

LA SATISFACCIÓN DE LA LEGÍTIMA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. PANORAMA JURISPRUDENCIAL¹

Manuel Espejo Lerdo de Tejada

Universidad de Sevilla

manuelespejo@us.es

Recibido: 25/04/2020

Aceptado: 25/05/2020

Resumen

La regla general en derecho español es que los herederos forzosos, descendientes o ascendientes reciban bienes de la herencia en pago de su derecho; y en lo que se refiere al cónyuge viudo, el derecho hereditario forzoso viene concretado en un usufructo sobre una parte de la herencia. Se analizan aquí, en primer lugar, los casos excepcionales en que el testador puede lograr que los herederos forzosos perciban dinero no hereditario; y, en segundo lugar, los modos de conmutar el usufructo del cónyuge viudo por otro modo diferente de percepción. Finalmente, se dedican también unas páginas a la posibilidad reconocida al testador por el artículo 831 del Código Civil de encomendar al cónyuge viudo la facultad de distribuir la herencia como estime conveniente entre los descendientes comunes y la medida en que esta facultad puede afectar a la legítima de estos últimos.

Palabras clave: herencia, legítima, pago, usufructo, cónyuge, descendientes, facultades.

The satisfaction of the forced shares in the Spanish Civil Code. Case law overview

Abstract

The general rule in Spanish law is that forced heirs, descendants or ascendants, receive assets from the estate in payment of their right; and, as far as the widowed spouse is concerned, the forced inheritance right is specified in a usufruct over a part of the estate. This paper examines,

1 El presente trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación SEJ584: “Sociedad, Mercado y Derecho”. Habida cuenta de que se ha realizado en una estricta situación de confinamiento, no ha sido posible el acceso a toda la bibliografía pertinente, por lo que se ha optado por realizar una exposición exclusivamente jurisprudencial. Se deben citar como obras generales sobre la legítima en el Código Civil español de las que depende este escrito las que figuran en la bibliografía.

firstly, the exceptional cases in which the testator can ensure that the forced heirs receive money that is not inherited and, secondly, the ways in which the widowed spouse's usufruct can be exchanged for a different form of entitlement. Finally, there are also a number of pages focusing on the possibility recognized to the testator by article 831 of the Civil Code of entrusting the widowed spouse with the power to distribute the estate as he or she sees fit among the common descendants, and the extent to which this power can affect the forced shares of the latter.

Key words: inheritance, forced shares, payment, usufruct, spouse, descendants, faculties.

1. El pago en metálico de la legítima de los descendientes

1.1. Supuestos y requisitos

La percepción de los derechos que la ley concede con carácter imperativo a los legitimarios debe realizarse por regla general con bienes pertenecientes a la herencia, pues el artículo 806 del Código Civil (CC) define “la legítima” como porción de bienes de la que el causante no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, que se llaman, por ese motivo, “herederos forzosos”.² Por esta concreta razón, el contador-partidor nombrado en el testamento carecería de la facultad de satisfacerla en bienes no hereditarios,³ pues un poder jurídico de este tipo no tendría naturaleza participacional.

No obstante, este rasgo característico de la legítima solamente tiene carácter

2 Sentencia del Tribunal Supremo, 28 mayo de 1958 [RO]: STS 1513/1958: “Por regla general, [...], el derecho de los legitimarios así ha de tener en cuenta el volumen cuantitativo de las cuotas como los bienes de la herencia que han de adjudicarse para su pago”; y 31 marzo de 1970 [RJ 1970/1854]: “A la recurrente le fueron adjudicados los inmuebles [...] del inventario y una cantidad, en metálico, compensatoria de valores, por lo que fue respetada la intangibilidad cualitativa de su legítima, ya que en nuestro Ordenamiento jurídico, [...] ha de ser abonada con bienes de la herencia, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios”.

3 Se refiere, en concreto, al metálico extrahereditario la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN), 13 mayo de 2003 [RJ 2003/4477]. En ella, el contador-partidor había hecho “la asignación de todos los bienes de la herencia a uno de los interesados imponiéndole la obligación de pagar los derechos correspondientes a los otros interesados en metálico”, lo que para la RDGRN “implica un acto de disposición [...] que no puede entenderse comprendida entre las [facultades] de partir que al contador partidor le vienen asignadas por la Ley en su condición de tal. Otro tanto cabría decir del derecho de los legitimarios, intangible no sólo en el aspecto cuantitativo sino también en el cualitativo que, por más que de naturaleza discutida en Derecho común, no puede el contador partidor cambiar por un conflicto frente a las herederas so pena de desvirtuarlo completamente, algo que el legislador ni tan siquiera permite en el caso de que el testador lo imponga o autorice (cfr. artículo 841) si no es con consentimiento de los afectados o aprobación judicial (artículo 843), amén del necesario respeto de otra serie de garantías como los plazos preclusivos de todo el proceso de partición y pago”. Debe advertirse que la competencia para aprobar la partición prevista en el artículo 843 del CC hoy viene atribuida al secretario judicial o al notario y no al juez, competente hasta las reformas del año 2015.

natural y no imperativo, como demuestran varios preceptos del Código que regulan diversos supuestos en los que el testador puede sustituir la percepción *in natura* por la atribución de metálico extrahereditario. En suma, el sistema legitimario español muestra, de este modo, un nuevo ejemplo de flexibilidad al conceder al causante no solamente la facultad de elegir aquellos bienes de su patrimonio que quiera atribuir al legitimario por cualquier título,⁴ tal como pudiera ser la donación o el legado de cosa propia del causante, sino incluso la de imponerle que perciba dinero extrahereditario en los casos y términos específicamente regulados.

Primeramente, esto sucede cuando se dan diversos presupuestos de carácter objetivo, contemplados en los artículos 821, 829 y 1056.2 del CC.

En el primer supuesto, se prevé que el testador haya realizado un legado a un extraño que esté sujeto a reducción por lesionar la legítima. Pues bien, contra la regla general que establece la reducción *in natura*, en este caso, si el legado consiste en una “finca que no admita cómoda división” (artículo 821 del CC), la reducción del legado y la satisfacción del legitimario a cargo del legatario podría hacerse en metálico, siempre que la reducción no absorbiera la mitad del valor de la finca.⁵

En el segundo caso, se regula la mejora a un descendiente en una “cosa determinada” (artículo 829 del CC), supuesto en que si el valor de la cosa desbordara la parte disponible, la satisfacción de la legítima perjudicada puede hacerse en metálico.

Finalmente, en el tercer supuesto, el testador puede atribuir parcialmente sus bienes. Si se diera el caso de que la atribución parcial excediera del valor de la cuota y perjudicara la legítima de otros herederos forzosos, siempre que recaiga sobre una “explotación económica” o “sociedad de capital” que se quiera mantener indivisa en interés de la misma explotación y de la familia, la satisfacción de la legítima también puede hacerse en metálico (artículo 1056.2 del CC).⁶

4 Cfr. artículo 815 del CC.

5 En la Sentencia del Tribunal Supremo, 19 julio de 1982 (RJ 1982/4256) se aplica la misma regla de reducción cuando afecta a una finca donada, ya que según el artículo 654 del CC la reducción de las donaciones se realizará siguiendo las normas previstas para los legados. Por tanto, cuando se haya acreditado la indivisibilidad de la misma finca, la reducción podría hacerse en metálico, que es lo que procedía en el caso de esta Sentencia del Tribunal Supremo.

6 El tratamiento de estas tres hipótesis no será objeto de este trabajo, pues se refieren a instituciones que requerirían una atención específica más extensa de la que en estas páginas podríamos dedicarle, como son la reducción de legados, la mejora (es decir, la posibilidad de que el testador dentro de la

En segundo lugar, los artículos 841-847 del CC prevén el pago en dinero de la porción hereditaria de los legitimarios sin que se requiera la concurrencia de circunstancias objetivas como las que acabamos de analizar. En la rúbrica de la sección sí se precisa que se trata de pago “en casos especiales”, pero esa especialidad no viene marcada por características particulares del contenido objetivo de la herencia, como podemos comprobar en el artículo 841 del CC, que simplemente dispone que:

El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios.

También corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto del párrafo anterior al contador partidor dativo a que se refiere el artículo 1057 del Código Civil.

Por supuesto, se trataría de pagar con dinero extrahereditario,⁷ pues si fuera hereditario, al testador le bastaría ordenar un legado dinerario en pago de la legítima, posibilidad amparada por la regla general del artículo 815 del CC. Y también, entonces, sin necesitar una previsión específica del testador, el contador-partidor podría adjudicar el dinero a cualquiera de los coherederos como expresión de su facultad de realizar la partición.

En algún supuesto concreto es difícil calificar qué marco normativo de entre los expuestos rige el pago en metálico,⁸ con las dificultades de régimen y efectos que ello puede provocar.⁹ Y es que los artículos 841-847 del CC vienen a exigir

legítima global de los descendientes introduzca diferencias cuantitativas y cualitativas entre los legitimarios) y la partición hecha por el causante.

- 7 En este sentido, ver Sentencia del Tribunal Supremo, 18 julio de 2012 (RJ 2012/8364): “El heredero o contador partidor autorizado para pagar las legítimas en dinero, puede hacerlo con dinero no hereditario [...] no se requiere que el dinero que sirve para pagar la legítima forme parte del caudal relicto, teniendo en cuenta, además, el carácter fungible del dinero”; y 22 octubre 2012 (RJ 2012/10413): “Compensando a los demás legitimarios con dinero no herencial”. También se hace eco de esta postura jurisprudencial la RDGRN, 18 julio de 2016 (RJ 2016\4601).
- 8 Cfr. SAP Castellón, 28 mayo 2013 (JUR 2013/266265). En ella, es precisamente el adjudicatario de metálico quien pretendía que se le pagara así y no con bienes hereditarios, pues consideraba que la disposición testamentaria, al decir que el pago en metálico se establecía “para evitar que se perjudique la rentabilidad de las fincas”, suponía una remisión a lo establecido en el artículo 1056.2 del CC, que obligaba al adjudicatario al pago en metálico y no solo le daba esa facultad.
- 9 Como se aprecia en la Sentencia del Tribunal Supremo, 9 diciembre de 2010 (RJ 2011/1415). En el testamento se incluía una cláusula del siguiente tenor: “La finca de campo que posee en este término el pago Palomar [...], se adjudique, por considerarla indivisible a sus tres hijos que son los

unos especiales requisitos para que el pago en metálico sea posible; especialmente las notificaciones que deben hacerse en unos determinados plazos,¹⁰ que, por el contrario, esas otras normas no contemplan en absoluto.¹¹ Hay que pensar que las especiales cautelas que se exigen en el supuesto de los artículos 841-847 del CC se adoptan precisamente por la ampliación o generalización de la facultad de pago en metálico que esas normas suponen, y, por tanto, son aplicables solamente al supuesto especial de los artículos 841-847 y no a los demás casos. Así parece deducirse también de los propios artículos 845 y 846. No obstante, no parece haber sido este el planteamiento del legislador en la reforma del artículo 1056 operada en el año 2003, que se inclinó a pensar que los artículos 841-847 son aplicables al caso del artículo 1056.¹²

Los artículos 841-847 regulan una facultad de pago en metálico concedida por el testador a los coherederos que sean escogidos como adjudicatarios de bienes, de la que estos pueden no hacer ejercicio;¹³ así, según el artículo 842 del CC,

que la llevan, llamados don Cipriano, doña Genoveva y doña Edurne, por partes iguales, [...] y a los cuales se les hará esta adjudicación en pago de todo o parte de los derechos que tienen en la sucesión, compensando a los restantes herederos en efectivo con la cantidad suficiente para cubrir la legítima estricta de los mismos”.

10 Cfr. artículos 843 y 844.1 del CC.

11 Cfr. artículos 821, 829 y 1056.2 del CC.

12 La SAP Cádiz, 23 de marzo de 2007 (JUR 2007/172616), partió también de esta aplicación general de los artículos 841-847 del CC (incorrecta a nuestro juicio) y afortunadamente fue casada por la Sentencia del Tribunal Supremo, 9 de diciembre de 2010 (RJ 2011/1415). Por tanto, de momento hay que estar a la idea sostenida por esta última sentencia, que ya hemos analizado en la nota 8.

13 En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, 22 de octubre 2012 (RJ 2012/10413), afirmó: “En este supuesto, a diferencia de lo previsto en el artículo 1056 del Código Civil, y pese al mero tenor literal del artículo 841, el testador o, en su caso, el contador-partidor expresamente autorizado, en rigor, no está ordenando imperativamente la conmutación del pago de la legítima, sino facultando a alguno o algunos de sus hijos o descendientes para que, si así lo quieren (842 del Código Civil), se adjudiquen todo o parte del caudal relicto, compensando a los demás legitimarios con dinero no herencial. Con lo que el pago en metálico de la legítima viene a constituir una facultad y no una carga del heredero llamado en principio a quedarse con los bienes del caudal relicto”. También SAP Castellón, 28 de mayo 2013 (JUR 2013/266265), ya analizada en la nota 7. No obstante, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 22 de septiembre de 2017 (RJ 2017\4387), dejó abierta la posibilidad de que se ordenara por el testador el pago en metálico, al decir que “en el supuesto de este expediente, más que una facultad de pago de legítima en metálico, lo que ha dispuesto la testadora es una orden, y aunque en puridad se pague la legítima en metálico, los herederos que deben hacerlo carecen de elección y deben cumplir la voluntad de la testadora. Pero esto no debe impedir que la legitimaria tenga sus garantías y protección legal en los mismos términos que la facultad del 841 del Código Civil”. Pero que una disposición testamentaria de ese tenor haya sido eficaz, en cuanto voluntariamente cumplida y no impugnada por los legitimarios a quienes se les atribuyeron los bienes, no prejuzga que sea plenamente válida como auténtica obligación exigible, lo cual sería discutible fuera de los casos que legalmente autorizan esa hipótesis.

cualquiera de los hijos o descendientes obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria de sus hermanos podrá exigir que dicha cuota sea satisfecha en bienes de la herencia, debiendo observarse, en tal caso, lo prescrito por los artículos 1058 a 1063 de este Código.

Por su parte, el legitimario perceptor de dinero no puede propiamente exigir el pago en metálico.

En cambio, los artículos 829 y 1056.2 del CC no reconocen una simple facultad del adjudicatario, sino una obligación impuesta por el testador; mientras que en el artículo 821, si el legatario no quisiera usar del derecho a pagar en metálico, la finca se vendería en pública subasta a instancia de cualquiera de los interesados.

En tercer lugar, hemos de añadir que aunque el mecanismo de los artículos 841-847 constituye la autorización más general y amplia que dedica el CC al pago en metálico, en la práctica no es tan frecuente su utilización a juzgar por el escasísimo número de referencias jurisprudenciales. Quizá, las importantes dudas exegéticas que plantean estos artículos, su deficiente redacción y la consiguiente inseguridad en su aplicación hacen poco atractivo recurrir a ellos. Además, en la práctica, el causante puede lograr una finalidad parecida si distribuye sus bienes entre los descendientes mediante actos *inter vivos*. Así, por vía de la colación, el donatario deberá compensar en metálico a los demás legitimarios si no existen otros bienes de similar naturaleza en la herencia;¹⁴ siempre que, en este caso, el donante haya dejado clara su voluntad de que el donatario colacione, lo que puede hacer imponiendo una carga a la donación para evitar que el donatario eluda la práctica de la colación repudiando la herencia. Otra posibilidad que tiene el causante es la distribución de los bienes entre los descendientes mediante una partición realizada por él, con lo que se asegura el necesario respeto a su voluntad en cuanto al modo de distribuir los bienes entre los legitimarios (artículo 1056.1 del CC), aunque, en este caso, el pago en metálico no está contemplado más que para el supuesto especial de que exista una explotación económica o una sociedad de capital que el causante quiera conservar indivisa (artículo 1056.2 del CC).

14 Cfr. artículos 1045, 1047 y 1048 del CC.

1.2. La conmutación de la legítima por metálico en los artículos 841-847 del CC

1.2.1. Presupuestos de aplicación

1.2.1.1. Presupuesto subjetivo: la pluralidad de hijos o descendientes

El adjudicatario de los bienes, facultado a satisfacer en metálico la porción hereditaria de los demás, solamente puede ser un hijo o descendiente, pero no un extraño, ni un ascendiente ni el cónyuge del causante. No obstante, el artículo 831 del CC permite que el causante confiera a su cónyuge facultades sobre las legítimas de los descendientes comunes que son más intensas desde el punto de vista cualitativo y también cuantitativo, como veremos en el último apartado de este trabajo.

Por otra parte, la posibilidad de pago en metálico se refiere solamente a la legítima de los descendientes, aunque en la doctrina a veces se ha propuesto la aplicación analógica a la legítima de los ascendientes. En lo que se refiere a la legítima del cónyuge viudo, existe una norma que permite la conmutación por voluntad de los herederos¹⁵ y, en un caso especial, por voluntad del cónyuge (artículo 840 del CC); por ello, entendemos que, *a fortiori*, el sistema permitiría que la conmutación se realizara por disposición del causante.

¿Sería factible que un heredero extraño percibiera bienes de la herencia imputables al tercio libre, y que la facultad de pago en metálico funcionara a cargo de los legitimarios que percibieran los demás bienes de la herencia? Pese a que ello se ha negado, no vemos obstáculos especiales: no se olvide el tenor literal de los artículos 845 y 846 del CC, que proclaman la preponderancia de la voluntad del testador, y que, en este caso, el pago de la legítima no queda a cargo del extraño, sino de los legitimarios adjudicatarios de los bienes, lo que parece que cumple con las previsiones legales.

Cabe preguntarse, finalmente, si el adjudicatario de los bienes puede ser un descendiente de ulterior grado que no sea legitimario, es decir, si un nieto cuyo padre o madre viva pueden recibir los bienes hereditarios, quedando obligados a satisfacer a los hijos del causante su legítima en dinero. Parece que sí,¹⁶ ya que

15 Cfr. artículo 839 del CC.

16 En este sentido, la SAP Madrid, 16 de noviembre de 2004 (JUR 2005/46511), ha afirmado que “El precepto ha sido objeto de diversas interpretaciones doctrinales en cuanto a su posible aplicación a los nietos. Sin embargo, la mejor doctrina, [...] es la de que el nieto puede también ser adjudicatario en el sentido del referido artículo 841. No es legitimario, pero puede ser mejorado y le pueden ser aplicables las prescripciones del artículo en cuestión, siempre que el testador se refiera explícitamente al mismo o a su contenido literal y específico. Se trata, como decimos, de una interpretación doctrinal con representantes muy notables [...]. Otros ponen de manifiesto que la dicción del artículo 842 del propio Código parece contradecir esa interpretación al hablar de que ‘cualquiera de los hijos o descendientes obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria a sus hermanos podrá

los nietos pueden ser incluso mejorados por su abuelo en vida del padre, y aquí hay mucho de elección de uno de los descendientes en detrimento de los otros aunque no haya propiamente mejora; por tanto, quien puede lo más, parece que podría también lo menos.

En la doctrina se ha planteado si la facultad de conmutar resulta transmisible *inter vivos* y *mortis causa* a los causahabientes del legitimario facultado para ello. Pensamos que sí: este poder jurídico no tiene carácter personalísimo que lo haga intransmisible.

1.2.1.2. Presupuesto voluntario

1.2.1.2.1. La necesidad de que el causante autorice la conmutación

La ley no exige que el causante autorice el pago en metálico en una forma determinada, lo que sí exige es que haya una manifestación expresa de su voluntad.¹⁷ Cabría que esa declaración se hiciera en testamento, lo más corriente en la práctica; pero también, de acuerdo con las previsiones del artículo 1056 del CC, cabría conferir esta facultad en acto *inter vivos* o, asimismo, autorizar al contador-partidor en el acto *inter vivos* en que se lo nombra.¹⁸

exigir que dicha cuota sea satisfecha en bienes de la herencia”. No obstante, la SAP consideró que para que ello fuera posible, la facultad de los artículos 841-847 del CC “debiera estar ordenada clara y terminantemente [...] por el testador”, lo que no sucedía en el caso de autos, ya que el testamento simplemente exponía “tras consideraciones históricas, sentimentales y familiares, la voluntad del testador -‘en cuanto sea posible’- de que se adjudiquen todas sus tierras a su nieto Rafael y a su hijo Augusto, padre de aquél [...]. Sin embargo, el contador-partidor testamentario, el ya fallecido Sr. Fidel, estimó que la adjudicación de las fincas al nieto Rafael no cumplía realmente la voluntad del testador, pues no cumplirían -ni él ni su padre- el deseo de aquél de mantener las fincas en la familia, deseo que quedaría frustrado por la venta de dichas fincas ‘ya contemplado desde antes de la misma adjudicación’”. Además, para reafirmar esa solución, estaba el hecho de que el contador-partidor testamentario había fallecido y se había procedido a la partición judicial de la herencia, y dentro de este procedimiento la “simple contadora-partidora de una partición judicial no tiene facultades para la adjudicación íntegra del único bien que se tenía que dividir”.

17 Por eso, en el caso de la SAP Valencia, 22 de marzo de 2019 (JUR 2019\149077), en la que el contador-partidor había “pretendido pagar en metálico la porción de la legítima de la demandante, modalidad de pago que no estaba recogida en el testamento, ni tampoco contaba con la facultad expresa que debía otorgarle el testador en virtud del artículo 841 CC”, se pudo llegar a la conclusión de que la partición estaba viciada de nulidad.

18 Cfr. artículo 1057.1 del CC. Según la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 18 de julio de 2016 (RJ 2016\4601): “Para que la partición del contador se sujete a lo establecido en los artículos 841 y siguientes es preciso que la autorización del testador se refiera al artículo 841, ya sea invocándolo numeralmente o bien refiriéndola al supuesto en él previsto, con sus propias palabras o con otras cualesquiera con sentido equivalente, aunque técnicamente sean impropias o incorrectas, o simplemente de significado distinto si por su sentido resulta indudable la intención del testador de conferir una autorización que encaje con el supuesto del artículo 841. Así

La determinación de la suma dineraria de la legítima se habrá de realizar necesariamente en un momento posterior a la muerte del causante (artículo 847 del CC) y corresponde concretarla al contador-partidor testamentario o al contador-partidor dativo si han sido nombrados, si no, a todos los coherederos. Pero si hay contadores, será necesario el acuerdo de los interesados con la liquidación que estos practiquen, contra la regla común que es dejar al margen a los herederos de la práctica de la partición. Con relación a este acuerdo de los coherederos, se precisa la aprobación del secretario judicial o del notario para dar valor a lo decidido por el contador-partidor.

En cuanto al precepto, cabe que el causante haya autorizado al contador-partidor testamentario o al dativo para efectuar la adjudicación a uno con la carga del pago en metálico. Es dudoso si el contador-partidor puede determinar quién entre los legitimarios es el adjudicatario o adjudicatarios de bienes y quién o quiénes deben percibir su legítima en metálico. Se ha dicho que su cometido es, simplemente, realizar el inventario, valorar y adjudicar los bienes y asignar el metálico a los sujetos que haya determinado el causante, con apoyo en la prohibición de hacer testamento por comisario (artículo 670 del CC) y en la prohibición de la delegación de la facultad de mejorar (artículo 830 del CC). Según esta explicación, la primera norma, pese a la excepción del artículo 671, no autorizaría la atribución de todos los bienes a uno solo de los llamados que elija el comisionado, aunque sea en calidad de compensar a los demás en dinero. La segunda norma también lo impediría, según esta misma opinión, porque en el artículo 841 habría una mejora cualitativa. Por tanto, es el causante quien debe designar a los adjudicatarios de los bienes y a los legitimarios que deben recibir su porción en dinero. A nuestro juicio, las razones no resultan plenamente convincentes, puesto que el pago en metálico es, en la concepción legal, una facultad de tipo particional y no un testamento por comisario ni una mejora. Ciertamente, lo más seguro será que el causante designe a los perceptores de los bienes, pero si no lo hace y le confía esa decisión al contador-partidor, parece de un rigor excesivo dejar sin efecto esta voluntad. Es más, en la historia de la elaboración del precepto hay un dato significativo: si bien en la propuesta de redacción del artículo 841 se exigía expresamente que el testador designara a los que percibirían los bienes, durante la tramitación parlamentaria dicho requisito se eliminó.

lo será en los casos en que el testador designe heredero universal a uno de los descendientes legitimarios o a varios, y legue a los demás legitimarios y mejorados la compensación que, para satisfacer sus respectivas legítimas, el instituido o los instituidos deban abonarles en metálico”.

En el caso de que la facultad de pago en metálico hubiera sido atribuida al contador-partidor, sea testamentario o dativo, las normas parecen dar a entender que el contador tampoco está propiamente obligado a ello, sino que tiene una simple facultad de hacer las adjudicaciones en metálico, pero puede también no hacerlas.

1.2.1.2.2. ¿Es necesaria la voluntad del causante si hay contador-partidor dativo?

Parte de la doctrina ha sostenido que el artículo 841.2 del CC autorizaría al contador-partidor dativo a realizar el pago en metálico, aunque el causante no se lo hubiera concedido, es decir, que contaría con esa facultad por concesión de la ley.¹⁹ No obstante, esta interpretación tiene un apoyo muy débil. En efecto, el párrafo segundo considera que el contador-partidor dativo se encuentra facultado para realizar el pago en metálico en el “mismo supuesto del párrafo anterior”, que exige la expresa orden del testador. Por eso parece necesaria esa voluntad expresa del causante, aunque sea del todo infrecuente en los casos en que procede el nombramiento de contador-partidor dativo. Otros autores consideran preciso que el secretario judicial, o el notario, autoricen al contador-partidor dativo para realizar las atribuciones en metálico a petición de los legitimados para solicitar su nombramiento. Se alega a favor de esta tesis que el artículo 80.2.b del Reglamento Hipotecario (RH) menciona la posibilidad de que exista un “documento público acreditativo de haberse conferido al contador-partidor dativo tal facultad”, frase que parecería permitir que la autorización al contador-partidor dativo no constara en el testamento. Sin embargo, una norma reglamentaria no puede prevalecer contra el tenor de la ley, sino más bien interpretarse de acuerdo con esta. Además, el RH no dice que el documento al que se refiere proviene de la autoridad competente y podría tratarse de un documento del propio causante, o de todos los hijos o descendientes a los que la conmutación pudiera afectar. En suma, el precepto reglamentario no autoriza que, al realizar el nombramiento, el secretario judicial o el notario puedan atribuir la facultad de pago en metálico de la legítima.

La historia de la tramitación de la reforma del CC de 1981 apoya esta interpretación. El párrafo segundo del artículo 841 se introdujo en el texto legal

19 En este sentido, parece que decide la SAP Ciudad Real, 29 de septiembre de 2003 (JUR 2004/48042), pues era imposible en su caso que el testamento, otorgado previamente a la entrada en vigor de los artículos 841-847 del CC en su actual versión, hubiera previsto el pago en metálico cuando antes no se reconocía esa facultad.

irregularmente, porque el texto de la norma ya había sido aprobado definitivamente con otro contenido y la modificación se añadió en la versión publicada (por una mano anónima), pero siguiendo el texto de una enmienda que no había sido aprobada y que se había justificado así:

El tenor del proyecto parece dejar abierta la posibilidad de que cuando el contador-partidor sea dativo, pueda ejercer la facultad de pago en metálico sin existir autorización del testador a tal efecto. La redacción propuesta en esta enmienda cierra el camino a esta eventual interpretación, a la vez que elimina la distinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales.

Por otro lado, no tiene sentido que el contador-partidor testamentario precise la expresa autorización del causante y que el dativo no. Los supuestos no son tan distintos como para merecer esta diversidad de tratamiento: a identidad de supuesto, debe corresponder una regulación similar; pero si cupiera distinguir, resultaría mucho más razonable entender implícita esta facultad en el contador testamentario, que cuenta con la confianza del testador que, en el dativo, ha sido nombrado sin su intervención.

Además, en el sistema del Código, la intangibilidad cualitativa de la legítima solo se excepciona cuando hay una expresa manifestación de voluntad del causante: así sucede en los artículos 808.3, 821, 829 y 1056.2. Quizá, alguien podría dudar de la conveniencia de la obligatoria percepción de las cuotas *in natura*; incluso cuando se trata de los herederos voluntarios, esta regla lleva a resultados tan absurdos como la del artículo 1062.2, en el que, en los casos de objetiva indivisibilidad de las cosas o desmerecimiento de su valor, no cabe obligar a un heredero a percibir su parte en metálico y que otro se quede con el bien indivisible, sino que cualquier heredero puede imponer la venta de la cosa en pública subasta. Estamos de acuerdo con que, en este caso límite, podría ser conveniente dotar al contador-partidor testamentario y al dativo de la facultad de obligar a los herederos a recibir dinero en lugar de bienes. Pero si se opinara así, sería necesario modificar esta norma; lo que no parecería justificado es destruir la coherencia del régimen del Código sobre la legítima, además con ocasión de unos preceptos que precisamente no están redactados pensando en las particularidades objetivas de los bienes, como hemos destacado al principio.

Debe tenerse en cuenta que no es contador-partidor dativo el nombrado en un procedimiento de división de herencia²⁰ ni tampoco el nombrado de mutuo

20 SAP Madrid, 16 de noviembre de 2004 (JUR 2005/46511), citada anteriormente.

acuerdo por los herederos.²¹ Por tanto, estos otros contadores no están facultados para pagar en metálico salvo que los herederos lo autoricen expresamente.

1.2.1.3. Presupuesto objetivo

Se ha planteado si resulta admisible que una parte de los bienes hereditarios se adjudique con la carga del pago en metálico y otra parte sin ella a los extraños, o incluso a unos legitimarios que se desentenderían del pago en metálico. La literalidad de la norma es clara en un sentido positivo: se pueden atribuir todos los bienes hereditarios o parte de ellos. Desde luego, es necesario, según el artículo 841 del CC, que el gravado con ese deber de pago en metálico sea un hijo o descendiente, por tanto, el extraño queda al margen de esa carga.

Cabe la duda de si quienes no estén gravados con la carga pueden ver revocadas sus atribuciones particionales por la aplicación del artículo 844.2 del CC en caso de impago de las legítimas conmutadas por metálico. A nuestro juicio, la partición no puede revisarse después, en cuanto se refiere a la porción de los herederos no gravados por el pago en metálico precisamente porque la hipótesis del precepto viene a ser una resolución por incumplimiento y el adjudicatario sin gravamen no habría incurrido en él. Por consiguiente, si en el futuro habría que hacer la partición del modo normal en aplicación del artículo 844.2, lo adjudicado sin el gravamen no entraría en la nueva partición.

1.2.2. La práctica de la conmutación

1.2.2.1. Comunicación de la opción de pago en metálico a los legitimarios

La decisión de realizar el pago en metálico por parte de los descendientes facultados para ello no producirá efectos si no se comunica a los perceptores de metálico en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión (artículo 844 del CC); se trata de un plazo de caducidad.

Es probable que el relativamente breve plazo legal esté justificado porque en las herencias destinadas a familiares próximos no es probable que pase mucho tiempo sin conocer el fallecimiento del causante y sin aceptar la herencia. Quizá sea mucho más difícil realizar en plazo la comunicación si la facultad se ha conferido al contador-partidor, sobre todo al dativo, pues su nombramiento puede dilatarse más allá de un año tras la sucesión.

21 Pese a que la SAP Ciudad Real, 29 de septiembre de 2003 (JUR 2004/48042), citada anteriormente, dice lo contrario.

La comunicación se ha dicho que debe realizarla cada heredero y no el contador-partidor facultado para realizar el pago en metálico,²² lo cual parece bastante discutible. A nuestro juicio, sería razonable pensar que la decisión de realizar una partición con pago en metálico podría hacerla el contador-partidor, y que los obligados a pagar en metálico podrían oponerse a ello según el artículo 842 del CC. Asimismo, dicha comunicación habrá de ser individual, expresa (no bastaría que el adjudicatario de los bienes se comportara como heredero único) y es conveniente que se realice de modo fehaciente.

Hay quien opina que los hijos adjudicatarios deberán presentar en ese mismo tiempo la propuesta de liquidación de la herencia con las sumas que deben abonarse, realizada con el consentimiento de todos ellos o, en su defecto, aprobada por el secretario judicial o el notario. Creemos que, a falta de una exigencia legal, la propuesta y aprobación puede realizarse perfectamente después de la comunicación a los legitimarios, siempre que el pago no se retrase más allá del plazo legalmente previsto para realizarlo.

1.2.2.2. Las operaciones particionales

1.2.2.2.1. Respeto a la voluntad del causante

Según el artículo 846 del CC, el pago en metálico no “afectará a las disposiciones particionales del testador señaladas en cosas determinadas”. Cabe pensar que la norma se refiere a la existencia de diferentes previsiones particionales hechas por el testador que pueden referirse a los legitimarios que deban percibir su porción en metálico, a los atributarios de los bienes y a los extraños. En cuanto a las primeras, habría que asegurar el respeto a la voluntad del testador por encima de todo, evitando que el adjudicatario o el contador-partidor puedan aprovechar la opción de pago en metálico para no tenerlas en cuenta, porque si el testador había previsto la atribución de un determinado bien a un legitimario aparte de lo que podría recibir en metálico como pago del resto de su cuota, deberá respetarse dicha voluntad. Con relación al segundo tipo de previsiones particionales, como se hicieron por el causante contando con que el pago en metálico iba a realizarse, si luego ello no es así y estas no dejan bienes suficientes para satisfacer la porción hereditaria de los otros legitimarios, habrá que dejarlas de lado al menos parcialmente. Puede suceder, no obstante, que se lleven a cabo: por ejemplo, si el contador-partidor decidió respetar esa

22 Incidentalmente así lo afirma la Sentencia del Tribunal Supremo, 22 de octubre de 2012 (RJ 2012/10413), citada anteriormente.

adjudicación satisfaciendo en metálico la porción de los demás aplicando el artículo 1062 y sin que los perceptores de metálico solicitaran oportunamente que se vendiera en pública subasta.²³ Finalmente, en cuanto a las previsiones particionales realizadas para rellenar la cuota de los extraños, habrá que puntualizar que el respeto absoluto a estas preconizado por la norma del artículo 846 tendrá siempre el límite de las legítimas.

1.2.2.2. Valoración

El artículo 847 del CC se ocupa de determinar el momento en que es necesario valorar los bienes de la herencia para calcular la cantidad que se debe a los legitimarios perceptores de metálico “al tiempo de liquidarles la porción”. La norma obedece a que el pago en dinero puede realizarse bastante tiempo después de la muerte del causante y, en ese período, cabe que varíe el valor de los bienes o el de la moneda. Por tanto, la cantidad que debe percibir el legitimario debe ser considerada como deuda de valor y no de dinero. Evidentemente, este criterio se aplicará a los casos en que el aumento o la disminución del valor sea por obra del tiempo o de la naturaleza, pero no cuando obedezca a las mejoras realizadas por el adjudicatario del bien. A este respecto, resulta ilustrativo el criterio de valoración a efectos de la colación de las donaciones que se encuentra expresado en el artículo 1045.

La solución legal acredita que aunque el causante haya adjudicado los bienes hereditarios a un legitimario, la comunidad hereditaria existente entre todos ellos continúa hasta que se materialice la partición y las adjudicaciones.

Como la atribución de la opción prevista por los artículos 841-847 del CC no supone un verdadero acto dispositivo del causante, la situación de comunidad persiste, aunque ciertos legitimarios tengan la facultad de satisfacer en metálico los derechos de los demás legitimarios. Se trata de una forma especial del pago de la legítima y es lógico que se realice con arreglo al valor de los bienes al ser distribuidos.

23 Por ejemplo, en el caso de la SAP Valencia, 23 de enero de 2009 (AC 2009/658), en el que una de las partes mantenía una postura claramente obstaculizadora al mantener simultáneamente la petición de venta en pública subasta y la adjudicación en proindiviso. Bastaba, por tanto, que la SAP hubiera respondido que si esa parte no pretendía la adjudicación del inmueble, sino la venta en pública subasta, “y estando conformes los mismos con las cuotas hereditarias y con el valor de la vivienda manifestados por el contador partidior en su cuaderno particional, el resultado para los apelantes sería el mismo, esto es, recibir en metálico la proporción que les corresponde sobre el valor de la vivienda”, y que esto se vendiera en pública subasta o se adjudicara con la carga de pago en metálico, como se hizo respetando la voluntad del testador.

1.2.2.3. El abono de frutos, rentas e intereses

Para realizar la liquidación, se han de tener en cuenta “los frutos y rentas hasta entonces producidas”. A partir de ese instante, es decir, desde la liquidación, “el crédito metálico devengará el interés legal”, lo cual es una solución que no concuerda bien con el criterio valorista de la primera parte del precepto y que ha merecido alguna crítica. No obstante, puede considerarse correcta la solución para facilitar el cálculo de la suma que finalmente debe pagarse. Se debe hacer notar que, frente a lo que a veces se dice, esta previsión no acerca la posición del legitimario a la de un acreedor: no procede el pago de intereses legales cuando el deudor paga dentro del plazo que tiene para ello, porque en nuestro Código los intereses legales son de tipo moratorio. En cambio, en esta hipótesis sí que se generan intereses pese a que no exista mora.

1.2.2.3. La aprobación de las operaciones particionales

Según el artículo 843 del CC: “Salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes la partición a que se refieren los dos artículos anteriores requerirá aprobación por el Secretario judicial o Notario”. La norma establece una de las más importantes particularidades de este supuesto de pago en metálico de la legítima frente a lo que resulta requerido en los demás casos previstos por el legislador (artículos 821, 829 y 1056.2 del CC). En este precepto, se requiere que la partición sea confirmada expresamente por todos los hijos o descendientes o, en su defecto de esa declaración de voluntad de los interesados, que sea aprobada por el secretario judicial o el notario. El sentido de esta intervención de los interesados es garantizar que la liquidación y el cálculo de las cantidades que deban pagarse sean correctos,²⁴ como también las concretas atribuciones de bienes que puedan haberse realizado. La necesidad de consentimiento unánime hace que la posición de los perceptores de metálico sea muy fuerte y pueda bloquear un tanto la operatividad de esta previsión,²⁵ pero su

24 Pues se trata de salvaguardar la integridad cuantitativa de la legítima: Sentencia del Tribunal Supremo, 22 de octubre de 2012 (RJ 2012/10413). Lo que no es posible para esos interesados, evidentemente, es rechazar la decisión de conmutar que ha conferido el causante: así, SAP Valencia, 23 de enero de 2009 (AC 2009/658).

25 Ver, por ejemplo, el caso Sentencia del Tribunal Supremo, 18 de julio de 2012 (RJ 2012/8364); o el de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 29 de diciembre de 2014 (RJ 2015/154): “No puede entenderse que el consentimiento de los legitimarios, o la subsidiaria aprobación judicial, sean innecesarios porque aquellos hayan rechazado el inventario, la valoración de los bienes y el cálculo de la cuantía de su legítima. En contra de lo que pretende el recurrente, una cosa es renunciar a la herencia o al legado y otra muy distinta rechazar las concretas operaciones

exigencia es razonable y coherente con la naturaleza hereditaria de la legítima en nuestro sistema.

El modo en que debe producirse la intervención del secretario judicial o del notario y los criterios que estos deberían tener en cuenta al realizar su cometido, así como los efectos de la oposición de los interesados, no se encuentran desarrollados por el CC y tampoco por la ley de jurisdicción voluntaria. Debe tenerse en cuenta que esta última establece unas normas de tramitación que deben aplicarse “a todos los expedientes de jurisdicción voluntaria en lo que no se opongan a las normas que específicamente regulen las actuaciones de que se trate”,²⁶ al menos a los “que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales”.²⁷ Ello nos llevaría a la necesidad de aplicar las reglas de los artículos siguientes, entre las que hay un principio que querríamos destacar: en el Preámbulo X, se dice que “salvo que la ley expresamente lo prevea, la formulación de oposición por alguno de los interesados no hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto”, lo cual resulta concretado normativamente en el artículo 17.3 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV). Este criterio conduce a resultados discutibles: debe tenerse en cuenta que la intervención de los interesados en la partición, que se concreta en que deban consentirla o en que deba ser aprobada por el secretario judicial o el notario, tiene por fin garantizar que la liquidación de la legítima sea correcta, es decir, salvaguardar la integridad cuantitativa de su legítima. En la hipótesis de la norma, la partición se habrá realizado por una de las partes interesadas, pero la oposición de los demás legitimarios revela la existencia de un conflicto entre ellos. La aprobación por el Secretario judicial o el Notario solamente es adecuada si actúa en un caso como medio de evitar el bloqueo de la partición por la pasividad de uno de los legitimarios, pero no valdría como mecanismo de resolución de un conflicto, porque la jurisdicción voluntaria existe para la tutela de derechos e intereses en materia de derecho civil en los que no exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso.²⁸

A nuestro juicio, sería bueno recordar aquí lo previsto por el artículo 787.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) para el caso del procedimiento judicial de división de la herencia, que exige, ante la oposición de un heredero al

particionales. Y ante la falta de acuerdo entre los interesados no caben otros recursos que los legalmente previstos”.

26 Cfr. artículo 13 de la LJV.

27 Cfr. artículo 1.1 de la LJV.

28 Cfr. artículo 1.2 de la LJV.

proyecto de partición, que el tribunal oiga a las partes y admita “las pruebas que propongan y que no sean impertinentes o inútiles, continuando la sustanciación del procedimiento con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal” hasta que se dicte sentencia. Por tanto, si existe oposición de los interesados a la partición proyectada, resulta razonable que el responsable del expediente deniegue su aprobación y las partes puedan dirimir sus diferencias en un procedimiento judicial. Que esto es razonable lo confirma el artículo 787.2 de la LEC, que solamente permite al secretario judicial aprobar la partición judicial en ausencia de oposición de cualquier interesado. Este debería ser el criterio en un supuesto como el nuestro, en el que la partición ha podido ser realizada por algunos de los interesados en claro conflicto de intereses con los demás.

Doctrinalmente se ha considerado que el contador-partidor testamentario podría realizar la partición sin necesidad de aprobación del secretario judicial o del notario ni de los herederos, puesto que el sentido de esa figura es evitar los conflictos que puedan surgir entre los hijos o descendientes, y si se exigiera el consentimiento de los hijos o aprobación del secretario judicial o el notario, se estaría quitando virtualidad al nombramiento de contador-partidor. En coherencia con ello, se ha estimado también que el artículo 80.2 del RH sería de difícil conciliación con ese criterio, pues viene a exigir para la inscripción de la partición en el Registro de la Propiedad el documento acreditativo del acuerdo. Contra esta opinión pensamos que la partición realizada por el contador-partidor no resulta dispensada de la aprobación por los legitimarios o, en su defecto, por el secretario judicial o el notario, pese a lo que pueda deducirse de la finalidad general que tiene el nombramiento de un contador-partidor: la norma del artículo 843 del CC es bastante clara, no establece excepciones de ningún tipo y estaría justificada por la defensa de las legítimas. Bajo esta interpretación, la norma del RH sería perfectamente legal.

La aprobación de la partición por los legitimarios o, en su defecto, por el secretario judicial o el notario explica que cuando en la herencia intervenga un extraño –el cual, por definición, no está gravado por el pago en metálico–, la partición de los bienes en cuanto a él le afecta no podrá ser posteriormente revisada si el pago en metálico de la porción de los legitimarios no tiene lugar.

1.2.2.4. Pago y garantía

El pago de la legítima en metálico deberá hacerse en el plazo de un año desde el momento de la comunicación a sus perceptores, salvo pacto en contrario (artí-

culo 844 del CC). Por tanto, si la comunicación se hubiera hecho el último día de su plazo, el pago deberá efectuarse antes de los dos años contados desde la apertura de la sucesión. Si se entabla un procedimiento judicial ordinario sobre la procedencia del pago en metálico o de las cantidades calculadas, el plazo de un año relativo al pago solamente comenzará a contar desde la firmeza de la sentencia que determine la cantidad a pagar.²⁹

El pacto en contrario al que se refiere la norma es el concluido por el conjunto de los legitimarios, es decir, por el adjudicatario y los perceptores de metálico. Parece razonable pensar que dicho pacto podría establecer plazos diferentes de pago para cada uno de ellos y que su contenido podría alargar o acortar el plazo legalmente previsto. Se ha dicho que el plazo es indisponible para el causante, pero ello no resulta excesivamente claro. Es obvio que un alargamiento de los plazos supondría establecer un gravamen sobre la legítima que debe considerarse prohibido por el artículo 813 del CC; sin embargo, debe tenerse en cuenta que el actual artículo 1056.2 del CC prevé la posibilidad, para su peculiar hipótesis, de que el plazo se amplíe hasta los cinco años. Por tanto, si alguno de los bienes de la herencia fuera una explotación económica, cabe pensar en que la ampliación del plazo es perfectamente factible por identidad de *ratio*. Por el contrario, la reducción del plazo por el causante es perfectamente posible puesto que no afecta a la consistencia del derecho de los legitimarios.

Corresponderán al perceptor de la legítima en dinero las garantías propias del legatario de cantidad (artículo 844 del CC), es decir, la anotación preventiva de su valor prevista por el artículo 48 de la Ley Hipotecaria (LH).³⁰ Se trata de una anotación preventiva que legalmente debe solicitarse dentro de los ciento ochenta días siguientes a la muerte del causante y que se practica sobre cualquier bien inmueble de la herencia, siempre que no haya sido legado específicamente a otra persona (esta última previsión se adapta bien a lo dispuesto en el artículo 845 del CC). Correlativamente, en este mismo plazo de ciento ochenta días el heredero no puede obtener la inscripción a su favor de los bienes de la herencia, más que si los legatarios renunciaran a su derecho de anotación.³¹ De esa manera, se elimina

29 Sentencia del Tribunal Supremo, 18 de julio de 2012 (RJ 2012/8364).

30 La Sentencia del Tribunal Supremo, 18 de julio de 2012 (RJ 2012/8364), dijo que “la ley permite cambiar la cualidad con que el legitimario va a participar en la sucesión y por ello autoriza este legado de crédito”. Pero la afirmación sobre la naturaleza del derecho del legitimario es discutible, porque en el supuesto previsto por estos preceptos, si no se realizara el pago dentro del plazo legalmente establecido, el legitimario perjudicado puede pedir la partición normal, facultad que no tiene, en cambio, un legatario de dinero o de un crédito.

31 Cfr. artículo 49 de la LH.

el peligro de que puedan aparecer terceros adquirentes que traigan causa del heredero y que pretendan estar protegidos en su adquisición por la publicidad del Registro, con el consiguiente menoscabo del derecho de los legitimarios.

A la hora de aplicar el precepto al supuesto de pago en metálico, resulta que el plazo para solicitar la anotación puede ser insuficiente: es posible que, transcurridos los ciento ochenta días previstos, el heredero adjudicatario de los bienes ni siquiera se haya pronunciado acerca de su voluntad de optar por el pago en metálico. Además, los preceptos registrales están pensados en un legado de una suma determinada en el testamento, cuya adaptación al caso de los artículos 841-847 del CC es difícil porque en este supuesto la suma solo se determina en el momento de la liquidación. Por esta razón, se ha propuesto la razonable interpretación de que el plazo de ciento ochenta días comience a correr desde el momento en que se notifique la liquidación a los perceptores de metálico.

Otra garantía para el legitimario, acaso la más universal, es la posibilidad de oponerse a la práctica de la partición, prevista para los acreedores en el artículo 1082 del CC, la cual no requiere la presencia de bienes inmuebles en la herencia, a diferencia de la anotación preventiva.

También podrían ser solicitadas como garantías las medidas cautelares de los artículos 721 y subsiguientes de la LEC, y se ha apuntado la posibilidad de aplicar la fianza contemplada en el artículo 800 de la CC para que el instituido pueda entrar en posesión de los bienes que se le dejan bajo condición suspensiva o resolutoria potestativa negativa. En nuestro caso, efectivamente, el pago se configura como el mecanismo que consolida la partición y ello autorizaría a pedir fianza al heredero que quiere entrar en posesión de los bienes adjudicados, pues el pago se configura en la ley como un evento de tipo suspensivo o resolutorio. Cabe que el instituido no quiera dar fianza, y a ello no se lo podrá obligar. En ese caso, habrá que aplicar el sistema de garantía del artículo 801 de la CC: la puesta de la herencia en administración hasta la fecha en que la condición se cumpla, es decir, hasta el momento del pago. A partir de ese momento (*existente condicione*), el atributario de los bienes los adquirirá con carácter puro.

1.2.3. Resolución de la partición y caducidad de la facultad de pago en metálico

Transcurrido el plazo legalmente previsto sin que el pago haya tenido lugar, caducará la facultad de pago y se procederá a repartir la herencia según las disposiciones generales sobre la partición. Esta regla implica que la adjudicación de bienes hecha a uno o a varios de los legitimarios, conforme los artículos 841-

847 del CC, está sometida a la condición –bien suspensiva, bien resolutoria– de que se efectúe realmente el pago de las cuotas legitimarias pagaderas en dinero. Ello explica que, en caso de impago, se proceda a repartir la herencia “según las disposiciones sobre la partición”. Naturalmente, dicha condición deberá consignarse en la escritura de partición y habrá de reflejarse en la eventual inscripción que se practique en el Registro de la Propiedad. Así, la legítima pagadera en dinero se encontrará perfectamente garantizada. Por eso, el artículo 80.2 del RH exige para inscribir la partición realizada con base en estos artículos la expresa referencia o mención al artículo 844 del CC. Cabe pensar que ello impide la aparición de terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral, pues el carácter claudicante de la adjudicación constaría expresamente en el Registro.

Para evitar que el legitimario perceptor del metálico obstaculice el pago y provoque la ineficacia de la partición, bastaría el ofrecimiento de pago y la posterior consignación de la suma debida.

A nuestro juicio, la resolución de la partición por el transcurso del plazo no es automática, sino que debe instarla el legitimario insatisfecho que también podría exigir el pago del metálico. Eso es lo que explica que el legislador haya previsto para el perceptor de metálico las garantías de los legatarios de cantidad. Nada impide que esta facultad de opción del legitimario insatisfecho, en caso de pluralidad de perceptores de metálico, lleve a que cada uno de los afectados opte por un sistema diferente de satisfacción de su cuota hereditaria.

Se ha planteado si cabe la sustitución del adjudicatario que renuncie o no cumpla su obligación de pagar en metálico por otro adjudicatario que se subrogase en la misma carga y condición. Evidentemente, el problema sería que se dilatará la realización de la partición, porque ello afectaría directamente el derecho de los legitimarios. Por eso, únicamente cabría semejante sustitución si el causante la hubiera previsto o la realizara el contador-partidor, siempre que los plazos para el pago de las legítimas no se alargaran más allá de los previstos por las normas.

2. Pago en metálico de la legítima de los ascendientes

También en este caso la percepción con bienes pertenecientes al causante es un rasgo de la legítima que tiene carácter natural, por tanto, el contador-partidor testamentario carece de la facultad de satisfacer en metálico las porciones de los interesados. También en este caso varios preceptos del Código demuestran que la percepción *in natura* no es imperativa, aunque los supuestos en que es posible la percepción de metálico extrahereditario son menos numerosos que

en el caso de la legítima de los descendientes; por ejemplo, no cabe aplicar aquí el artículo 829 del CC porque no hay mejora de los ascendientes, ni tampoco los artículos 841-847 CC que aluden solamente a los descendientes, aunque algunos autores propugnan que este último mecanismo podría aplicarse a los ascendientes. Quizá, la decisión legal de no permitir el pago en metálico de la legítima de los ascendientes esté justificada por el hecho de que los retrasos en la percepción de la legítima que impone este sistema son especialmente inconvenientes en el supuesto de los ascendientes, normalmente de edad avanzada.

Sin duda, resulta posible legar a un extraño una “finca que no admita cómoda división” (artículo 821 del CC), incluso cuando invada la parte de legítima del ascendiente, quedando a cargo del legatario el pago en metálico de la legítima lesionada.

Tampoco cabe duda de que el causante puede distribuir sus bienes entre los ascendientes mediante actos *inter vivos*, aunque la propia hipótesis de que los ascendientes hereden a los descendientes se presta poco a este tipo de previsiones, como evento improbable que es. Pero, en su caso, podría así asegurarse que, vía colación, el donatario deba, y no solo pueda, compensar en metálico a los demás legitimarios si no existen otros bienes en la herencia.³² En este caso, es preciso que el causante deje clara su voluntad –que deberá expresar como una carga de la donación misma– de que el donatario colacione para evitar que la repudiación de la herencia por el donatario eluda la colación. Otra posibilidad de distribución de los bienes entre los ascendientes es que el causante, mediante una partición realizada por él, se asegure el necesario respeto a su voluntad (artículo 1056.1 del CC).

Resulta controvertido en la doctrina si la adjudicación del artículo 1056.2 del CC puede hacerse solo a uno de los ascendientes o incluso a un extraño, quedando obligado a satisfacer en metálico la legítima de los demás.

3. La conmutación del usufructo viudal

3.1. Facultad de conmutar de los herederos

El CC español concede al cónyuge viudo una legítima en usufructo cuya cuantía varía en función de que las personas con las que concurre en la sucesión sean descendientes o ascendientes del causante o no lo sean.³³

Pero al igual que sucede con las demás legítimas, existen mecanismos para evi-

32 Cfr. artículos 1045, 1047 y 1048 del CC.

33 Cfr. artículos 834-838 del CC.

tar que el cónyuge viudo perciba sus derechos precisamente en usufructo. Se trata así de flexibilizar las reglas imperativas por tenerse en cuenta que, en algunos casos, la dinámica del usufructo puede ser conflictiva. Así, el artículo 839 del CC reconoce a los herederos³⁴ –pero no al propio cónyuge viudo– la facultad de conmutar el usufructo viudal sustituyéndolo por “una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo”. Es decir, se propicia legalmente una solución que puede facilitar la circulación y la gestión de los bienes, evitando la incómoda situación que el usufructo generaría especialmente en los casos en que el usufructuario y el nudo propietario no tengan buenas relaciones entre sí. En cambio, parece acertado decir que no existe la facultad de conmutar el usufructo universal o, en general, el que exceda del concedido imperativamente por la ley,³⁵ salvo que esa posibilidad haya sido prevista y concedida por el testador.

Los legitimados para tomar la iniciativa de conmutar son los herederos de cualquier clase, e incluso se ha afirmado que también los legatarios, siempre que estén afectados por el usufructo legal del viudo y tanto si dicha cuota viudal recae sobre el tercio de mejora como sobre el de libre disposición. Pero como son legitimados solamente los afectados por el usufructo viudal, no está permitida la facultad de elección al propio cónyuge viudo.³⁶ Según la jurisprudencia,

34 Y resulta también que es una facultad transmisible a los herederos del legitimado cuando fallece “sin haberlo ejercitado ni renunciado”, quedando así subrogados “en el mismo derecho de sustitución que éste hubiera podido ejercitar si viviera”, Sentencia del Tribunal Supremo, 13 de abril de 1956 (RJ 1956\1930).

35 Así lo sostiene la SAP Cantabria, 25 de septiembre de 2003 (AC 2003\1949): “Si la conmutación que regula el artículo 839 CC es la concreción en otros bienes del usufructo en que consiste la legítima del cónyuge viudo, resulta obvio que tal concreción no es posible respecto del usufructo que no constituye la legítima del cónyuge viudo. En consecuencia, si por la extensión del usufructo se ha rebasado los márgenes propios de la legítima viudal que señalan, según los casos, los artículos 834, 837 y 838 CC, no es posible el ejercicio de esa facultad de conmutación”.

36 Sentencia del Tribunal Supremo, 25 de octubre de 2000 (RJ 2000\8549): “La facultad de elegir una de estas formas expresadas en el artículo 839 corresponde a los herederos, sean voluntarios o forzosos, testados o abintestato, o, incluso, legatarios afectados por el usufructo legal del viudo, ya sean descendientes, ascendientes o colaterales del causante o, incluso, extraños al mismo, y tanto si dicha cuota viudal recae sobre el tercio de mejora como en el de libre disposición, y desde esta óptica, en consonancia a que la mención de ‘herederos’ se refiere sólo a los ‘afectados’ por el usufructo de la viuda, a quienes compete la posibilidad de elegir entre las distintas opciones establecidas en el artículo 839, al tratarse de una carga sobre su porción hereditaria, es preciso entender que a ellos exclusivamente les está permitida la facultad de elección, que no se facilita a la recurrente, dado que ella es la beneficiaria de la cuota viudal usufructuaria, con independencia de la institución de heredera universal verificada por el causante en su testamento, todo ello en consonancia con el texto de artículo 839, que sólo permite la elección a los ‘herederos que tienen que satisfacer al cónyuge su parte de usufructo’, en donde no encaja la figura de doña Carmen Amalia R. V. M., quien, aun siendo heredera, tiene que recibir, pero no dar”. También SAP Cuenca, 26 de abril de 2006 (JUR 2006\159042).

la decisión de los afectados debe ser unánime, lo que parece correcto, aunque pudiera terminar por imponer una situación conflictiva.³⁷

El contador-partidor tampoco tiene la facultad de conmutar,³⁸ si acaso podría proponer la conmutación y recabar para ella el consentimiento de los afectados.

Una vez que los interesados deciden la conmutación y la manera de hacerla, deberán contar también con el acuerdo del cónyuge o, en su defecto, con la aprobación judicial.³⁹ Es necesario el acuerdo con el cónyuge porque la valoración del patrimonio es una cuestión delicada que afecta al contenido de su propio derecho, lo cual no deben decidir en solitario los demás interesados, y porque una vez realizada la conmutación los bienes de la herencia dejan de estar afectos al usufructo que corresponde al cónyuge (artículo 839.2 del CC). Por ese motivo, para obtener el consentimiento del cónyuge, resultará normal que se le ofrezca algún tipo de garantía alternativa.⁴⁰

¿Qué criterio debe tomar en consideración el juez a la hora de aprobar la conmutación? Hay sobre ello algunas valiosas aportaciones de la jurisprudencia.

37 Sentencia del Tribunal Supremo, 30 de junio de 2006 (RJ 2006\3978): “El 839 prevé la conmutación del mismo por acuerdo unánime con todos sus herederos, pudiendo satisfacerse asignándole una renta vitalicia”. También SAP Murcia, 4 de febrero de 2006 (JUR 2006\68577).

38 Aunque en la Sentencia del Tribunal Supremo, 8 de junio de 2011 (RJ 2011\4400), se rechazó la validez de la conmutación con argumentos muy genéricos e imprecisos: “Por infringir claramente lo dispuesto en el artículo 839 del Código Civil, que determina las formas en que los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte en el usufructo, sin que lógicamente se puedan atribuir para ello bienes en propiedad sin el consentimiento expreso de todos los herederos”. Ver también, en el sentido del texto, SSAP Lugo, 27 de junio de 2007 (JUR 2007\309980); y Cantabria, 25 de septiembre de 2003 (AC 2003\1949); así como la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 17 de mayo de 2002 (RJ 2002\8574), referida a un usufructo universal legado al cónyuge que pretendía sustituirse por bienes en plena propiedad: “Esa alteración sólo puede ser ya el resultado de un acuerdo entre el legatario y los herederos, sin que en tal negocio pueda prescindirse de la intervención de éstos por la actuación del albacea (artículos 902 y 1259 del Código Civil)”; y 30 de septiembre de 2013 (RJ 2013\7706), en que la afirmación se realizó sin directa relación con el caso.

39 Sentencia del Tribunal Supremo, 13 de julio de 2009 (RJ 2009\4465); y 4 de octubre de 2001 (RJ 2001\7542). Dijo esta última: “Consenso no sólo de herederos sino también con la participación del propio cónyuge viudo como titular de su cuota, en este caso, según lo dispuesto en el artículo 838 ascendente a los dos tercios de la herencia, cuando no exista ese mutuo acuerdo dicha satisfacción se adoptará en virtud del mandato judicial”. Para la SAP Madrid, 30 de septiembre de 2019 (JUR 2019\309119): “Al cónyuge viudo no le corresponde la iniciativa de la conmutación de su usufructo, ni tan siquiera puede oponerse a la realizada por los herederos (con el acuerdo unánime de los mismos), sino que su intervención se circunscribe a la fase de valoración de su derecho y concreción de los bienes afectos a su satisfacción, pues respecto de estos actos sí que es preciso su acuerdo, y en el supuesto de no haberlo, corresponderá decidir al Juez”.

40 Lo que vemos en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo, 5 de abril de 2019 (RJ 2019\1360), en que los hijos y herederos del causante, por un lado, y la viuda de este, por otro, convinieron como transacción aprobada judicialmente la conmutación de la cuota legal usufructuaria de esta por el pago de una renta vitalicia.

cia. Así, se ha dicho que en la valoración de los bienes de la herencia no sirven los valores fiscales,⁴¹ sino que deben aportarse los reales. En cambio, para estimar el valor del usufructo sí sirven las reglas fiscales, que lo calculan a partir de la edad del viudo a falta de otro mejor criterio.⁴²

Sobre la valoración de los bienes de la herencia y del usufructo, los tribunales han hecho dos precisiones más que entendemos acertadas: “El patrimonio relicto ha de valorarse a los precios y cotizaciones del momento mismo de la conmutación, y no a los de la apertura de la sucesión”;⁴³ y “se estima más equitativo el fijar la edad del usufructuario, a estos efectos, al momento del fallecimiento del causante”, pues en caso de apreciar la edad en el momento en que se va a conmutar se dejaría a los herederos la posibilidad de retrasar la decisión y disminuir el importe de lo que deben satisfacer al viudo.⁴⁴

En cuanto al tiempo en que los interesados pueden optar por la conmutación, la SAP Asturias, 25 de mayo de 2004 (JUR 2004\185542), siguiendo la Sentencia del Tribunal Supremo, 28 marzo 1924, y con argumentos que se deben compartir, entendió que

sólo puede tener efecto con anterioridad a la formalización de la partición [...] 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 exclusiva propiedad de lo que se le adjudicara en pago, supuesto inadmisibles dado el carácter de generalidad del precepto contenido en el artículo 1068.⁴⁵

41 SAP Las Palmas, 8 de mayo de 1996 (AC 1996\933): “No es de aplicación la legislación fiscal a la fijación civil del valor de la finca y del usufructo que lo grava en un tercio, ya que esta reglamentación trata únicamente de establecer las bases impositivas de los impuestos de radicación y de sucesiones, pero carecen de efectos jurídico-civiles, respecto a los cuales son un simple elemento más de determinación, que ha de ser completado con pericias, ya que no siempre el valor fiscal coincide con el valor real del mercado del bien, en el tráfico económico y jurídico”.

42 Sentencia del Tribunal Supremo, 13 de abril de 1956 (RJ 1956\1930): “Si bien las normas administrativas no sirven en principio para gobernar las relaciones civiles, se utilizan frecuentemente como normas complementarias del derecho privado, y otras veces marcan una orientación que llena lagunas de la legislación común, cual acontece con el Reglamento de Derechos Reales en punto a la capitalización del usufructo, sobre todo mientras no se ofrezca al juzgador –como no se ofrece por el recurrente– otro criterio o procedimiento de valoración más justo y más adecuado a la situación creada en el proceso”.

43 SAP Murcia, 4 de febrero de 2006 (JUR 2006\68577).

44 SAP Lugo, 2 de marzo de 2006 (JUR 2006\172229).

45 Añadió que “En esta misma línea se ha orientado la mayoría de la doctrina [...] aludiendo a la necesaria estabilidad de las adjudicaciones y de la situación del viudo, e incluso a la dicción del párrafo segundo del citado artículo 839 (‘mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge’), que parece incompatible con el posible

Evidentemente, una vez conmutada la legítima, no cabe revisar la cuantía de la renta vitalicia otorgada a la viuda o al viudo por el hecho de haberse venido a menos los negocios pertenecientes a la herencia; en definitiva, no cabe revisar por los herederos la opción de conmutación que tomaron al atribuirle a la viuda o viudo una renta vitalicia en lugar de los productos de determinados bienes, como podrían haber hecho.⁴⁶

Se ha planteado la duda de si el testador puede imponer la conmutación, incluso determinar los bienes que se le deben atribuir al viudo, o establecer una conmutación por bienes o conceptos diferentes a los previstos en la norma. Desde el punto de vista del cónyuge viudo, si se ha respetado la cuantía establecida por las normas imperativas –lo que siempre podrá discutir judicialmente–, no debe ser un problema para ello, pues el testador cuenta siempre con la posibilidad de señalar los bienes sobre los que va a recaer el usufructo. Y parece que si los herederos pueden imponer la conmutación, de igual modo podrá imponerla el testador que sea consciente de los conflictos que el usufructo podría generar. Desde la perspectiva de los herederos que no sean legitimarios, tampoco existirán dificultades de derecho imperativo; y si los herederos son legitimarios, la conmutación impuesta por el testador tendrá el límite de sus legítimas; por tanto, lo atribuido al viudo deberá percibirlo con cargo a la parte libre. Una cosa es que los legitimarios puedan conmutar sacrificando parte de los bienes que perciben como legítima y otra es que eso pueda imponerlo el testador.

ejercicio tardío de esta opción, cuando la herencia ya ha sido partida. Es cierto que un sector minoritario ha defendido la tesis contraria [...] y que actualmente, la sentencia de 25 de octubre de 2000 parece optar por la tesis contraria, al indicar que el artículo 839 ‘no impone esta cortapisa temporal’. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta apreciación, más que por razones de fondo, que al menos no se consignan en dicha resolución, parece venir motivada por la consideración que en la misma se hace a continuación de que la partición se había hecho sin la concurrencia del heredero y por ello sólo pudo ejercitar dicha facultad una vez conocida la virtualidad de aquélla”. Nos hemos referido anteriormente a la Sentencia del Tribunal Supremo, 25 de octubre de 2000 (RJ 2000\8549), y, en lo que se refiere a este punto, resulta confusa, pero cabe destacar que la intervención del heredero en la partición no resultaba necesaria por tratarse de una partición realizada por contador-partidor. La pregunta, entonces, queda todavía en el aire y sin responder: si en el caso de que la partición se realice por contador-partidor, los herederos, a la vista del resultado de esta, pueden o no ejercitar la facultad de conmutar.

46 Sentencia del Tribunal Supremo, 5 de abril de 2019 (RJ 2019\1360): “Las partes pudieran establecer el derecho de la viuda a un porcentaje de los beneficios de la empresa, lo que le hubiera hecho participe en el riesgo de la explotación empresarial. Al no hacerlo así, y fijar el derecho a una renta vitalicia, actualizable con el i.p.c., los herederos asumieron el riesgo propio de la explotación empresarial y del mercado inmobiliario”. Porque, como con acierto añade la sentencia, el hecho de “que, como consecuencia de los años de crisis inmobiliaria, la empresa viera reducidos sus beneficios y que el valor de la sociedad disminuyera, no comporta que tal riesgo empresarial deba ser compartido por la viuda, de la misma manera que un incremento en los beneficios empresariales no le daría derecho a exigir un aumento de la cuantía de su renta”.

3.2. Facultad de conmutar del cónyuge viudo

Según el artículo 840 del CC: “Cuando el cónyuge viudo concurra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes”.

En el precepto se modifican algunos aspectos de la conmutación en este supuesto específico: por un lado, la decisión de conmutar corresponde al cónyuge, aunque cabe pensar que, cuando no ejercite esta facultad, los herederos que sean hijos solo del causante también podrán ejercitar la posibilidad de conmutar, en aplicación del artículo 839 del CC.⁴⁷ En los supuestos en que existan otros herederos, además de los previstos en esta norma, cabe pensar que la facultad de conmutar se ejercería de modo independiente, y de acuerdo con su régimen propio, para cada uno de los grupos de herederos gravados por el usufructo.

Por otro lado, en el caso del artículo 840 del CC, las modalidades de conmutación previstas legalmente son dos y no tres: la entrega de un capital en dinero o de un lote de bienes. Los hijos pueden elegir entre ellas de común acuerdo y cabe pensar que, al igual que sucede en el caso del artículo 839 del CC, el cónyuge viudo debe aprobar la liquidación o, en su defecto, tendrá que decidir la autoridad judicial.

Naturalmente, según la afección real de la que habla la segunda parte del artículo 839 del CC, debe entenderse que existe también en el supuesto de este otro precepto.

4. Pago de la legítima de descendientes comunes por el cónyuge superviviente facultado para partir

De acuerdo con el artículo 831 del CC, el testador podrá conferir la facultad de realizar mejoras y de adjudicar bienes concretos a los hijos o descendientes comunes, al cónyuge superviviente o al otro progenitor si no están casados entre sí. Incluso puede concederse la facultad de satisfacer las legítimas con bienes pertenecientes al superviviente y no al causante. Por tanto, el cónyuge fiduciario no tendrá que respetar la igualdad ni la homogeneidad de los lotes establecidas por los artículos 1061 y 1062 del CC. Lo único que precisa la ley

47 En el interesante caso estudiado en la Sentencia del Tribunal Supremo, 5 de abril de 2019 (RJ 2019\1360), citado anteriormente, que contemplaba un supuesto de concurrencia del cónyuge solo con hijos de su consorte de un matrimonio anterior, no sabemos quién tomó la decisión de conmutar.

es que deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las demás disposiciones del causante en favor de estos, y que en lo que se refiere a los descendientes no comunes, la existencia de estas facultades no podrá alterar el régimen de sus legítimas.

La norma es muy confusa y plantea una serie de dudas. En primer lugar, según la norma, el fiduciario podrá realizar su función en un solo acto o en varios, siempre que lo haga dentro del plazo con el que cuente. Pero la concreta determinación del plazo queda a la voluntad del causante, que incluso podría llegar a autorizar que el fiduciario realice la partición en su propio testamento. ¿Significa esto que el fiduciario podría imponer el aplazamiento del pago de la legítima estricta de los descendientes comunes? Es cierto que si el causante así lo establece y el supérstite se arroga esa facultad, no es fácil que los legitimarios quieran enfrentarse a un ascendiente que los pueda dejar reducidos a su legítima estricta usando la facultad de mejorar a otros descendientes, pero, teóricamente, podrán exigir sus legítimas estrictas una vez abierta la sucesión.⁴⁸

En segundo lugar, se plantea si el fiduciario puede o no atribuir la empresa familiar del modo previsto por el artículo 1056.2 del CC, es decir, transmitir la empresa familiar a un descendiente y pagar en metálico la legítima de los demás descendientes, siempre que sean comunes (con la posibilidad de aplazamiento prevista en el citado precepto). Ante la duda, y para evitar litigios, sería muy conveniente que estas facultades se confieran expresamente por el testador, aunque es bastante posible que incluso sin esa voluntad se deban entender incluidas en las aludidas genéricamente por el precepto. En cambio, no vemos obstáculos en que la atribución de un inmueble de difícil división a uno de los legitimarios implique la percepción en metálico de la legítima de los demás si estamos en las circunstancias del artículo 821 del CC.

En tercer lugar, en el caso de la legítima de los descendientes no comunes, el artículo 831 del CC dice que rigen las reglas generales, es decir que debe entenderse que el pago debería realizarse con bienes hereditarios sin que, por supuesto, quepa nunca un aplazamiento y sin que sea posible que el fiduciario recorte la porción de legítima que les corresponda realizando mejoras.

48 En este sentido, se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo, 24 de mayo de 2019 (RJ 2019\2113): “La cuestión relativa al momento del pago de la legítima estricta de los descendientes comunes, a tenor de lo dispuesto en la redacción vigente del artículo 831 CC, es una cuestión no

Bibliografía

- Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Valpuesta Fernández, M. R. y Orduña Moreno, F. J. (Dir.). (2016). *Código civil comentado* (Tomo II). Navarra: Aranzadi.
- De la Cámara Álvarez, M. (1990). *Compendio de Derecho sucesorio*. Madrid: La Ley.
- Espejo Lerdo de Tejada, M. (1996). *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*. Madrid: Marcial Pons.
- Lacruz Berdejo, J. L. y Sancho Rebullida, F. (1973) *Derecho de sucesiones* (Vol. II). Barcelona: Bosch.
- Lacruz Berdejo, J. L. y Sancho Rebullida, F. (1988). *Elementos de Derecho Civil* (Tomo V). Barcelona: Bosch.
- Rivas Martínez, J. J. (2009). *Derecho de Sucesiones Común y Foral* (4ª ed.). Madrid: Dykinson.
- Torres García, T. (Coord.). (2012). *Tratado de legítimas*. Barcelona: Atelier.
- Vallet de Goytisolo, J. B. (1974). *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
- Vallet de Goytisolo, J. B. (1982). *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Tomo XI). Madrid: Edersa.

exenta de debate en la doctrina civilista, por diversas razones. En primer lugar, y de forma principal, [...] porque el citado precepto, en su apartado tercero, no se pronuncia al respecto. De forma que el silencio de la norma favorece diversas interpretaciones acerca del momento del pago de la legítima estricta de los descendientes comunes. El segundo lugar, hay que precisar que esta sala no se ha pronunciado aún sobre la cuestión debatida; de forma que no se cuenta con una doctrina jurisprudencial que aporte una previa fundamentación sobre el presente caso. Por último, hay que tener en cuenta que un sector de la reciente doctrina científica, en contra de lo que podemos calificar como posición tradicional, se ha decantado por una interpretación flexible del artículo 831 CC que, en el supuesto de que el testador no haya fijado un plazo para el ejercicio de las facultades concedidas al cónyuge fiduciario, va desde el reconocimiento del plazo legal de dos años previsto en el citado artículo para el ejercicio de dichas facultades, hasta el otorgamiento del propio testamento del cónyuge fiduciario, como plazo final para el pago de la legítima estricta de los descendientes comunes. En este contexto, esta sala considera que el criterio de la sentencia de la Audiencia en favor del pago de la legítima estricta, tras la apertura de la sucesión testamentaria y una vez fijada su cuantía, resulta correcto por las siguientes razones.

Si bien el origen del artículo 831 CC está en algunos Derechos Forales, (caso de la fiducia colectiva aragonesa, del fiduciario comisario del Derecho Navarro, del comisario del Derecho vizcaíno, o de las facultades de designación y distribución otorgadas al cónyuge supérstite en el Derecho catalán, entre otros supuestos), la interpretación de esta norma, al margen de la autonomía o clara diferenciación que presenta su actual regulación respecto de las aplicaciones forales señaladas, queda sujeta a los principios del sistema sucesorio del Código Civil.

En aplicación de los principios del sistema sucesorio del Código Civil, hay que resaltar que la legítima estricta (entre otros, artículos 806, 808 y 815 CC) constituye un derecho básico del legitimario cuyo pago no puede quedar sujeto a plazo por el testador, salvo en los casos que expresamente lo disponga la propia norma. Supuestos, entre otros, del artículo 1056 CC, caso de la preservación indivisa de una explotación, o del artículo 844 CC, caso del pago de la legítima en metálico.

El artículo 831.3 CC no contempla un régimen específico para el pago de la legítima estricta de los descendientes comunes, por lo que de la interpretación del citado precepto no cabe extraer una excepción, cuál es la aplicación de un plazo, bien el de dos años previsto para el ejercicio de las facultades del cónyuge fiduciario (artículo 831.2 CC), o bien el del momento del otorgamiento del testamento del cónyuge fiduciario, que resulta contrario a los principios de nuestro sistema sucesorio y carecen de cobertura expresa por la norma”.