en la otra mitad a su madre. Con posterioridad al otorgamiento contrae matrimonio. A su fallecimiento había ocurrido también el de su madre, y entonces el hermano heredaba su parte por expresa disposición de A. Concorre, pues, el cónyuge supérstite con un heredero voluntario. El Tribunal Supremo impone precisamente a ese heredero voluntario la commutación que demandaba el cónyuge viudo (9).

4) *El cónyuge viudo.*

¿Puede el cónyuge viudo *imponer* la commutación a los titulares de la porción de bienes sobre los que recaiga su derecho? Parece que el artículo 839 no abona en modo alguno una contestación afirmativa. Lo más que se puede conceder en este aspecto sería una interpretación amplia del «mutuo acuerdo» que señala. Entonces ni los titulares de aquellos bienes impondrían unilateralmente la commutación, ni tampoco el cónyuge viudo. La commutación sería el resultado de una manifestación de ambas partes acorde sobre su procedencia. Pero nunca una decisión unilateral del cónyuge viudo.

La jurisprudencia sigue esta misma línea, si bien con la corrección importantísima que señaló la sentencia de 20 de diciembre de 1911. Cuando los bienes sean improductivos cabe la posibilidad de su imposición judicial, previa petición, claro está, del cónyuge. Fuera de este caso, los únicos titulares son los herederos. «Considerando —dice la mencionada sentencia— que si bien, por regla general, corresponde al heredero o herederos proponer la sustitución del usufructo viudal...»

Decíamos anteriormente que la sentencia de 20 de diciembre de 1911 había establecido esa cualificadísima excepción a la doctrina general de que sólo los herederos (o en su caso los legatarios) podían proponer la commutación. Aunque en el supuesto de hecho fue el resultado de una imposición judicial, ya que el contador nombrado en el juicio de testamentaría, que instó el heredero voluntario, por el cónyuge viudo quería la commutación, porque el usufructo que ofrecía el contador también nombrado por aquel heredero afectaba a bienes en su mayor parte infructíferos. El contador dirimente se decidió por la fórmula de la commutación. El heredero voluntario pidió en el juicio declarativo correspondiente que se declarase que

(9) En la sentencia de 23 de noviembre de 1962, el supuesto básico es la concurrencia del cónyuge viudo con un hermano del causante.

no se le podía imponer una conmutación no querida por él, ya que el artículo 839 le autoriza a él sólo, y no al cónyuge viudo, para que tuviese efecto. «En realidad —dice Mezquita (10)— nada obsta a entender que igual decisión hubiera recaído de haber partido la proposición del mismo cónyuge».

La solución acogida está de acuerdo con la verdadera finalidad del artículo 839. En efecto, si ésta es evitar la desmembración dominical, parece lógico pensar que sean los propietarios de los bienes sobre los que el usufructo puede recaer los que decidan acerca de su procedencia y no el usufructuario.

Cuestión distinta, y que será objeto de análisis posterior, es la de determinar el alcance de la expresión «mutuo acuerdo». Lo que está claro es que el cónyuge viudo no puede imponer a los herederos, por regla general, la conmutación, y sí éstos a él, con las limitaciones que veremos en su momento.

5) Significado del «mutuo acuerdo» requerido por el artículo 839.

Sin embargo, las anteriores consideraciones nos llevan a enfrentarnos con el problema de determinar la significación que ha de dársele a la expresión «mutuo acuerdo» que emplea el artículo 839: «Procediendo de mutuo acuerdo, y, en su defecto, por virtud de mandato judicial».

Una visión superficial induciría a afirmar que ni los herederos pueden imponer la conmutación al cónyuge, ni éste a aquéllos. La *decisión* de conmutar, en otras palabras, sería fruto de una voluntad conjunta de herederos y cónyuge.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha tenido ocasión de resolver la dificultad interpretativa.

La fundamental sentencia de 20 de diciembre de 1911 acogió al parecer el argumento del recurrente, al cual la sentencia de instancia le había impuesto la conmutación pedida por el cónyuge viudo que no quería su usufructo legal por recaer sobre bienes improductivos, según el cual: «aun partiendo, como partía el fallo recurrido, de que la determinación de la forma de pago de la cuota viudal, es el acuerdo mutuo, o, en su defecto, el mandato judicial, dicho acuerdo no será en modo alguno, como erróneamente se afirma en la sentencia, entre los herederos y el cónyuge viudo, sino que habrá de tomarse por los herederos entre sí cuando fueren varios, viniendo en otro caso el mandato judicial a decidir el desacuerdo, como lo demostraba el texto mismo del artículo al decir «los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte en usufructo» y añadir «asignándole, etc., etc.», puesto que al emplear esta última palabra y no la de «asignando», después de haber dicho «los herederos podrán», indica claramente que el verbo se refiere a los herederos, que actúan como persona activa de la cláusula, sin que en esa acción tome

(10) *La conmutación...* cit., pág. 255.

parte alguna el cónyuge». El Tribunal Supremo, decíamos, acogió esta tesis de tipo general: «Considerando que si bien, por regla general, corresponde al heredero o herederos proponer la sustitución del usufructo...»

La sentencia de 28 de marzo de 1924 declaró que el mutuo acuerdo indica el modo como ha de hacerse el pago de la cuota legal. ¿Implica una desviación del criterio de la de 1911? No se puede afirmarlo. El supuesto litigioso no tenía nada que ver con esta tesis. Por ello, no nos proporciona luz alguna. Además, el modo como ha de hacerse el pago puede indicar que los herederos se hayan facultados para imponer la conmutación, pero no arbitrariamente, sino de acuerdo con el cónyuge viudo en cuanto a la equivalencia entre su usufructo y lo ofrecido por ellos. En suma, una declaración ambigua, poco expresiva para solucionar la dificultad.

La sentencia de 28 de junio de 1962 afirma que el mandato del Juez a que el artículo 839 se refiere en último término no supone otra cosa «que la decisión de la forma de pago que estime más equitativa y justa de las que la Ley establece en el supuesto de la falta de acuerdo entre los interesados, ya que no puede quedar al arbitrio de los herederos su *determinación y cuantía*». Como se ve, esta declaración es más expresiva que la de la sentencia citada anteriormente. El acuerdo de los interesados tiene, pues, unos límites: la determinación y cuantía. Determinación del medio de pago de la cuota. Cuantía del mismo en función de aquella cuota.

Si deseamos establecer una línea jurisprudencial, creemos que su formulación sería la siguiente: a) La decisión de conmutar no corresponde más que a los herederos (en las condiciones estudiadas). b) La elección del medio solutorio, entre los que la Ley señala, corresponde tanto a aquéllos como al cónyuge viudo. c) Lo mismo hemos de decir sobre la cuantía de ese medio de pago.

La decisión de conmutar parece que en modo alguno puede ser fruto del «mutuo acuerdo». Mezquita (11), expone certeramente los siguientes argumentos en favor de esta solución: a) Que esta solución es la indubitada en el modelo italiano, de donde el Código español tomó el precepto. b) Que si su finalidad fuese simplemente, como algún autor pretende, la de posibilitar a través de una eventual decisión judicial, la conmutación que estudiamos, sería inútil y hasta absurda la previsión de garantía del párrafo 2.º del propio artículo 839. c) Que bien escasa sería la utilidad del precepto que tiende a evitar los inconvenientes del gravamen usufructuario. d) Que de entenderse necesario el consentimiento del viudo, la enumeración de las modalidades solutorias o conmutativas sobrarían, ya que el ámbito de la libertad convencional en nuestro sistema es amplio (art. 1.255).

Ahora bien, si la decisión de conmutar pertenece a los herederos, con la excepción del supuesto de bienes improductivos en el que si aquella no existe el cónyuge puede imponerla incluso mediante el

(11) *La conmutación...* cit., pág. 274.

recurso a la Autoridad judicial, es más discutible la tesis jurisprudencial que estima necesario el concurso del cónyuge para la *fijación del medio solutorio*. Veremos este problema al estudiar los medios señalados en el artículo 839.

Por último, interesa señalar que pese a limitar tanto la intervención judicial la sentencia de 1962, no creemos que suponga una directriz contraria a la de la sentencia de 20 de diciembre de 1911, que asignaba a aquélla un papel más relevante en orden a un interpretación flexible y armónica con la finalidad del usufructo legal. Quizá, incluso, el recurso a la autoridad judicial sirva para dirimir contiendas entre los herederos cuando son varios y alguno o algunos no desean conmutar (si se acoge la tesis del ejercicio conjunto del 839).

6) *Sucesores de los legitimados para conmutar.*

¿Es transmisible, por estar integrado dentro del complejo hereditario, la facultad de conmutar que concede el artículo 839 cuando no se haya hecho uso de ella por el legitimado con anterioridad a su muerte?

La sentencia de 13 de abril de 1956 sostuvo la opinión afirmativa. Dice el Tribunal Supremo que «si la herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su muerte, y el derecho dimanante del artículo 838 (hoy 839), es de marcado carácter patrimonial, no limitado en su duración a la vida de una persona, habrá de ser catalogado en la esfera general de la transmisibilidad por herencia». Recoge en apoyo de esta tesis la doctrina de la sentencia de 11 de octubre de 1943, que declara: «Los artículos 806, 815, 816 y 655 del Código civil no autorizan, ni por el texto ni por el espíritu que los informan, para estimar que es intransmisible la acción defensiva del derecho de legítima, pues concebida ésta como porción de bienes que necesariamente ha de pasar por muerte de su causante a sus herederos forzosos, no hay razón que justifique la exclusión de esa porción de bienes del principio de transmisibilidad, a base errónea (sic) de que el derecho a la legítima es personal e intransferible».

Parece, sin embargo, que la analogía entre el supuesto del artículo 838 y el de la sentencia de 1943 es un tanto remota. En este último se trataba del ejercicio de acciones protectoras del derecho de legítima. En cambio, el artículo 839 no está basado en una finalidad claramente protectora de la legítima, ya que se permite su ejercicio por herederos voluntarios (según el mismo Tribunal Supremo) entre otras razones. Otra cosa es estimar que se trata de un derecho que no tiene por naturaleza el carácter de personalísimo e intransmisible.

7) *Cesionario.*

Los cesionarios está legitimados, como los cedentes, para pedir la conmutación. No es una facultad personalísima ni intransmisible.

Si en la venta de la herencia se trata de conseguir que el comprador posea todas las ventajas (económicas) que la herencia tenía para el vendedor, o en otras palabras, colocarlo en la misma posición que tendría si él (comprador), hubiese sido heredero (12), no hay razón alguna para prohibirle la conmutación. Además, nada impide de este modo conseguir las finalidades del precepto (evitar desmembraciones dominicales antieconómicas, y eventualmente proteger al cónyuge viudo). «Si así no fuera —dice Mezquita (13)— las cesiones de derechos hereditarios realizadas por los hijos o descendientes legítimos estarían depreciadas o devaluadas sin motivo, máxime si se tiene en cuenta que el... cedente puede siempre exigir la conmutación y decidirla previamente a la cesión, con lo cual el cesionario adquiriría la cuota desgravada.

8) *Sucesores «ab intestato».*

¿Procede la conmutación del usufructo del cónyuge viudo en la sucesión «ab intestato»?

En nuestra doctrina lo ha negado Mezquita, basado fundamentalmente en:

a) El argumento histórico. El legislador español tomó el artículo 839 del Código italiano de 1865, conociendo la existencia en el mismo de una doble extensión del precepto, para la sucesión forzosa y la intestada, y se limitó a reproducirlo entre las reglas de la primera de ellas, omitiéndolo de plano en las de la segunda.

b) Si los herederos más preferentes, como son los hijos y descendientes legítimos, no disponen, en la sucesión testada, del remedio de la conmutación más que en los casos en que la cuota legal invade su zona legitimaria propia *in abstracto* (es decir, en el caso de no recibir compensación libre suficiente al gravamen, que borraría y reajustaría las fronteras ideales de los tercios legitimarios y libre), con mayor razón habrían de carecer en la sucesión intestada, en la que la parcelación de los tercios se esfuma y el que hubiera sido tercio disponible acrece a su beneficio sucesorio legal (14).

Pero con razón opone Cámara: «El hecho de que en el Código civil italiano de 1865 existiera una doble norma (de igual contenido), permitiendo la conmutación en la sucesión testada e intestada, y que esta doble norma no haya sido reproducida por el Código español, que sólo contiene una inscrita en la parte que se refiere a sucesión testamentaria, no prueba nada... porque esta argumentación nos llevaría, en buena lógica, a concluir que tampoco el cónyuge ostenta derecho a la legítima en la sucesión intestada (salvo el caso a que se refiere el art. 953) y, sin embargo, la doctrina y jurisprudencia, han reconocido que también en la sucesión intestada el derecho legitimario del viudo queda siempre a salvo. La

(12) Vid. GULLÓN, *La venta de la herencia*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1959, I, págs. 359 y ss.

(13) *La conmutación...* cit., pág. 253.

(14) *La conmutación...*, págs. 269-270.

disciplina de este derecho legitimario (dentro de la sucesión intestada) exige la aplicación de las normas que lo regulan, aunque éstas se encuentren en sede de sucesión testamentaria, normas entre las que se encuentra el 839, del que no hay motivo para prescindir» (15).

Por otra parte, y prescindiendo de nuestra posición favorable a una extensión interpretativa de la palabra «herederos», no parece que el artículo 839 sea inoperante cuando los legitimados para imponer la conmutación sean compensados por el testador (en este supuesto por la atribución de la herencia como sucesores legales) con beneficios que compensen el gravamen usufructuario. No hay base para admitir que el artículo 839, en tal circunstancia, funcione así, salvo que voluntariamente el testador condicione la adquisición de esos beneficios a que los herederos no hagan uso del artículo 839. Problema, como se ve, distinto por completo.

FACULTADES DEL TESTADOR EN ORDEN A LA CONMUTACION

El artículo 839 asigna a los herederos la facultad de conmutar el usufructo legal. Sin embargo, la doctrina se plantea la cuestión de si el testador puede imponer la obligación de conmutar, o incluso prohibir que se efectúe.

Manresa (16) se limita a decir que «el testador puede también disponer el pago del usufructo en una de las formas expresadas». Vallet (17) afirma que «el testador, frente a la legítima del cónyuge viudo, tiene un derecho —el de determinar la forma en que debe ser satisfecha, puesto que la facultad que el artículo 838 (839) del Código civil concede a los herederos, con mayor razón deberá gozarla el causante, que tiene poder para condicionar la actuación de los herederos—...».

Mezquita, en cambio, niega al testador toda facultad en orden a la conmutación, porque el artículo 839 está establecido para la salvaguardia de la más rigurosa intangibilidad de la legítima de los hijos y descendientes exclusivamente (18). Siendo atributo o cualidad de la más rigurosa de las legítimas, en tanto se den los presupuestos legales de su necesidad o procedencia —dice— la facultad conmutativa debe suponerse libre del influjo testamentario.»

Creemos necesario en esta materia distinguir, ante todo, la porción de herencia gravada con el usufructo legal. Si ésta constituye la parte libre, parece evidente que la voluntad del testador ha de

(15) *El pago con metálico de la legítima en el Código civil*, en Estudios Jurídicos Varios, Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, 1964, pág. 970, nota 362.

(16) *Comentarios...*, cit. pág. 485.

(17) *Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios*, en Revista de Derecho Privado, 1948 págs.

(18) *La conmutación...* cit., págs. 266 y ss.

ser vinculante para los aceptantes de aquella parte. Ahora bien, si grava una parte de herencia sometida a las normas legales que protegen la intangibilidad legitimaria (vid. arts. 813 y 814), la cuestión presenta una mayor complejidad. No procede resolver la dificultad sobre la base de que parte Mezquita, puesto que ya hemos visto en páginas anteriores que su teoría sobre la naturaleza de la conmutación no parece conciliable ni con los orígenes históricos del artículo 839 ni con su *ratio*.

Cámara centra, a nuestro juicio acertadamente, el problema. «El usufructo del viudo —dice— cuando concurre con sus propios hijos, grava una parte de su legítima colectiva. Es, por tanto, un gravamen legal de su legítima. Parece delicado permitir que el testador modifique la estructura de ese gravamen en contra de la voluntad de sus hijos. Pero, por otra parte, si el fundamento de la conmutación consiste en el deseo de evitar los roces a que pueda dar lugar la legítima en usufructo, quizá sea excesivamente rígido sostener que únicamente los hijos, y no el padre o la madre testadores, están legitimados para decidir en qué medida el usufructo resultará engorroso o perjudicial» (19).

Ahora bien, ¿implica un gravamen de la legítima que cae en la órbita del artículo 813 la orden de conmutar? A primera vista habría que contestar negativamente, porque el testador ni condiciona ni grava la legítima. Precisamente quiere liberar de un gravamen (el usufructo) los bienes.

Cámara, en cambio, justificando su negativa a admitir que la disposición del testador tenga eficacia, dice: «Con la obligación de conmutar, el testador viene a imponer a sus hijos una carga nueva y distinta de la que está prevista en la Ley. Ciertamente que esta nueva carga se dispone en sustitución del gravamen legal, pero, con todo, es el testador quien la establece, y el testador no puede gravar la legítima» (20).

No obstante, creemos que si bien la disposición del testador, en términos generales, pudiera tener eficacia atendiendo sólo a la finalidad del artículo 839, hay supuestos en los que ello no se puede afirmar en tanto que en los mismos cabe lesión de la porción legitimaria. En otras palabras, para nosotros la eficacia queda *condicionada* a que tal lesión no se produzca. Esto no quiere decir que la orden de conmutar vaya directamente contra el artículo 813, sino tan sólo indirectamente. Ciertamente advierte Cámara, que «la legítima se puede gravar de dos modos. De modo directo, imponiendo una carga en sentido estricto sobre los bienes que constituyen la porción reservada. O de modo indirecto, disponiendo el pago de prestaciones que sin constituir gravamen sobre los bienes reduzcan económicamente el valor líquido de lo que percibe el legitimario, de

(19) *El pago...*, cit., pág. 982-83.

(20) *El pago...*, cit., pág. 983.

tal manera que dicho valor líquido resulte inferior al de su legítima» (21).

Así, pues, cuando el hijo tenga que soportar sobre su tercio de mejora el usufructo sin tener ninguna participación en la parte libre, el medio solutorio que se ofrece al cónyuge viudo sale de la porción reservada, y por tanto, la disposición del testador supone una vulneración de las reglas que protegen su intangibilidad cuantitativa.

Pero cabe preguntar si la orden de conmutar puede ser plenamente eficaz en el supuesto de que el testador asigne bienes al heredero que ha de soportar el usufructo legal. Parece que entonces no habrá roces con las normas sobre intangibilidad, porque no se reduce el valor de la porción reservada. Sin embargo, pudiera dudarse de la aplicación genérica de esta solución. En otras palabras, si basta que el testador atribuya esos bienes para que la conmutación por él ordenada sea procedente, o es necesario, por el contrario, que conste de modo expreso su voluntad de que tal atribución se realiza, y en la medida que se realiza, para que el legitimario cumpla su mandato. Cabría, a nuestro juicio, pensar que pese a no existir manifestación expresa, su intención se deduce al ordenar la conmutación y atribuir más de lo que le corresponde por ley al legitimado para realizar aquélla. Pero entonces se observa que la posición del legitimado para conmutar, y compelido a ello además, coincide con la del heredero voluntario. El testador le atribuye una porción mayor de lo que le corresponde (con cargo naturalmente al tercio libre), *para que conmute*.

¿Quid si el testador instituye al hijo o hijos en toda la herencia? Su voluntad en orden a la conmutación habrá de cumplirse por las mismas razones anteriores. Esta solución se sostiene también, pero por diferentes argumentos. Dice Cámara: «Aunque el Código diga que el usufructo del cónyuge viudo recae sobre el tercio de mejora, la realidad es que la herencia no está dividida en compartimentos estancos. Toda vez que los hijos reciben en plena propiedad dos tercios de la herencia, debe estimarse que el causante ha cumplido plenamente su deber legitimario. Si a un hijo se le deja más de su legítima larga y a los demás no, creo que éstos, de sostener la solución negativa, podrán oponerse a la conmutación exigida por el testador» (22).

Hasta aquí hemos estudiado el supuesto de que el testador ordena la conmutación. Pero su voluntad puede tener otra faceta: la de prohibirla. ¿Será eficaz siempre?

Por lo que respecta al cónyuge viudo, lo negamos. No parece que dándose las circunstancias señaladas en la sentencia de 20 de diciembre de 1911 (confirmada por la de 28 de junio de 1962), el cónyuge viudo tenga que resignarse a un usufructo que no le reporte ningún beneficio.

(21) *El pago...* cit., pág. 983, nota 380.

(22) *El pago...* cit., pág. 982, nota 378.

En cuanto a los herederos, la cuestión es más discutible. Es evidente que no hay lesión de las legítimas, puesto que, precisamente el artículo 813 exceptúa la cuota del cónyuge viudo (legal). Por otra parte, quiere el testador que usufructúe una parte de la herencia. Si en un legado de usufructo voluntario no procede, según hemos visto, la conmutación, ¿procedería cuando el testador quiere que el usufructo legal sea efectivo? Cámara lo niega: «La facultad de conmutar —dice— que el artículo 839 concede a los herederos se explica en la medida en que el usufructo del viudo constituye una imposición legal. Pero no cabe que entre en juego cuando el testador quiere terminantemente que su cónyuge usufructúe una cuota parte de la herencia o bienes determinados. En este caso, sí que sería absurdo hacer al cónyuge de peor condición que otro usufructuario cualquiera» (23). Pero parece que no cabe ensamblar el legado voluntario de usufructo con la atribución de la cuota legal, prohibiendo la conmutación de ésta. El testador entonces no actúa sobre una disposición que tiene su origen en la pura voluntad suya, sino en la ley. Su voluntad únicamente se dirige a que ese usufructo legal no se commute, eliminando así una parte sustancial del régimen legal.

La opinión afirmativa en cuanto a la validez de la prohibición tiene para nosotros, como punto de apoyo, la eficacia de la voluntad del testador para imponer la conmutación. Si puede imponerla, con la única restricción de que no perjudique las legítimas, no habrá ningún obstáculo a que su voluntad negativa se cumpla, cuando precisamente no hay lesión de aquéllas (24).

EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE CONMUTAR

A) *Pluralidad de sujetos legitimados.*

La cuota legal del cónyuge viudo recae sobre una parte de la herencia, variable según los casos. Cuando esa parte de herencia esté atribuida a más de un sujeto, se plantea el problema de si la conmutación ha de ser total, o cabe que cada sujeto commute el usufructo que recaiga sobre su adquisición hereditaria.

En nuestra doctrina se mantiene la opinión afirmativa, en el sentido de que la conmutación ha de ser total, requiriéndose el acuerdo

(23) *El pago...* cit., pág. 989.

(24) Distinta es la cuestión cuando el testador ordena un legado al cónyuge viudo que tiene por objeto cualquiera de las modalidades del 839. En tal caso, cabe preguntar si ese legado es independiente de la cuota legal, o se imputa a la misma. En esta última tesis, el testador habría hecho por sí la conmutación. En la primera se admite todavía la posibilidad de que entre en juego el artículo 839. Sobre la imputación, vid. las opiniones contradictorias de FUENMAYOR: *Acumulación en favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota legítima*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1946, páginas 43 y ss.—VALLET, *Imputación de legados...* cit.—CÁMARA, *El pago...* cit., páginas 934 y ss., y especialmente nota 385 de la pág. 985.

de la totalidad de los sujetos legitimados, por varios autores. Así, Scaevola dice: «La facultad de sustituir corresponde a los herederos. Si entre ellos ocurre divergencia respecto a su ejercicio, esto es, si unos quieren la constitución del usufructo y pretenden otros la asignación de una renta vitalicia, ¿qué procederá hacer? Aunque la frase «mutuo acuerdo» se refiere más bien a la relación entre los herederos y el viudo, no implica violencia hermenéutica ni infracción de principio de sana crítica considerarla aplicable a los herederos entre sí. Por consiguiente, si no hay mutuo acuerdo, podrán acudir a la autoridad judicial para que dirima la contienda. Confronta este criterio con el artículo 398 respecto a la comunidad de bienes, en el que, a falta de acuerdo, o en caso de considerar perjudicial lo acordado, pueden los comuneros acudir al Juez para que resuelva» (25). Como se observa, no da ninguna razón de apoyo de su opinión. Busca tan sólo una solución ingeniosa al problema de la divergencia, pero sobre la base de que es necesario el acuerdo de todos los legitimados. Por otra parte, la apelación al artículo 398 parece fuera de lugar, porque es más que dudoso que sea un acto de administración el acuerdo para conmutar. Da la impresión de que el comentarista se basa en la designación plural de los sujetos por el artículo 839: «*Los herederos...*»

Mezquita, con visión más amplia, recoge las opiniones de la doctrina extranjera que reconoce la necesidad del ejercicio conjunto, y sostiene el mismo, porque el derecho del cónyuge recae sobre una parte de la sucesión. Además, el empleo de la expresión plural *los herederos* demuestra que se trata de una facultad colectiva, mancomunada e indivisible. Agrega que la naturaleza misma del precepto impone la indivisibilidad, puesto que siendo su fin el evitar embarazos y simplificar la división, este fin no puede lograrse sino en cuanto a la totalidad y no en cuanto a una parte del derecho a conmutar, pues de lo contrario, y aparte del perjuicio al viudo, más que una simplificación habría una agravación de la complejidad. Por último, de acuerdo con Polacco, cree que los sujetos legitimados, si bien pueden imponer la conmutación al viudo, no pueden hacerlo hasta el extremo de obligarle a dividirlo. El cónyuge conserva el derecho a ser satisfecho íntegramente, y así lo da a entender el propio párrafo 2.º del artículo 839 (26).

Creemos, no obstante, que el artículo 839 no nos suministra un fundamento para exigir el acuerdo de todos los legitimados, ya que:

a) La designación plural «*los herederos*» puede obedecer a la mención de aquellos a quienes se atribuye la facultad de conmutar. Encontramos forzado pretender deducir la unanimidad en su ejercicio.

b) El hecho de que el cónyuge viudo tenga un usufructo sobre parte de la herencia no implica que todos sus titulares tengan que conmutar de acogerse al artículo 839

(25) *Código... cit.*, pág. 729-30.

(26) *La conmutación...*, cit., págs. 274 y ss.

c) Tampoco el párrafo 2.º del artículo 839 postula el acuerdo unánime, ya que no contempla este problema, sino el genérico de las garantías del cónyuge viudo en razón de su cuota legal. Se aplica tanto en el supuesto de que no se hayan concretado los bienes de la herencia sobre los que va a recaer el usufructo, como en la situación anterior a la conmutación por cualquiera de las modalidades que señala el artículo.

Ahora bien, ¿es opuesto al fin de la norma la negación del ejercicio conjunto por los legitimados? Nos parece que en modo alguno, porque:

a) El que la facultad de conmutar corresponda individualmente a los mismos no significa que se obliga al cónyuge viudo a dividir su usufructo. Precisamente esta división se produce necesariamente al ser varios los titulares de la porción hereditaria sobre la que pesa.

b) La desmembración del usufructo y la nuda propiedad que el legislador quiso evitar tenía por objeto impedir el perjuicio que ello era susceptible de proporcionar a los propietarios, a cada uno de ellos.

c) El ejercicio individual de la conmutación no supone ningún perjuicio para el cónyuge, al respetársele su usufructo, lo único a que tiene derecho, sin contar con la garantía que para él significa su intervención en las operaciones de valoración, a fin de que la conmutación sea justa.

d) Como observa certeramente Rougin (27), la decisión conjunta somete el interés de unos pocos herederos, quizás los más gravados, al arbitrio de los demás.

e) Es posible que el recurso a la autoridad judicial que se busca en el mismo artículo 839 sea medio de evitar los peligros anteriores. Pero no lo es menos que se obliga a los que no les interesa conmutar quizá, a seguir un procedimiento judicial con las molestias y gastos que supone.

¿Qué posición adopta la jurisprudencia? No hay una afirmación explícita en pro de una tesis o de otra. Tuvo oportunidad de pronunciarse el Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de diciembre de 1911. Recordemos que el recurrente mantenía que el «mutuo acuerdo» del artículo 839 se refería a que la decisión de conmutar habrá de tomarse por los herederos entre sí cuando fuesen varios, viniendo en otro caso el mandato judicial a decidir el desacuerdo, como lo demostraba el texto mismo del artículo al decir «los herederos podrán...» y añadir «asignándole, etc.», puesto que el emplear la palabra en cuestión, y no la de «asignando», indica claramente que el verbo se refiere a los herederos, que actúan como persona activa de la cláusula. Sin embargo, el Tribunal Supremo pasa como por ascuas este problema (nos parece que en razón de que el supuesto litigioso se apartaba un tanto de él), y se limita a decir: «Considerando que si bien, por regla general, corresponde al here-

(27) *Traité de Droit Civil comparé*, París, 1908, tomo IV, vol. II, pág. 318.

dero o herederos proponer la sustitución del usufructo... Sería, a nuestro juicio, aventurado decir que con esta frase acogió la tesis del recurrente en cuanto al ejercicio conjunto.

B) *Tiempo hábil.*

Nada nos dice el artículo 839 sobre esta importante materia. En cambio, el Tribunal Supremo rechazó la demanda de conmutación del usufructo legal de un heredero, que solicitaba la misma una vez formalizada la partición realizada cuando era menor, y en la que estuvo representado por un defensor judicial. Señaló nuestro Alto Tribunal en la sentencia de 28 de marzo de 1924 que el artículo 839 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 nunca tendría carácter definitivo ni el viudo adquiriría jamás la titularidad exclusiva de lo que se le adjudicara en pago en la aludida partición, supuesto inadmisibile 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».

Pudiera pensarse que al faltar una norma que establezca un plazo queda al arbitrio de los herederos el momento de la conmutación. El Código belga, en el artículo 767 sale al paso de los presuntos peligros y fija el momento temporal hasta la partición definitiva y, lo más tarde, hasta un año después de la muerte del causante. Sin embargo, las consecuencias perjudiciales de la indeterminación temporal no tienen necesidad de darse por las siguientes razones:

a) La garantía que representa para el cónyuge viudo el párrafo 2.º del artículo 839.

b) Su intervención en las operaciones para determinar la justa equivalencia del medio solutorio en relación con su usufructo evita todo daño en cuanto a la elección por los herederos (en el supuesto de que se mantenga que ello es cuestión de su exclusiva competencia), del momento en que los bienes sobre los que recayera el usufructo den menos rendimientos.

c) El derecho del cónyuge viudo a promover el juicio de testamentaria.

Debido a la dependencia de la conmutación con la partición, parece que la rescisión o complemento de ésta debe afectar a aquélla. Un aumento de la porción hereditaria gravada, según la Ley, con el usufructo legal, hará que éste recaiga sobre ese aumento, manteniendo la conmutación primitiva, porque la valoración para efectuarla tuvo en cuenta entonces únicamente los bienes existentes, que con posterioridad se incrementaron. En igual sentido, una disminución de aquélla porción (vid. art. 1.080), implicará una reducción del medio solutorio elegido.

C) *Cuestiones procesales.*

La doctrina se plantea el problema del procedimiento a seguir para resolver las dificultades derivadas del ejercicio de la conmutación (procedencia de la misma cuando el cónyuge no la quiere; desacuerdo en cuanto a la valoración del usufructo legal y del medio solutorio elegido; petición del cónyuge de que se proceda a la misma cuando su usufructo vaya a recaer sobre bienes improductivos, etc.).

Scaevola y Sánchez Román (28) se inclinan por el de incidentes. Dice el primer autor que el tenor del precepto abona un procedimiento breve, sin gran aparato judicial, por trámites sencillos. Parece querer huir de toda idea de pleito, de juicio propiamente dicho, dejándolo al prudente arbitrio del juzgador. «No procede el juicio ordinario porque su tramitación larga y dispendiosa es antagónica de la breve y sencilla que requiere el caso en examen; no es pertinente tampoco la adaptación a la jurisdicción voluntaria, por implicar aquél una contienda entre partes, refractaria a los actos propios de dicha jurisdicción. El adecuado será el juicio más breve de los consignados en la ley, o sea, el verbal, o el procedimiento para los incidentes por tener éstos naturaleza de juicio por su biología procesal» (29). Igualmente Manresa (30) piensa en el de incidentes: «Bien puede afirmarse que la ley no quiere que medien las formas solemnes de un juicio declarativo. Si se ha promovido juicio de testamentaría, como un incidente del mismo puede resolverse la cuestión. En otro caso, creemos suficientes los trámites marcados para los incidentes, porque realmente es un incidente de la testamentaría o del abintestato».

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no arroja luz sobre la materia. En la sentencia de 20 de diciembre de 1911 se impone la conmutación al heredero como consecuencia de un juicio declarativo (de mayor cuantía por el caso de autos), que había sido ordenado por el Juzgado, en vista de que en el juicio voluntario de testamentaría no se pusieron las partes de acuerdo con el proyecto de partición del contador dirimente. No se trató para nada del problema del procedimiento (vid. art. 1.088 de la LEC).

En cuanto a la competencia, la sentencia de 12 de enero de 1934 declara que demandándose la conmutación en el lugar de la muerte del causante, “y asimismo punto en que está sita la casa en la que recayó el usufructo viudal, cuya redención se reclama en la demanda, esto es, se ejercita la acción dimanante del artículo 838 (839) del Código civil y, por tanto, es indudable que bien se trate de una acción de carácter real, o bien de una acción mixta, la competencia por conocer de este asunto radica en el lugar en que está sita la cosa litigiosa, con arreglo a las normas segunda y tercera de la ley de trámites”.

(28) *Estudios de Derecho Civil*, tomo VI, vol. II, pág. 1069.

(29) *Código...* cit., pág. 733.

(30) *Comentarios...* cit., pág. 485.

El Tribunal Supremo se circunscribe necesariamente a la cuestión de competencia planteada. No se ataca el problema de fondo, que al parecer consistía en la commutación del usufructo legal una vez realizada la partición.

D) *Commutación y partición hereditaria.*

¿Es un acto particional la commutación de la cuota legal? ¿Pueden efectuarla los contadores partidores?

Cicu afirma la naturaleza particional de la commutación. El cónyuge viudo se encuentra en una comunidad de goce con los descendientes legítimos (en nuestro caso, herederos). «El derecho de commutación —dice— atribuido por la ley es por ello, como en el caso de los hijos naturales, para considerarse como derecho de hacer cesar la comunidad con el cónyuge; el acto de commutación, como acto divisional en sentido amplio... Se darán por ello los efectos declarativos de la división..., el usufructo se considerará como existente desde la apertura de la sucesión; se tendrá garantía por evicción, acción de rescisión por lesión, acción de división suplementaria en el caso de que se descubriesen nuevos bienes hereditarios, etc.» (31). Esta tesis es seguida por Coviello (L) y Santoro-Passarelli (32) entre otros.

En nuestra doctrina, Mezquita ha opinado que, en realidad, no se trata de una operación particional, sino de un acto simplemente conexo a la partición. «Por tratarse de la sucesión en usufructo de un caso de sucesión singular o particular, su satisfacción a través de la commutación no constituirá un acto de adjudicación particional, sino un acto de pago, cumplimiento, entrega modificada de legado, ya formal, ya tácito, ya legal» (33).

No compartimos estos fundamentos, porque el acto de pago al cónyuge viudo, sea en usufructo, sea en cualquiera de los medios enumerados en el artículo 839 parece ser algo más que el pago de un legado, en tanto que el cónyuge tiene derecho a algo tan importante como pedir la partición hereditaria y concurrir a la aprobación, en su caso, de la partición. Como declaró la sentencia de 28 de marzo de 1924, «el cónyuge viudo tiene, con arreglo a lo establecido en el artículo 807 del Código civil, la condición de heredero forzoso del premuerto por las cuotas que señalan los artículos 834 a 837 y, como tal, derecho a promover la partición de herencia y a concurrir al otorgamiento de la escritura... en la que de hacerse, en pago de su haber, la adjudicación de los bienes correspondientes».

Ahora bien, ¿quiere ello decir que la commutación tiene que efectuarse *siempre* como operación particional? ¿Podrán los legitima-

(31) *Successione legittima e dei legittimari*, Milán, 1943, pág. 123-4.

(32) L. COVIELLO: *Successione legittima e necessaria*, Milán, 1938, páginas 260 y ss.—SANTORO, *Saggi di diritto civile*, II, Nápoles, 1961, pág. 719.

(33) *La commutación...* ci., pág. 235.

dos para aquélla imponer una conmutación fuera de la partición, siempre y cuando no se haga después de ésta? No vemos ningún inconveniente para ello, siempre y cuando medie acuerdo sobre este punto (momento temporal) con el cónyuge viudo. Pero no creemos que los legitimados puedan, *independientemente* de su consentimiento, obligarle a conmutar fuera de la partición, porque una cosa es que aquéllos estén facultados para conmutar (no el cónyuge), y otra la de negarle a éste su derecho a intervenir en la partición, según se lo reconocen las sentencias de 28 de marzo de 1924 y 26 de marzo de 1940, al igual que la Resolución de 6 de noviembre de 1912 entre otras. «Nótese —dice Vallet (34)— que el usufructo del cónyuge, aunque se limita a una cuota indivisa, afecta a toda la comunidad. No es un usufructo de la cuota de un comunero, sino un usufructo de cuota de la comunidad... Si el viudo no interviene en la partición, su usufructo de cuota sigue difuminado sin concretarse en bienes determinados. Los herederos podrán partir la herencia entre sí, pero esta partición no puede afectar al cónyuge viudo que no haya intervenido en la misma».

Además, si el cónyuge tiene derecho a consentir en el medio de pago que se utiliza, o a intervenir en las operaciones de valoración de su usufructo para la equivalencia con aquél, nada mejor que su intervención en la partición, evitándole los peligros que de aceptar la conmutación fuera de la partición se derivarían. Precisamente un autor como Mezquita, que cree que la conmutación podría hacerse *antes* de la liquidación de la sociedad conyugal y de la división hereditaria entre los herederos, dice: «...sería más lógico entender que fuera el supérstite quien tuviera derecho a concurrir de todos modos en la partición ulterior para comprobar si la conmutación que se le hizo lo fue justamente y con arreglo a valores ciertos» (35).

En suma, creemos de aplicación a la conmutación de la cuota del cónyuge viudo lo que piensa Sánchez Román de la «justa regulación» a propósito de la cuota de los hijos naturales: «significa (p. 2. del art. 840) que sólo después de estar formulada la partición con todas sus operaciones de inventario, avalúo, liquidación, división y formación de haberes y hasta proyecto, al menos, de adjudicación, con todas las intervenciones que de derecho correspondan en la práctica de las mismas a los hijos naturales, como herederos forzosos que son, es cuando habrá llegado el caso de proceder con base suficiente al ejercicio... de la facultad que la ley concede... salvo el supuesto de que en cualquier momento y por las transacciones entre unos y otros lo concertaran así...» (36).

La sentencia de 13 de marzo de 1956 declaró que el artículo 839 exceptúa el haber hereditario del cónyuge viudo de la regla general del artículo 1.061 del Código civil.

¿*Quid* de las facultades de los contadores-partidores? Creemos

(34) *Apuntes de derecho sucesorio*, Madrid, 1955, pág. 30, nota 95.

(35) *La conmutación...* cit., pág. 286.

(36) *Estudios...* cit., pág. 912.

que no cabe que ellos decidan, por sí solos, la conmutación. Es facultad que se asigna a los herederos. Salvo que éstos aprueben la efectuada por ellos. Su consentimiento es necesario. Hay que advertir que nos referimos a la *decisión* de conmutar. La valoración del usufructo, naturalmente que entra entre sus funciones.

Pero se ha de establecer forzosamente una excepción a esta regla general, de acuerdo con la voluntad del testador en orden a imponer la conmutación. En tal caso, los contadores tienen que cumplir el testamento, y en consecuencia, proceder a ella. Si el testador ha indicado el medio solutorio, acogiendo éste. Si únicamente ha señalado su voluntad de que se produzca la conmutación, parece que no podrán sustituir los derechos de los legitimados en orden a la elección del medio solutorio.

LA ELECCION DEL MEDIO DE PAGO

Así como la decisión de conmutar corresponde, unilateralmente, a los herederos, es discutido si el cónyuge viudo ha de tener alguna intervención en la elección de los medios que señala el artículo 839. En otras palabras, si el «mutuo acuerdo» que el precepto requiere indica la necesidad de aquella intervención.

En otra ocasión tuvimos necesidad de abordar precisamente este problema, y dejamos expuesto que la expresión debatida («mutuo acuerdo») pudiera tener otro significado, «y es el de que los herederos proponen al cónyuge viudo la conmutación, y éste se puede mostrar disconforme, no con ella ni con el medio de pago elegido para ello, sino con la valoración de su usufructo y del objeto por el que se le sustituye» (37). Esta misma posición ha sido mantenida, con posterioridad, por Cámara: «A mi modo de ver, el artículo 839, tal como se desprende de las palabras con que comienza, concede a los herederos la potestad de conmutar el usufructo por un capital en efectivo o una renta vitalicia, sin que esa potestad esté desmentida por el inciso final del primer párrafo. El «mutuo acuerdo» o la decisión judicial no se precisan para decidir la forma de pago de la legítima del viudo —afirma Cámara—, pero sí para resolver los problemas que puede suscitar la ejecución del procedimiento solutorio elegido. Hará falta el acuerdo de ambas partes, o la decisión judicial, para la fijación del importe a que tiene que ascender el capital en efectivo o la renta vitalicia, así como para el señalamiento de las garantías que aseguren el pago de la pensión, caso de que se haya escogido esta fórmula de conmutación» (38).

La opinión contraria no deja de ser mantenida. Así, Scaevola. El proceder de mutuo acuerdo indica para el comentarista que «los herederos deben tratar con el viudo la manera de satisfacerle su derecho hereditario... El viudo podrá oponerse a la prestación pro-

(37) GULLÓN, *El párrafo 3.º... cit.*, pág. 889. De acuerdo también VALLET, *La opción... cit.*, pág. 612, nota 122.

(38) *El pago... cit.*, pág. 974.

puesta, designando otras, pero no a la sustitución del usufructo, por cualquiera de ellas. Si quieren los herederos, pueden realizar el cambio, de acuerdo con el cónyuge, y, en su defecto, con la aprobación judicial, aunque el viudo se oponga; si no quieren, el cónyuge carece de acción para imponérselo (39). Más ambiguo se muestra De Diego: «aunque la iniciativa... corresponde a aquéllos (herederos), es evidente que su completa ejecución la encomienda al mutuo acuerdo, y, en su caso, a la resolución judicial» (40).

Por lo que respecta a la jurisprudencia, las sentencias de 28 de junio de 1962 y la de 28 de marzo de 1924 (si bien esta última de forma no muy clara), se inclinan a esta tesis. Así, pues, la determinación del medio solutorio es obra de los herederos y el cónyuge.

Mezquita, sin embargo, alega contra la tesis de Scaevola y autores que coinciden, que el viudo, por vía de oposición a cada forma concreta que se propusiera para la conmutación, llegaría prácticamente a oponerse al hecho mismo de la conmutabilidad (41). No nos parece argumento convincente, ya que a los herederos les quedaría siempre abierta la vía del recurso a la autoridad judicial, que impondría la conmutación al cónyuge.

A nuestro juicio, pudiera esgrimirse el artículo 840, en su párrafo segundo, para defender también la unilateralidad en la elección del medio solutorio. Parece contradictorio que los legitimados para conmutar la cuota legal de los hijos naturales reconocidos tengan reconocida una unilateralidad al escoger entre el pago en dinero u otros bienes de la herencia, y, sin embargo, los facultados por el artículo 839 hayan de contar imprescindiblemente con el sujeto pasivo de la conmutación. No procedería alegar contra ello el carácter excepcional del artículo 839, que justificaría una interpretación estricta, porque tan excepcional parece como el párrafo segundo del artículo 840, y no se ve razón alguna para que no jueguen principios extraídos de la regulación legal de la conmutación de las legítimas tanto en un supuesto como en otro.

Si se admite la necesidad de que el cónyuge viudo manifieste su consentimiento sobre el medio de pago que le ofrecen los herederos, hay que resolver el problema que se plantea cuando no llegue a un acuerdo con éstos. La sentencia de 28 de junio de 1962 determina que en este caso la autoridad judicial decide «la forma de pago que estime más equitativa y justa de las que la Ley establece». Por tanto, la autoridad judicial no impone al cónyuge la forma que le han propuesto los herederos, sino que elige entre las legales. En otras palabras, que ante la falta de mutuo acuerdo la autoridad judicial, si reclaman los herederos, ha de pasar forzosamente por la necesidad de declarar la procedencia de la conmutación, pero sale fuera del arbitrio de aquéllos el medio de pago que desean, y han de acep-

(39) *Código...* cit., pág. 728.

(40) *Instituciones de Derecho Civil*, edic. 1959, de Cossío-GULLÓN, pág. 225.

(41) *La conmutación...* cit., pág. 278.

tar, como el cónyuge, el escogido por ella. Es de temer que la consolidación de esta tesis haga estéril el artículo 839, ya que a los herederos les puede convenir una conmutación por renta vitalicia, por ejemplo, hecha con las debidas garantías en cuanto a la equivalencia con el usufructo que se conmuta, pero no una entrega de capital en efectivo que le imponga la autoridad judicial por muy justa y equitativa (teniendo en cuenta la rentabilidad del goce o la capitalización del derecho real) que aparezca, pero que no les interesa desde el punto de vista de sus intereses, que son, por otra parte, los primordialmente tenidos en cuenta por el legislador al concederles la facultad del artículo que examinamos.

Punto controvertido también, dentro de la problemática general de la elección del medio de pago, es el relativo a la posibilidad de utilizar *conjuntamente* los fijados por el Código, o bien hay que conmutar sobre la base de la *unidad*. Creemos necesario distinguir, según se acepte, que la propuesta de conmutación y el medio solutorio es elegido unilateralmente por los herederos o bien de común acuerdo con el cónyuge viudo. No parece que en este último caso haya lugar al problema, dado que el ámbito del mutuo acuerdo es lo suficientemente amplio para permitir una combinación de medios.

La postura negativa a la conjunción de medios se basa en diferentes argumentos. Coviello dice que la obligación ha de cumplirse exactamente, por lo que la cosa debida debe satisfacerse por entero, no pudiendo ser compelido el acreedor a recibir una prestación parcial. Por otra parte, en las obligaciones facultativas el deudor no puede constreñir al acreedor a recibir parte de una cosa y parte de otra (42). La misma tesis mantiene Santoro Pasarelli (43). Sin embargo, no vemos que el reclamo a los principios de la indivisibilidad de la prestación proporcione argumentos suficientes. El artículo 839 no indica que la conmutación ha de ser forzosamente por cualquiera de los tres medios que señala. La enumeración de los mismos tiene ese carácter enumerativo precisamente. Pero la disyuntiva (renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo) no indica la necesidad de que el medio elegido sea uno de ellos, con exclusión de los demás. Tampoco deja de conseguirse la finalidad del precepto con la asignación, por ejemplo, de un capital en efectivo y de una renta vitalicia. El cónyuge viudo no podrá verse perjudicado, porque de todas formas, se acepte o no la unilateralidad en la determinación del medio solutorio, lo que parece claro es que ha de intervenir en las operaciones necesarias para que lo ofrecido sea un equivalente de su cuota legal, y no una expropiación injustificada.

En nuestra doctrina, entiende Mezquita, siguiendo a Ricci y a Coviello, que la unidad del medio solutorio se impone, porque los móviles de simplificación debieron ser muy decisivos en el ánimo del legislador al establecer la norma. «Además —agrega— tal con-

(42) *Successione...* cit., pág. 262.

(43) *Saggi...* cit., pág. 722.

clusión viene impuesta por congruencia con la solución a que llegamos de que la conmutación del usufructo específico debe ser total» (44). Pero, en realidad, en el artículo 839 sólo se aprecia que el móvil de simplificación lleva al legislador a permitir la conmutación del usufructo, evitando los inconvenientes de este gravamen, pero no a impedir la combinación de los medios de pago. En cuanto a la congruencia que guarda la necesidad de unidad de aquellos con su tesis (discutible) de que la conmutación ha de ser total (sobre toda aquella parte de herencia sobre el que recaiga), no aparece clara. Se puede conmutar *totalmente* el usufructo legal, combinando los medios legales.

Por último, de admitir la unilateralidad en la elección del medio de pago, será imprescindible una declaración de voluntad de los herederos, recepticia, y de carácter irrevocable (45).

CORRESPONDENCIA ENTRE EL MEDIO SOLUTORIO Y EL USUFRUCTO LEGAL.

El artículo 839, a diferencia del párrafo 2.º del artículo 840, no señala la necesidad de que el medio elegido de pago y la cuota legal haya proporción o correspondencia. Para los hijos naturales, en cambio, dispone el Código que la conmutación tiene por base una «justa regulación».

Sin embargo, la doctrina es unánime en el sentido de considerar necesario que el cónyuge viudo intervenga en las operaciones que ejecuten la decisión favorable a la conmutación, lo mismo que la jurisprudencia (vid. s. de 28-6-62), y ello tanto en el caso de que se admita que la elección del medio de pago sea potestativa de los legitimados, como derivada de un acuerdo con el cónyuge. No podría ser de otro modo, so pena de exponer a éste a una expropiación. La autoridad judicial será la llamada a dirimir la falta de acuerdo entre los sujetos activos y pasivos de la conmutación.

Suelen plantearse los autores problemas derivados de la necesidad de esa equivalencia. Si tuviéramos que señalar, en síntesis, los motivos fundamentales de discusión, diríamos: a) Se duda, en el supuesto de conmutación por renta vitalicia, acerca de la necesidad de capitalizar el usufructo asignando la renta conforme al capital, o bien únicamente se ha de tener en cuenta el rendimiento normal de los bienes sobre los que aquél recae. b) Igualmente en cuestiones sobre si la entrega del capital en efectivo supone, imprescindiblemente, la entrega del usufructo capitalizado. c) Y por último, si la conmutación mediante la entrega de los productos de determinados bienes ha de tener como base de comparación el rendimiento nor-

(44) *La conmutación...* cit., pág. 276.

(45) SANTORO, *Saggi...* cit., pág. 723.—Con anterioridad, vid. CIRU, *Succesione...* cit., pág. 127-128.

mal de los bienes gravados por el usufructo, o exige también la capitalización (46).

Sin embargo, estimamos estas discusiones ociosas, y ello por un doble motivo:

1) La necesidad de que el cónyuge viudo concorra a la práctica de las operaciones para la efectividad de la conmutación salvaguarda de un modo completo la teórica lesión que puede sufrir en sus intereses, aceptando una forma o módulo que más convenga a las partes.

2) El recurso a la autoridad judicial sirve también de eficaz correctivo. Corresponde a la misma decidir la forma de conmutación que estime más justa y equitativa (s. de 28-6-62). La ponderación de las circunstancias del caso hace innecesario los criterios doctrinales que puedan sustentarse *a priori*. La sentencia de 5 de noviembre de 1913 declaró que «la apreciación del justo importe del usufructo viudal es una cuestión de hecho, sometida a la facultad discrecional del juzgador y no recurrible en casación». No admitió el Tribunal Supremo en la misma el recurso de casación que se formulaba porque el juez no había valorado el usufructo de acuerdo con el Reglamento de Impuestos de Derechos Reales, «porque las calificaciones fiscales no tienen trascendencia civil».

CONMUTACION MEDIANTE LA ENTREGA DE UN CAPITAL EN EFECTIVO

El artículo 839 enumera, entre los medios de conmutación de la cuota legal, la entrega de un *capital en efectivo*. ¿Qué significado tiene esta expresión legal? ¿Se refiere a numerario?

El problema se planteó en el supuesto de hecho litigioso que conoció el Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de junio de 1962. Se solicitaba del Juzgador de Instancia la nulidad de unas particiones realizadas por el defensor judicial de un menor y la madre de éste, entre otras razones que no hacen al caso, por estimar que se habían adjudicado bienes inmuebles para el pago de la cuota al amparo del artículo 839. Admitida la demanda, se declaró la ineficacia de las operaciones particionales, considerando que el artículo en cuestión regulaba una forma excepcional de pago, por lo que su interpretación ha de ser restrictiva, debiendo entenderse la expresión «capital en efectivo» como sinónima de «en moneda corriente», interpretación que corrobora el Decreto de 19 de octubre de 1868, al hablar en su artículo 1.º de que «la unidad monetaria será la peseta, moneda *efectiva* equivalente a 100 céntimos». Confirmada la sentencia por la Audiencia, se interpone recurso de casación, articulando el primer motivo al amparo del número 1.º del

(46) Para una exposición detenida de esta problemática en la doctrina italiana y francesa, vid. MEZQUITA, *La conmutación...* cit., pág. 288 y ss.

artículo 1.062 de la L. E. C., consistiendo la infracción en la interpretación errónea del artículo 839 del Código civil.

Rechazaba el recurrente que la entrega de capital en efectivo se refiera únicamente a dinero. En el lenguaje ordinario se habla de dinero «en efectivo» como distinto de dinero «en cuenta», de «moneda efectiva» y de «efectivo metálico», para indicar que no se trata de cualquier dinero, sino de moneda tangible y concreta y no meramente representada por créditos o derechos dirigidos a obtener prestaciones dinerarias. Por otra parte, el Código civil no utiliza la palabra «efectivo» como sinónimo de dinero. Cuando así lo hace, utiliza, como es lógico, evitando así toda oscuridad, esta misma expresión (vid. art. 269, núm. 6; 346; 886; 1.170; 1.372; 1.770). Insistía el recurrente en que si la naturaleza del usufructo legal era meramente alimenticia (tesis del juzgador de instancia), carecería en absoluto de sentido limitar las posibilidades de adjudicación a un capital en dinero, «ya que podría darse el caso, y esto será lo más frecuente, que no exista el numerario preciso entre los bienes de la herencia... ¿Habría entonces que renunciar a esta fórmula admitida e impuesta por la ley...? ¿O habría de buscarse la fórmula de la adjudicación de otra clase de bienes, que pudieran ser realizados y de esta forma cubrir la cantidad de dinero precisa para el pago de un capital al cónyuge?»

Sin embargo, el Tribunal Supremo no dio lugar a la casación, estimando que el artículo 839, cuando preceptúa la asignación de un «capital en efectivo», alude a numerario.

Señala el Tribunal Supremo que «el sentido lexicológico de la expresión «capital en efectivo» no tiene otro alcance que el que la sentencia recurrida le atribuye»; «el artículo 838, único que se aduce como infringido, sólo permite las tres formas de pago que indica..., pero no incluye la que el recurso propugna de la adjudicación en pleno dominio de bienes inmuebles, sólo posible entre herederos mayores de edad, conforme al artículo 1.058 del Código, o a lo sumo, en el caso extraordinario... de que todos o en su mayor parte los bienes relictos fueran improductivos».

No resiste una crítica sería tan incongruente doctrina. Por una parte, se afirma que el artículo 838 no permite la adjudicación de bienes inmuebles en pago del usufructo viudal. Por otra, se exceptiona el supuesto de bienes improductivos sobre los que aquél va a recaer. Pero no se ve la relación que guarda esto último con la adjudicación de inmuebles. La improductividad será una circunstancia que autorice al cónyuge viudo para pedir la conmutación, de acuerdo con el 839. Si este precepto no admite más que la entrega de numerario, como sinónima de capital en efectivo, es obvio que la conmutación a la que tiene derecho el cónyuge, según la sentencia de 20 de diciembre de 1911, ha de tener por objeto cualquiera de las tres modalidades del 839. No basta, pues, el simple hecho de que los bienes improductivos para admitir una forma de conmuta-

ción que el legislador (según el criterio de la sentencia de 1962) rechaza.

Cualquiera que fuese la interpretación que se sostenga de la expresión «capital en efectivo», parece que no debe excluirse la posibilidad de adjudicación de bienes inmuebles o muebles para conmutar la cuota legal. Sería algo avalado por el propio Código civil. En efecto, al regular la conmutación de la cuota legal de los hijos naturales reconocidos, permite que se entregue a los mismos «dinero u otros bienes de la herencia». ¿Por qué, entonces, en un supuesto de conmutación de la cuota legal, que significa una excepción a la intangibilidad de la legítima, análogo en su esencia al del 840, no se pueden adjudicar bienes de la herencia? Por otra parte, y si según la sentencia de 20 de diciembre de 1911, la conmutación del usufructo legal obedece a la necesidad de que el cónyuge conserve la posición económica que en el matrimonio tuvo, parece que en una época amenazada por el fantasma de la inflación resulta más acorde con aquella finalidad la entrega al cónyuge de bienes no expuestos a una desvalorización lenta y progresiva.

El artículo 839 se aparta de su modelo italiano al no exigir el requisito de que se trate de «capitales hereditarios» (art. 819 del Código de 1865). Cabe preguntar entonces si supone ello que el legislador permite que el numerario no pertenezca a la herencia, o, en otras palabras, si el cónyuge podrá rechazar una conmutación que se le impone por los legitimados mediante la entrega de dinero, cuando éste no figure en el activo de la herencia.

La cuestión ha de ser resuelta de modo negativo. En realidad, no aparece ningún obstáculo para impedir que los legitimados opten por la conmutación mediante la entrega de una suma de dinero, aunque éste no exista en la herencia. Ello se deduce de los siguientes argumentos:

a) El artículo 840, en su párrafo segundo. El Código civil, al tratar de la conmutación de la cuota de los hijos naturales, dice: «Los hijos legítimos podrán satisfacer la cuota que corresponda a los naturales, *en dinero* o en otros bienes de la herencia, a justa regulación». Si la finalidad del precepto parece ser la de evitar las desavenencias y cuestiones entre los hijos legítimos y naturales con motivo de la proindivisión de los bienes, es lógico que aun no existiendo metálico en la herencia pueda efectuarse la conmutación. «De no darse ese significado al precepto —dice Vallet (47)— el problema que se quiso resolver sólo podría solucionarse conforme al fin perseguido cuando hubiese metálico en la herencia. Lo que supondría una limitación de ese remedio, que lo haría ineficaz en la mayoría de los casos».

b) El párrafo segundo del artículo 1.056. Permite el Código civil una conmutación de la legítima de los hijos. En lugar de recibirla, como tienen derecho según el sistema legitimario español,

(47) *Apuntes...* cit., pág. 32, nota 102.

en bienes de la herencia (*pars bonorum*), el testador impone el pago en metálico: «El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos». Uno de los problemas que la doctrina ha estudiado en esta materia consiste precisamente en determinar si la conmutación impuesta por el testador ha de tener por base, para su efectividad, el supuesto de hecho de que en la herencia exista metálico para el pago de las legítimas. La doctrina estima que no dándose esta circunstancia, la conmutación puede producirse. «Es general el criterio de que ello no es preciso —dice Puig Brutau (48)—, pues de lo contrario, esto es, si tuviese que ser siempre dinero procedente del patrimonio hereditario, incluso sería superfluo el segundo párrafo del artículo 1.056».

En contra de la tesis expuesta pudiera alegarse que si no existe metálico en la herencia, la conmutación habría de realizarse mediante la asignación de una renta vitalicia o de los productos de determinados bienes. Ello, a lo más, serviría para invalidar el recurso al artículo 1.056, párrafo 2.º, dado que en él no hay otra forma de conmutación más que la entrega en metálico. Pero nos quedaría el supuesto del artículo 840, párrafo segundo, en el que existe la posibilidad de conmutar por dinero u otros bienes de la herencia. Sin embargo, el hecho de carecer ésta de metálico no hace imperativa la entrega de bienes para conmutar, según se estima generalmente.

CONMUTACION DEL USUFRUCTO LEGAL POR LOS PRODUCTOS DE DETERMINADOS BIENES

El artículo 839, siguiendo el artículo 819 del Código italiano de 1865, menciona entre los medios solutorios la asignación al cónyuge de «los productos de determinados bienes». Eludiendo, sin embargo, nuestro legislador toda referencia al carácter *hereditario* de tales bienes, se separa del susodicho artículo 819, el cual indicaba que se darían al cónyuge los frutos o productos «de bienes inmuebles o capitales hereditarios».

La doctrina se ha planteado la cuestión del significado que ha de atribuirse a la expresión legal. Parece, a primera vista, que no hay diferencia entre el usufructo y el derecho del cónyuge a los productos de determinados bienes. El usufructuario hace suyos los frutos de la cosa. Cicu cree que la expresión ha de ser entendida como «asignación de los bienes sobre los que recaerá el usufructo, por ello, como determinación concreta de la cuota de usufructo (de ahí que los bienes o capitales han de ser hereditarios), con la sola diferencia frente al caso de división verdadera y propia, que la determinación de los bienes... se deja a la elección de los descen-

(48) *Fundamentos de Derecho Civil*, V-3.º, Barcelona, 1964, pág. 527.

dientes legítimos (en nuestro caso herederos)» (49). En la misma línea, Santoro-Passarelli dice que no basta la cesión o delegación de frutos civiles, sino que asegurar al cónyuge viudo, es necesaria la constitución de usufructo (50). En igual sentido D'Avanzo (51).

Pero no estimamos satisfactorias tales opiniones, porque pugnan abiertamente con la finalidad del precepto. Si se trata de evitar precisamente el gravamen usufructuario, a costa de la intangibilidad cualitativa de la legítima del cónyuge, carece de sentido que el legislador enumere como solutorio la constitución de ese derecho real. Ninguna justificación tendría entonces que los herederos, si se acepta que es potestativo de ellos la elección del medio de pago, señalasen los bienes que serían afectados por el gravamen real, prescindiendo de las reglas generales de la partición.

Se impone, pues, buscar una interpretación que armonice con la *ratio* del artículo 839. Una idea útil la suministra Manresa, al afirmar que «los bienes determinados que debiera disfrutar el viudo pueden quedar en poder de los herederos con la obligación de satisfacer a aquél sus productos» (52). Es decir, que el viudo no tiene *posesión* de los mismos como el usufructuario, ni los usa, sino que tiene derecho a exigir únicamente sus productos. Con razón pensaba Charrín que los herederos, respecto a esos bienes, debían llevar una cuenta especial de administración (53).

La amplitud del Código al señalar «los productos de determinados bienes» permite estimar que ni tienen forzosamente que ser frutos naturales. Cabe la cesión de rentas, cánones, etc.

Sin embargo, la teoría que ve en la expresión «productos de determinados bienes» la facultad de los herederos de asignar al cónyuge determinados bienes para que los usufructúe, si pugna con una interpretación finalista del artículo 839, no carece de cierta razón en el aspecto práctico. Busca así la manera de librar al cónyuge de los peligros que cierra la cesión de frutos permaneciendo la titularidad de los bienes en manos de los legitimados para conmutar. Es evidente que la cesión de frutos no impide la enajenación de los bienes de donde éstos emanan, y, en consecuencia, la burla de los derechos sucesorios del cónyuge. Ello nos lleva a afirmar que la elección de este medio solutorio tiene que ir acompañada de las garantías suficientes, fundamentándonos en las razones que a continuación exponremos para matener la necesidad de asegurar la renta vitalicia cuando a través de este medio se actúe la conmutación.

Mezquita, pese a negar que estemos en presencia de un usufructo, y decir que todas las ventajas del uso, de la plena propiedad de la

(49) *Succesione...* cit., pág. 126.

(50) *Saggi...* cit., pág. 719.

(51) *Delle successioni*, tomo II, Firenze, 1941, pág. 470.

(52) *Comentarios...* cit., pág. 484.

(53) Sobre interpretación del artículo 838 del Código Civil; *Boletín de la Revista General Leg. y Jur.*, 1892, tomo 92, págs. 466 y ss., cit. por MEZQUITA, *La conmutación...*, pág. 308.

cosa matriz quedan para los herederos titulares de la facultad conmutativa, eliminando la vecindad del cónyuge usufructuario, agrega: «Por lo que se refiere a las garantías, creemos que no las necesita, por entender que, aunque no sea un usufructo, sí es un derecho real, que a sí propio se asegura, pudiendo reclamarse el abono de los productos de cualquier tercero adquirente. Esta modalidad solutoria no se diferencia de la renta sólo en la natural variabilidad de los productos y en su periodicidad menos rigurosamente fija, a modo de censo o carga real vitalicia... Se sobreentiende la sujeción o carga real de los bienes determinados: a nuestro juicio, incluso se induce, *a sensu contrario*, del párrafo 2.º del artículo 838 (839); ya que si *mientras esto no se realice* quedan afectos *todos los bienes de la herencia*, realizada por este medio la conmutación quedarán afectos, no todos, *pero sí los determinados bienes cuyos productos sean asignados como pago*» (54).

No parece, a nuestro juicio, que la expresión legal indique *necesariamente* que el cónyuge sea titular de un derecho distinto del usufructo, de carácter real además. De ser así quedaría desdibujado, impreciso en sus contornos, y, con seguridad, de muy difícil acceso al Registro. Lo mismo podría ser un censo vitalicio (55), que una anticresis (a pesar de que ésta se refiere a inmuebles y el artículo 839 no hace ninguna distinción en cuanto a los bienes), etcétera. Con razón estimaba Scaveola que «no encaja exactamente esta prestación en ninguno de los tipos jurídicos clasificados en el Código» (56).

Por otra parte, excede evidentemente de la finalidad del párrafo 2.º la interpretación de Mezquita, prolongando su efecto más allá de la conmutación, garantizando siempre su efectividad. Además, en otra ocasión él mismo lo reconoce al afirmar: «Y no cabe entender que el usufructo genérico a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 838 se mantenga durante todo el curso de la renta (vitalicia), hasta su extinción, como garantía. Tal interpretación sería absurda e ignorante de los legítimos derechos de terceros, generando además una situación económica y jurídica en la propiedad infinitamente más grave que la que se quiere evitar con la conmutación» (56 bis).

CONMUTACION MEDIANTE RENTA VITALICIA

El artículo 839 sigue también en esto al Código italiano de 1865, pero con la fundamental y básica diferencia de que mientras el artículo 819 del mismo habla del «aseguramiento de una renta vitalicia», nuestro legislador no menciona como necesario el asegu-

(54) *La conmutación...* cit., pág. 308.

(55) Vid. sobre esta figura, VALLET, *Estudio sobre derecho de cosas y garantías reales*, Barcelona, 1962, págs. 105 y ss.

(56) *Código...* pág. 731.

(56 bis) *La conmutación...*, pág. 303.

ramiento. «Y sin embargo —dice con razón Mezquita (57)—, el fundamento de tales garantías resalta al pensar que, mediante la conmutación, un derecho real como el usufructo se sustituye por un derecho crediticio como es la renta vitalicia, cuya efectividad depende de la solvencia del o de los deudores. De aquí que la doctrina italiana, francesa y belga, con práctica unanimidad, consideren que la constitución de garantías bastantes es verdadera *conditio iuris* de esta conmutación; que el cónyuge debe intervenir en la calificación de su suficiencia, ya que no puede exigir las de una clase determinada, como incluso algunos han pretendido aisladamente, y que el consentimiento de dicho cónyuge reviste en este punto toda la trascendencia negocial o cuasi-negocial de que carece en la decisión de la conmutación en sí misma. Es más: como dicen Baudry-Lacantinerie y Whal, esta decisión judicial nunca podrá resolver que no son necesarias garantías ningunas, ya que su existencia la da por presupuesta expresamente la Ley, sin excepción».

No obstante, si bien esta doctrina no es aplicable a nuestro Derecho, cabe que se produzcan estos efectos indirectamente. En efecto, si entendemos que la elección del medio de pago entre los fijados en el artículo 839 es producto de un acuerdo entre los legítimos y el cónyuge, y que sólo a falta de acuerdo la autoridad judicial decide la forma de pago que estime «más justa y equitativa» (s. de 28-6-62), cuando el cónyuge pida garantías de la renta vitalicia y no quieran los herederos dárselas, el desacuerdo no podrá ser dirimido imponiendo al cónyuge la renta vitalicia no garantizada, porque no sería «justo ni equitativo». Si, por el contrario, es producto de la voluntad unilateral de los herederos, éstos no podrán imponer al cónyuge la conmutación por renta vitalicia no garantizada, acogiéndose al carácter taxativo del artículo 839, que no lo autoriza expresamente. El amplio margen de discrecionalidad que la doctrina y jurisprudencia conceden a la autoridad judicial evita aquella imposición. Además, de poco serviría rodear a la conmutación de todas garantías para eliminar el peligro de los perjuicios al cónyuge viudo, concediéndole derecho a intervenir en las operaciones necesarias para determinar la equivalencia con su usufructo, si posteriormente queda burlado en sus derechos al no satisfacerle el obligado la pensión. Por último, y aunque este argumento nos sirve tanto para el caso de que se acepte la concurrencia del viudo en la elección del medio de pago como si es unilateral de los herederos, también es común el siguiente: Si la sentencia de 20 de diciembre de 1911, precisamente para que el viudo no pierda la posición económica que tenía en el matrimonio, autoriza al Juez para imponer la conmutación cuando el usufructo vaya a recaer sobre bienes improductivos, a fin de que la finalidad del mismo no desaparezca, sería paradójico que se consintiera en una conmutación por renta vitalicia, que el no estar garantizada haría ilusorio el derecho del cónyuge, con posterioridad, quizá.

(57) *La conmutación...*, pág. 303.

Problema completamente distinto es el relativo a un desacuerdo respecto a las formas concretas de garantía. Entonces la autoridad judicial sería la llamada a decidir sobre «la más justa y equitativa».

Por lo que respecta a las normas por las que se regirá esta renta vitalicia, una vez constituida la doctrina aplica las generales del contrato de renta vitalicia, con las debidas matizaciones —se advierte siempre— en razón de la naturaleza de la figura que surge. Parece que, ante todo, habrá que estar a lo convenido por las partes.

Especial atención merece el artículo 1.085. Scaevola dice que se aplica «en la parte de que el no pago de la pensión vencida de derecho a reclamarla judicialmente y a solicitar el aseguramiento de las futuras» (58). Mezquita entiende, con razón, que «si para la renta vitalicia contractual se admite siempre que el pensionista pueda exigir el aseguramiento de las anualidades futuras, estableciéndose por ende una garantía legal, aunque no se concrete en forma de hipoteca, la anomalía reclama sobreentender en nuestro caso la misma facultad del viudo pensionista, ya que para ella existe no ya igual, sino superior fundamento e idéntica situación jurídica final» (59).

Pero la cuestión no se centra sólo en las exigencias de garantía de la renta por el viudo con anterioridad al impago (es decir, como garantía de la conmutación), sino en la posible eficacia de la cláusula resolutoria expresa de la renta, que el Tribunal Supremo ha reconocido como válida (60), cuando así se ha convenido y se produce el evento que la dota de eficacia. La posición negativa en torno a la eficacia de la cláusula se asienta, o puede asentarse, sobre las siguientes consideraciones:

a) Como la conmutación es un acto de partición, y la rescisión de ésta no puede seguirse más que en los casos previstos por la ley expresamente, el único camino a seguir es el de exigir el pago de la renta mediante las garantías que haya obtenido (61).

b) Si, según la sentencia de 28 de marzo de 1924, una vez practicada la partición definitiva no puede procederse a la conmutación, porque la adjudicación de los bienes en usufructo no tendría carácter permanente, a *sensu contrario* tampoco cabe revivir el usufructo legal que desapareció al conmutarse. Entonces lo que no tendría carácter definitivo sería lo adjudicado a los herederos conmutantes.

c) Si como dice Scaevola (62) «en el caso del artículo 838 (839), no hay transferencia de bienes y sí sólo obligación de satisfacer una pensión; en esto se iguala al acto jurídico del artículo 1.080 y se diferencia en lo de la transferencia», pudiera pensarse que siendo la cláusula resolutoria medio dirigido a la recuperación de los bienes muebles o inmuebles entregados al deudor de la renta, y no exis-

(58) Código..., pág. 731.

(59) La conmutación..., págs. 305-6.

(60) Ss. de 13-V-1959; 14-X-1960.

(61) BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des successions*, tomo I, París, 1905, pág. 488.

(62) Código..., pág. 730.

tiendo ninguna transferencia en la asignación de la renta vitalicia al amparo del 839, no cabe la citada cláusula.

Sin embargo, un análisis detenido de estos argumentos nos convencen de su debilidad para negar la posibilidad de pactar la resolución de la conmutación ante la falta de pago de las pensiones.

En efecto, aun aceptando que la conmutación sea propiamente un acto particional, los argumentos a) y b) tienen el inconveniente de dar un valor absoluto y radical al artículo 1.068 del Código civil. Tenemos un supuesto en el que se hace una adjudicación a un coheredero que tiene obligación de abonar su legítima en metálico a los demás: el párrafo segundo del artículo 1.056. Preguntándose Cámara por la acción del coheredero no satisfecho dice: «La eficacia propia de toda participación testamentaria, en virtud de la cual el adjudicatario de los bienes herenciales resulta «prima facie» adquirente de los mismos (cfr. art. 1.068 del Código civil), no se opone a que su titularidad quede, hasta que el pago se realice, pendiente de resolución, parcialmente al menos. Como tampoco la adquisición de la propiedad de bienes específicos legados impide que, por obra de la acción de reducción, el legatario pierda en todo o en parte la propiedad adquirida» (63). No vemos razón para no aceptar tal doctrina en nuestro caso, y tanto más, cuanto que la resolución se impone expresamente.

Por último, queda por observar el argumento derivado de la falta de transferencia al deudor de la renta. Si bien es cierto que en un sentido estricto el viudo no *transfiere* a cambio de una pensión, no lo es menos que los herederos gozan de un beneficio como consecuencia de la desaparición del gravamen que ha sido conmutado. No parece justo que siga ese beneficio sin el pago de la renta fijada como medio de aquella conmutación.

Ahora bien, el usufructo legal no podrá volver a recaer sobre los bienes que componían la porción de herencia gravada con él, sino solamente en el caso de que los sujetos legitimados para la conmutación, y que la efectuaron, los tengan en su poder o en la medida en que todavía se conserven en su patrimonio, salvo los efectos en cuanto a tercero de la constancia registral de la cláusula resolutoria expresa, que afecta a su titularidad plena sobre los mismos.

Interesa señalar, por último, la admisión de la eficacia de la cláusula *rebus sic stantibus* para revalorizar las rentas vitalicias que nacen de la conmutación del usufructo viudal. El Tribunal Supremo lo acepta en la sentencia de 23 de noviembre de 1962.

EL PÁRRAFO 2.º DEL ARTICULO 839

Determina que: «mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge». Párrafo que procede igualmente del Có-

(63) *El pago...*, pág. 877.

digo italiano de 1865 (art. 819), que señalaba más concisamente que el cónyuge conservaba su derecho de usufructo sobre todos los bienes hereditarios.

Ha sido enorme la discusión en la doctrina en torno a la interpretación del precepto legal, tanto en la italiana como en la española. En un principio, se buscó el camino de las garantías reales para proteger al cónyuge viudo, con trascendencia en la Ley Hipotecaria. En la reforma de 1909 se concedió al cónyuge viudo derecho a exigir anotación preventiva. Dice la sentencia de 16 de noviembre de 1929 declaró que el cónyuge viudo era un heredero forzoso «con todos los derechos y deberes de tal por lo que representan créditos activos o pasivos del capital hereditario. Y esto se deduce de todo el articulado referente a esta materia. Pero muy especialmente del artículo 838 (839), que tanto quiso favorecer los derechos del cónyuge viudo que creó una hipoteca general, y como estaba en contradicción con nuestro sistema hipotecario, se convirtió en una anotación preventiva del artículo 42 de la vigente Ley Hipotecaria». Afortunadamente ha desaparecido del actual artículo 42 la anotación preventiva del cónyuge viudo por innecesaria. Sus derechos se encuentran perfectamente salvaguardados con la legitimación activa que se le reconoce en el juicio de testamentaria, con sus derechos a pedir e intervenir en la partición, y sobre todo, con la nueva concepción imperante sobre el párrafo 2.º del artículo 839. En él se ve que el cónyuge hasta la partición, o en su caso, hasta la conmutación, tiene un usufructo que recae indefinidamente sobre los bienes de la herencia. Poco importa que tales bienes pasen a poder de tercero. Este los adquirirá necesariamente con la carga del usufructo.

El párrafo 2.º dice que «mientras esto no se realice». Hay que entender que se refiere a la asignación del medio solutorio. No entra en juego la garantía, según hemos visto en páginas anteriores, mientras dure la obligación de pago de la renta o de la entrega de productos determinados, o mientras no se satisfaga el capital en efectivo. No hay que olvidar que la intervención del cónyuge, o de la autoridad judicial en su caso, en la conmutación, hará que se asegure ésta con propias y específicas garantías acordadas. Sin embargo, y por lo que respecta al pago del capital en efectivo, teniendo en cuenta la relación entre conmutación y partición, se puede sostener que la adjudicación de los bienes que deben ser gravados con el usufructo a los herederos depende del pago de ese usufructo.

