

*legítima* corresponda á cada hijo, descendiente ó descendientes legítimos que le representen, en nada puede influir en la cuota vidual ninguno de esos supuestos relativos al tercio de libre disposición.

e. *Concurrir á la sucesión sólo hijos ó también nietos, hijos de aquéllos, premuertos.*

Esta hipótesis es también indiferente para la cuota vidual, fuera de la consideración de que la frase «*cuota igual á la que por legítima corresponda á los hijos ó descendientes legítimos no mejorados*», ha de entenderse regida por la sucesión *in capita*, para los primeros, y por la sucesión *in stirpes*, para los segundos.

f. *Concurrir con el cónyuge viudo hijos que traigan á colación bienes que hayan recibido con anterioridad del difunto causante.*

El art. 1.035 dispone que «el heredero forzoso que concorra, con otros que también lo sean, á una sucesión, deberá traer á la masa hereditaria los bienes ó valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación ú otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición»; con las excepciones y limitaciones de los arts. 1.036 á 1.042, ambos inclusive, 1.044, 1.045, 1.049 (1), y á los efectos y en la manera que establecen los arts. 1.047, 1.048 y 1.049 (2).

A la vista de ese texto del art. 1.035, y en la parte del mismo que lleva tipo de letra cursiva, se contiene la solución claramente afirmativa, por ser heredero forzoso el hijo ó descendiente y concurrir con él otros que también lo son, como el cónyuge viudo, de que la colación ha de verificarse, produciendo el consiguiente aumento de la masa hereditaria, para computarlo en la regulación de las legítimas y por ende en la vidual (3).

g. *Concurrir con el cónyuge viudo hijos de dos ó más matrimonios.*

Rige este caso la regla especial del art. 839, que es, á su vez, excepción de la general del 835. Según éste, la cuota vidual «deberá sacarse de la tercera parte de los bienes destinada á la mejora de los hijos» ó descendientes legítimos, aunque el Código no lo exprese; y, según aquél, «en el caso de concurrir hijos de dos ó más matrimonios, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo de segundas nupcias se sacará de la tercera parte de libre disposición de los padres».

El propósito de la ley, más claro y manifiesto, por sus antecedentes (4) de lo que resulta por los términos de su redacción y por la com-

(1) Explicados en el cap. 28.º de este tomo.

(2) Idem id.

(3) Por estas razones, no podemos suscribir la ilustrada opinión contraria del señor Marina y Muñoz; ob. cit., pág. 59.

(4) Escribe en relación á esta materia el Presidente de la Comisión de Códigos—ob. cit., pág. 94, t. II: «Un viudo rico y ya entrado en años, dice el citado autor, se casa

plejidad de casos que puede ofrecer su aplicación ha sido tachado, no sin razón, de defectuoso y confuso (1).

con una joven linda, pero sin fortuna: los hijastros son de más edad que su postiza madre, la cual, siguiendo el orden regular de la Naturaleza, sobrevive mucho tiempo á su marido, ya sexagenario al tiempo de casarse por segunda vez. ¿Qué resulta de aquí? Que en realidad hay dos usufructos, el del padre mientras estuvo viudo, y después de su fallecimiento, el de su segunda mujer; de modo que los hijos del primer matrimonio, más jóvenes que su madrastra, ó mueren antes que ésta, sin haber gozado un solo día las rentas de los bienes que han heredado de su padre, ó si por ventura la sobreviven, no consolidan el usufructo con la nuda propiedad, sino cuando se sienten ya viejos y cerca de la decrepitud.

Y á esto hay que añadir que como la segunda mujer es no más que madrastra, se priva á los hijos del matrimonio precedente de sus bienes en cuanto al usufructo, no para que los goce su madre—que son muchos los hijos que harían este sacrificio con inefable placer—, sino para que disipe las rentas una persona extraña, lo cual exige una abnegación poco común, ó mejor dicho, una abnegación que no tiene nadie.»

(1) Sin embargo, en la Memoria formulada por el ilustrado Presidente de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, correspondiente al año 1900, se lee: «Los textos de los arts. 835 y 839 están claros, precisos y terminantes, y cualquiera que sea el juicio que merezcan sus preceptos y las dudas que puedan ocurrir sobre la razón más ó menos filosófica ó de conveniencia del segundo, su aplicación á los casos que comprenden no puede ofrecer dificultad. Parte el primero del supuesto de haber quedado hijos, sin distinguir si son del matrimonio ó sólo del testador, y establece en términos absolutos y generales el principio de que de la tercera parte de los bienes destinados á mejora de éstos haya de sacarse la porción hereditaria asignada en usufructo al cónyuge viudo, y si nada más que esto hubiera dicho el Código, parece indiscutible que habría que aplicarle, lo mismo al caso en que sólo hubiesen quedado hijos del último matrimonio, que si existieran también con éstos hijos de otro anterior del testador ó hijos del cónyuge superstite, porque tal circunstancia en nada desvirtuaba lo general y absoluto del precepto. Pero, sin duda, el legislador temió algo en este caso, y algo que podía redundar en perjuicio de algunos de estos hijos si se le dejaba íntegra al testador la facultad de disponer libremente del tercio de su herencia con independencia del tercio de donde había de sacarse la cuota vidual por la preferencia que pudiera darse injustificadamente á algún cariño ó afecto, y ante este temor, para dejar á salvo, de toda suerte, la legítima de los hijos, es por lo que estableció otro principio en el 839, según el que cuando concurren hijos de dos ó más matrimonios, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo de segundas nupcias se sacará de la tercera parte de libre disposición de los padres. ¿Es que pueden abrigarse los mismos temores cuando el hijo ó hijos que quedan procedentes de un solo matrimonio no son del cónyuge superstite? Posible es, y si fuese necesario para la resolución de esta cuestión analizar los supuestos más ó menos racionales de donde pretendieran derivarse estos temores, es seguro que podrían hacerse varios y acaso disconformes, y que podría llegarse también á sacar la consecuencia de que cuando un matrimonio deja hijos que exceda de cierto número también convendría que el legislador hubiese tenido presente, para hacerla extensiva á este caso, la excepción del art. 839; pero como este artículo es terminante, como sólo se refiere al caso en que quedan hijos de dos ó más matrimonios, como aun suponiendo que hubiera igual razón para aplicarle á un caso como el del pleito, en que el hijo sobreviviente lo era del testador y no del cónyuge viudo, esto sólo revelaría una inconsecuencia del legislador que no podría justificar la aplicación del principio de Derecho *ubi eadem est ratio*, etc., porque sólo puede tenerla en defecto de precepto claro y ter-

Lo primero, por ejemplo, porque habla sólo de *hijos*, y también debe entenderse aplicable á los *nietos* ó *descendientes* procedentes de dos ó más matrimonios que concurren á la sucesión del abuelo ó abuela, cuando alguno de éstos contrajo segundas nupcias, en representación de alguno de los hijos premuertos, padres de éstos, nietos ó descendientes que concurren á dicha sucesión; pues la razón del precepto especial es la misma para los unos que para los otros.

Lo segundo, por distintos motivos, cuales son:

1.º Porque diciendo, en general, «en el caso de concurrir hijos de dos ó más matrimonios», no precisa á cuáles hijos ó matrimonios se refiere, si es sólo en los casos de que haya hijos de unos y otros matrimonios, es decir, ya hijos *comunes* del segundo matrimonio, ya hijos *particulares* de uno, de otro ó de ambos, respectivamente, procedentes de matrimonio anterior, ó bastará la *pluralidad* de matrimonios, á pesar de que haya hijos, únicamente, del primero ó del segundo, ó posteriores; pero, aunque el Código no lo diga, á pesar de las deliberaciones que sobre este punto tuvo la Comisión, parece indudable que la regla especial del art. 839 se aplicará siempre que haya hijos de los distintos matrimonios ó *de cualquiera de ellos*, y se trate de la legítima de estos hijos enfrente de la viual de su padrastro ó madrastra, con los cuales no tienen vínculo consanguíneo alguno ni motivo que justifique la participación usufructuaria en la legítima de los hijos de otro matrimonio, primero, segundo, ó el que sea, por cuota igual á la que les corresponda por este concepto en la sucesión del padre, madre ó ascendiente, puesto que falta el fundamento de que se deriva la cuota viual, dado que el cónyuge viudo es extraño á la procreación de aquella prole de hijos ó descendientes, según lo revela el mismo texto del art. 834, al decir «á cada uno de *sus* hijos ó descendientes, etc.», refiriéndose á los que lo fueran del cónyuge premuerto y del superstite.

2.º Porque siendo para nosotros indudable la aplicación á todos los casos anteriores de esa regla especial del art. 839, como en ella no se determina, sino que, por excepción, ha de sacarse la cuota viual del tercio de libre disposición y no del destinado á mejora, como previene la regla general del art. 835, le faltó al 839 determinar el *tipo de comparación* para fijar la cuantía de esa cuota, pues no basta decir *de dónde* se ha de sacar, sino *cuánto*, no siendo posible entender que ha de ser *toda la tercera parte*, lo cual sobre variar el sistema general de la ley en cuanto al carácter proporcional y relativo de igualdad de la cuota viual, comparado con la legítima del hijo, haría de mejor condición al padrastro ó madrastra que al padre ó madre, y violentaría ese texto de la regla espe-

minante, la Sala entendió que en caso del presente recurso procedía la aplicación del art. 835 y no la del 839, interpretándolos en el sentido que queda expuesto.»

cial del 839, que no dice sino «*se sacará de la tercera parte, etc.*», y por eso, aunque nada ha de sacarse en este caso para la cuota viual de los dos tercios de legítima de los hijos ó descendientes, servirá de tipo lo que perciban por este concepto para la determinación de la cuantía de la cuota viual, ya que no hay otro á que referirla y que al fin se trata de cuotas y derechos en una misma sucesión de un causante común, siquiera los derechos de los diferentes herederos forzosos por distintos conceptos, hijos ó descendientes solo del difunto y viudo de éste por segundas nupcias con aquél, tengan esa independencia y falta de relación de los casos ordinarios en que se trata de hijos comunes, por la misma especialidad de las circunstancias del caso.

En el supuesto de segundo matrimonio de un cónyuge con hijos de otro anterior, con persona que no los tenía ni los tuvo tampoco en el segundo matrimonio y que por su fallecimiento se disolvió éste, nada tienen que ver la regla especial del art. 839, ni la general del 835, porque los hijos del cónyuge viudo, procedentes de matrimonio anterior no son herederos forzosos ni acreditan legítima en la sucesión del difunto, la cual se regulará, para los efectos de la cuota viual del sobreviviente, por la hipótesis que le corresponda de las á que se refieren los arts. 836 y 837, según que no dejare descendientes, pero sí ascendientes legítimos, ó ni los unos ni los otros.

3.º La frase del art. 839, que dice: «al cónyuge viudo de segundas nupcias», es, indudablemente, una mala redacción, y se quiso decir: «al cónyuge viudo *del* de segundas nupcias», cuando aquel, por cuyo fallecimiento se disolvió el matrimonio y resultó viudo el otro, es el que tiene hijos del matrimonio anterior que concurren á su sucesión, bien sólo con dicho viudo, padrastro ó madrastra, sin hijos comunes de este matrimonio disuelto, ó particulares suyos procedentes de matrimonio anterior, bien con ellos, pero no como la letra parece indicar, cuando el que sea viudo, lo sea por segunda vez, ó sea atendiendo al solo hecho de haber estado casado antes y contraído después este segundo ó ulterior matrimonio, que ahora se disuelve por la muerte del cónyuge, con quien casó en segundas ó posteriores nupcias; por la sencilla razón de que el simple hecho de haber sido casado dos ó más veces no basta para la aplicación de la regla especial del art. 839, si no se complica, *además*, el caso con cualquiera de las circunstancias que la motivase, y que son tener, éste que llama el Código *viudo de segundas nupcias*, hijos suyos exclusivamente de matrimonio anterior con ó sin hijos comunes, procedentes de las nupcias ulteriores que por su muerte ó por la del otro cónyuge se disuelven, determinándose con ello las hipótesis «de concurrir á la sucesión hijos de dos ó más matrimonios», como reza el texto del 839, ó como más bien debiera expresar, ya de ambos matrimonios, ya procedentes de *cualquier otro matrimonio* que no sea el de segundas ó ulteriores nup-

cias, que ahora se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, y en el cual, por existir aquellos hijos procedentes de diferente matrimonio que éste, háyalos ó no del mismo, se ha de proceder á la deducción de la cuota vidual, sacándola del tercio de libre disposición como aquel artículo previene.

El criterio de interpretación y aplicación de este art. 839 se forma, teniendo en cuenta: que lo de hijos de dos ó más matrimonios ha de mirarse más en relación al cónyuge difunto que al sobreviviente, porque lo que quiere evitar este artículo es la falta de justificación que resultaría de que un padrastro ó madrastra sacara su cuota vidual de la legítima de los hijos que el difunto tuvo en otro matrimonio, como sucedería si se aplicase la regla general del art. 835, y no la especial del 839, siendo éste aplicable á todos los casos en que haya hijos de matrimonio anterior, siempre que el viudo no sea el padre de éstos, si el difunto no los tenía, ó de ambos matrimonios; y que la legítima vidual se funda en la cualidad de viudo no divorciado ó que lo sea, no por culpa suya, y no en la de ser padre ó madre y tener hijos; que en todos los casos de aplicación de esta regla especial del art. 839, se sacará del tercio de libre disposición, después de cubiertas las responsabilidades especiales que, según el 840, le afectan por pago de entierro y funerales, aunque el Código en aquel artículo no lo exprese, sino al parecer por incidencia, al tratar de la legítima de los hijos naturales, haya ó no dispuesto de todo ó parte de dicho tercio el testador, dejándose sin efecto totalmente ó reduciéndose en lo necesario los legados ó mandas que, con cargo al mismo, hubiera ordenado aquél para cubrir *preferentemente* la cuota vidual en usufructo y aplicando sólo el resto de lo que ésta no consume y la nuda propiedad de dicho usufructo á tales legados, mandas ó instituciones voluntarias que el testador hubiera dispuesto; y aun en el caso de haberse ordenado alguna de esas disposiciones en favor del cónyuge viudo, se le hará antes pago de su cuota vidual que de sus derechos como legatario ó instituido voluntariamente por el difunto en bienes de dicha tercera parte de libre disposición; y que la cuota vidual se determinará por comparación de igualdad con lo que por legítima corresponda á cada uno de los hijos comunes ó procedentes de aquel matrimonio no mejorados y, si no los hubiera comunes y si tan sólo procedentes del matrimonio anterior del cónyuge difunto, con ó sin otros particulares del superstite, la cuota vidual se determinará por comparación de igualdad con lo que por legítima corresponda en la sucesión de aquél á sus hijos particulares legítimos no mejorados. Del conflicto que puede ofrecer la aplicación de este artículo, en el caso de concurrencia de hijos naturales, con el 840, se trata más adelante (1).

(1) Núm. 174 de este capítulo.

EJEMPLO: 30.000 unidades de caudal hereditario líquido.

*g. Concurrir cuatro hijos legítimos de dos diferentes matrimonios, cuyo padre ó madre común es el causante de la herencia, y cónyuge viudo, sin que exista mejora á favor de ninguno de aquéllos (1).*

Á los cuatro hijos legítimos, por su legítima, los dos tercios de la herencia distribuidos entre ellos por partes iguales, ó sea á cada uno la mitad de uno de esos dos tercios (art. 808).

En pleno dominio, á cada uno 5.000, que, multiplicado por 4, hacen.....	20.000
Al viudo, por su legítima, consistente en una cuota igual á lo que por legítima corresponda á cada hijo legítimo, que son 5.000, otro tanto en usufructo (art. 839).	
Queda de libre disposición:	
En pleno dominio.....	5.000
En nuda propiedad, de lo correspondiente á lo adjudicado al viudo en usufructo.....	5.000
TOTAL.....	30.000

**70. C. No existir hijos ni descendientes legítimos, pero sí ascendientes legítimos, concurriendo con el cónyuge viudo.**

Se resuelve este caso por otra de las cuatro reglas especiales, antes referidas, contenida en el art. 836, en cuanto establece que «no dejando el testador descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho á la *tercera parte de la herencia* en usufructo. Este tercio se sacará de la *mitad libre*, pudiendo el testador disponer de la propiedad del mismo».

Por toda explicación de este artículo del Código, basta observar:

1.º Que, aun no calificándolos, se sobreentiende que han de ser *legítimos* tanto los descendientes, á cuya falta se refiere, como los ascendientes, que deja como herederos forzosos el cónyuge difunto y con los cuales concurre el superstite por su cuota vidual.

2.º Que en este caso, comparado con los anteriores, varía el *tipo* de la cuota, que es la fija, la *tercera parte de toda la herencia*, perfectamente compatible con la legítima del ascendiente, que es la *mitad* del caudal hereditario líquido, según el art. 809 (2), y varía también la parte de la

(1) No es preciso repetir aquí los supuestos de existir mejora total ó parcial á favor de alguno de los hijos ó descendientes legítimos, aunque exista cónyuge viudo, porque debiendo sacarse su cuota usufructuaria en este caso de hijos de varios matrimonios, según la regla excepcional del art. 839, del tercio de libre disposición, no afecta al caso el que exista ó no mejora, que se aplicará el segundo tercio destinado á ella proyectándose, si existiera total ó parcial, como en los casos y ejemplos antes dichos.

(2) Explicado en el núm. 59 de este capítulo.

misma de donde se ha de sacar dicha cuota, la cual debe deducirse de la *mitad libre*; pero como la cuota viudal es en *usufructo*, la facultad de disponer libremente el testador, en este caso quedará reducida á la *sexta parte* de la herencia en pleno dominio y á la nuda propiedad del haber hereditario cuyo usufructo se adjudica al viudo, sin que de dicha nuda propiedad haya que adjudicar nada al ascendiente ó descendientes, que quedan pagados de su legítima con la *mitad de la herencia*, independiente de la otra mitad de donde se ha de sacar la cuota viudal, á no ser que hubieren sido instituidos herederos voluntarios ó legatarios ó donatarios *mortis causa* en dicha parte de libre disposición por el descendiente testador; debiendo siempre reducirse dichas disposiciones al límite de *cantidad y calidad* que consienta la cuantía de la cuota viudal, si excedieren aquéllas de esa parte que queda de libre disposición, después del pago preferente de la legítima viudal.

3.º Que esta posible distribución se modifica, según el art. 841, cuando el testador que no dejare descendientes, pero sí ascendientes legítimos, tuviera además hijos naturales reconocidos, los cuales tendrán derecho á la mitad de la parte de la herencia de libre disposición, si bien este derecho ha de entenderse «sin perjuicio de la legítima del viudo», conforme al art. 836; de modo que, concurriendo el viudo con hijos naturales reconocidos—y sólo ascendientes legítimos—, se adjudicará á éstos—los hijos naturales—sólo en nuda propiedad mientras viviere el viudo, lo que les falte para completar su legítima. Esto demuestra que el criterio de preferencia de la ley, para la sucesión de los descendientes legítimos sin descendientes suyos de igual clase que lo sean, es: primero, para los ascendientes, por su legítima, la mitad del caudal en pleno dominio; segundo, para el viudo por su cuota usufructuaria, la tercera parte del caudal con cargo á la mitad libre de la herencia; y, por último, para el hijo natural, por su legítima, de la mitad de herencia de libre disposición, ó sea la *cuarta parte* de la totalidad de la misma, que, como unida á la tercera en usufructo del viudo, superaría á dicha mitad, habrá de adjudicarse á dicho hijo natural en pleno dominio, no esa cuarta parte, sino una sexta parte y el resto hasta completar dicha cuarta parte, ó sea una dozava parte más, en nuda propiedad, de lo que en usufructo se adjudique al viudo mientras éste viviere, consolidándose á su muerte en favor del hijo natural y quedando reducida, en este caso, la libre disposición del testador á la nuda propiedad de una *cuarta parte* de la totalidad de la herencia.

EJEMPLO: 30.000 unidades de caudal líquido hereditario.

*Concurrir dos ascendientes de igual grado, pero de distinta línea, abuelo paterno y abuela materna, con cónyuge viudo.*

Al abuelo paterno y á la abuela materna, por su legítima, la mitad del caudal hereditario, que dividirán entre sí por sucesión *in líneas*:

En pleno dominio.....	15.000
Al cónyuge viudo, por su legítima, en usufructo, 10.000.	
Quedan para libre disposición:	
En pleno dominio.....	5.000
En nuda propiedad, correspondiente á lo adjudicado en usufructo al viudo.....	10.000
TOTAL.....	30.000

71. D. *No existir descendientes ni ascendientes legítimos, pero sí cónyuge viudo.*

Provee á este supuesto el art. 837 declarando fija la cuota usufructuaria del viudo en una *mitad de la herencia*; y siendo la nuda propiedad de esta mitad y el pleno dominio de la otra de libre disposición del testador, salvo los derechos que á su respectiva legítima pudieran tener los hijos naturales legalmente reconocidos, ó por la muerte de éstos sus descendientes legítimos, el padre ó madre de éstos y los hijos legitimados por concesión Real, según los arts. 842, 843, 846 y 844, que á cada uno señala el Código, y que no pasan de la tercera parte en pleno dominio, compatible en cantidad con la mitad de la herencia en usufructo que corresponde al cónyuge viudo en tales casos, según dicho art. 837. Corresponderá, por tanto, al cónyuge difunto, testador en los mismos, la libre disposición de la nuda propiedad de la mitad del caudal que se ha de adjudicar en usufructo al viudo y la de la sexta parte restante del caudal, correspondiente á la otra mitad, de la cual ha de sacarse el tercio de legítima de la totalidad de la herencia del hijo ó padre ó madre naturales—y en representación del primero premuerto sus descendientes legítimos— y del hijo legitimado por concesión Real.

Por esto, si concurrieran herederos de estas tres clases, distribuirán igualmente entre sí la tercera parte del caudal hereditario que, como legítima, les reconoce á todos el Código.

72. E. *Concurrir hijos ó descendientes naturales reconocidos, padre ó madre natural de éstos, con el cónyuge viudo; y dentro de este supuesto, las siguientes hipótesis:*

a. *Concurriendo aquéllos con el viudo y con hijos ó descendientes legítimos.*

Como los hijos naturales—ó descendientes legítimos de éstos, en su representación cuando hubieren premuerto—, el padre ó madre naturales de aquéllos y el hijo legitimado por concesión Real, tienen los primeros, en el caso de concurrencia con hijos ó descendientes legítimos, derecho á la mitad de la cuota que corresponde á cada uno de los legítimos no mejorados, según el art. 840, y de igual derecho disfrutaban por analogía los demás antes citados, según los arts. 843, 846 y 844, respectivamente, pero han de deducirse las legítimas de todos éstos, conforme

á dicho art. 840, del tercio de libre disposición, «siempre que quepa dentro de él», y *no más*, «deduciendo antes los gastos de entierro y funeral, conforme á dicho art. 840, ninguna incompatibilidad de cantidad ofrecen tales supuestos y preceptos con la cuota vidual, puesto que, por existir hijos y descendientes legítimos, ésta ha de formarse con arreglo al tipo de igualdad de la legítima de los descendientes legítimos no mejorados, según el art. 834, y sacarse del tercio destinado á mejora, según la regla general del 835; desenvolviéndose, por consiguiente, todo lo relativo al pago de la legítima de hijos naturales, descendientes legítimos de éstos, en su representación, padres naturales ó hijos legitimados por concesión Real, sólo en la esfera y cuantía del último tercio ó de libre disposición, y aun limitándose á lo que en él quepa, después de deducidos los gastos de entierro y funeral, y ningún contacto ni conflicto puede ofrecerse con la legítima de los hijos ó descendientes legítimos y la del cónyuge viudo, que han de pagarse sólo con cargo á los otros dos tercios, el primero de legítima estricta, y el segundo destinado á mejora.

b. Concurriendo dichos hijos naturales ó descendientes legítimos de los premuertos, padre ó madre naturales é hijos legitimados por concesión Real, con el viudo y ascendientes legítimos, pero *no* descendientes.

Indicada queda la solución al examinar el supuesto de la letra C.

c. Concurriendo los mismos ó alguno de ellos, solos con el viudo sin descendientes ni ascendientes legítimos del cónyuge difunto y causante de la sucesión.

También se deja anotada la solución correspondiente, al tratar del supuesto de la letra D.

d. Concurriendo con el viudo hijos legitimados por concesión Real, cuya legitimación sea anterior á la fecha en que empezó á regir el Código civil, y posterior á la en que falleció el causante de la sucesión.

Este supuesto singular es un caso de *transición*, resuelto por sentencia de 8 de Noviembre de 1893 (1), del cual se deduce el *criterio* para dicha *transición* en el lugar correspondiente (2), y conforme á las declaraciones de aquélla, haciendo aplicación de los arts. 837 y 844, y de las reglas 1.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> de las *transitorias*, se mantiene á los hijos legitimados por gracia del Rey, cuando no concurren descendientes legítimos en el derecho á igual cuota que éstos, según se le reconocían las leyes 4.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup>, tít. 14, Partida VI, y como éste es más extenso que el que les atribuye, después del Código, su art. 844, y resulta incompatible en cantidad con el que para tal hipótesis, de no dejar el testador descendientes ni ascendientes legítimos, declara el 837 á favor del cónyuge por su cuota vidual, ésta ha de reducirse en los límites que sea preciso, por tal *criterio* de

(1) Inserta en el núm. 25 de este capítulo.

(2) Núm. 184 de este capítulo.

*transición*, ó á lo sumo cabría, como solución alternativa, por analogía, que, dada la equivalencia á los legítimos, que en este supuesto otorgaban las leyes de Partida á los legitimados, se considerara el caso como uno de concurrencia del viudo con hijos ó descendientes legítimos, y se le reconociera una cuota igual en usufructo á la que por legítima correspondía á dichos hijos ó descendientes legítimos, deducida, si fuere uno, por la regla singular del pár. 2.<sup>o</sup> del art. 834, ó si fueren varios, por la general del 835.

73. Cuarto. *De los hijos naturales legalmente reconocidos.*—Ya anunciamos en otro lugar (1) que en este volumen, aquí y en otros pasajes del mismo, se apreciaría cómo el Código ha prescindido de la distinción establecida en la legislación anterior entre los derechos del hijo natural en la sucesión *paterna* y en la *materna*, de qué suerte ha regulado los de la sucesión *testada* é *intestada*, en qué *proporción* ha admitido á la sucesión á los hijos naturales en concurrencia con prole legítima y otros parientes, y cuál ha sido, con variedad, el criterio de aumento ó disminución que en la *cuantía* de su derecho sucesorio ha establecido el Código para el de los hijos naturales, según los casos. Evaluando en parte esta referencia, procede tratar ahora de la *CUANTÍA DE LA LEGÍTIMA DE LOS HIJOS NATURALES EN LA SUCESIÓN TESTADA DE SU PADRE Ó MADRE NATURALES, EN LA CONCURRENCIA CON OTROS HEREDEROS FORZOSOS Ó NO DE ÉSTOS*. El espíritu en que se inspiran en esta materia los Códigos modernos es resueltamente favorable al sentido de determinar con mayor amplitud que las antiguas legislaciones el derecho legitimario de los hijos naturales, ya en orden á su reconocimiento por igual en la sucesión *materna* que en la *paterna*, ya en punto al aumento de su cuota por razón de legítima, si bien en este segundo extremo es menos resuelta la tendencia y más escatimado el aumento (2).

La Base *décimosexta* de la ley de 11 de Mayo de 1888, redactada bajo la influencia de este criterio, dice en su párrafo final: «Tendrán los hijos naturales reconocidos derecho á una porción hereditaria, *que si concurren con hijos legítimos nunca podrá exceder de la mitad de lo que*

(1) Núm. 54, cap. 26.<sup>o</sup>, t. V, 2.<sup>a</sup> edic., y nota primera.

(2) Ejemplo de ello el Código italiano, en cuyo informe al Senado se lee: «Equiparar el hijo natural al legítimo, hubiera sido un ultraje á la familia legítima, que es la base y el fundamento de la sociedad; pero no conceder absolutamente ningún derecho al hijo natural frente á los legítimos, hubiera sido una negación de los derechos y deberes, proclamados por la misma ley, mediante el reconocimiento voluntario ó forzoso.»

En fecha más reciente, la ley francesa de 25 de Marzo de 1896 ha regulado la cuota de los hijos naturales, cuando concurren con descendientes legítimos, en la mitad de la de éstos; cuando no hay descendientes legítimos y concurren con el padre ó la madre, aunque haya otros ascendientes, hermanos ó sobrinos carnales, las tres cuartas partes, y cuando no existen parientes de ninguna de estas clases todo el patrimonio.

por su legítima corresponda á cada uno de éstos; pero podrá aumentarse esta porción cuando sólo quedaren ascendientes (1).

Era lógico que en la materia de legítimas se notara esta resonancia, en armonía con el sentido más expansivo que generalmente campea en el Código en cuanto á la condición jurídica de los hijos naturales como algo más aproximada, aunque nunca totalmente similar á la de los legítimos y cuidadosamente distanciada de la prole ilegítima de otras especies, sobre todo desde que el segundo párrafo del art. 154 (2) los declaró comprendidos en la relación paterno-filial de la patria potestad, y el núm. 3.º del art. 134 (3) estableció que el hijo natural reconocido tenía «derecho á percibir, en su caso, la porción hereditaria que se determina en este Código».

Bueno será consignar aquí, sin embargo, por anticipada indicación que deje reducida en un principio esa tendencia progresiva, revelada, hasta cierto punto, en el Código en favor de los hijos naturales, á sus verdaderas proporciones, que precisamente en este punto de la *cuantía* de la legítima de los mismos, por inadvertencia ó por influjo de reminiscencias de criterio opuesto, rodeó la determinación de la cuantía de la legítima de los hijos naturales de tales motivos de resta de su importe, que pueden menguarla considerablemente, no siendo legalmente imposible que le hicieran poco menos que ilusoria, por lo disminuída ó poco positiva en algunos casos, á juzgar por las limitaciones y restricciones de que se hizo objeto su cuantía y que es indudable la someten á una contingencia y variabilidad que la hacen de condición muy incierta y mudable. Basta observar, para convencerse de ello, que tales limitaciones son á veces razonables, pero pueden resultar de gran alcance en muchos casos, como sucedería con el mismo tipo de la *mitad* en que se fija su cuantía para el caso de concurrir con hijos ó descendientes legítimos,

(1) Explicándola, declara el Presidente de la Comisión de Códigos que: «Lo importante en la materia es que la ley no confunda á los hijos legítimos con los naturales, ni á éstos con los de dañado y punible ayuntamiento; en la cadena de la generación son tres eslabones distintos y la ley debe hacer de ellos tres categorías diferentes. Para los hijos legítimos, *los dos tercios* de la fortuna del padre. Para los hijos naturales, una porción hereditaria, *variable* según los casos, pero siempre *inferior* á la que reciba el hijo legítimo menos favorecido. Para los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos, tan sólo el derecho á ser alimentados, mientras estén en la menor edad ó en la demencia. He aquí la gradación natural y justa.»—Alonso Martínez, ob. cit., t. I, pág. 249.

(2) Explicado en el núm. 54, cap. 26.º, y núm. 22, cap. 28.º, t. V, 2.ª edic., págs. 1.033 y 1.115.

(3) Explicado en el núm. 54, cap. 26.º, t. V, 2.ª edic.

Esta tendencia, algo expansiva, del Código, no ya sólo entre padres é hijos naturales, sino en otras aplicaciones civiles del mismo parentesco natural, es evidente, aunque indeciso, si se observa que llama á los hermanos naturales en la sucesión intestada (art. 945) á la formación del Consejo de familia (art. 302), y en cambio prescinde de ellos en la tutela legítima.

timos, de lo que á cada uno de éstos por su legítima corresponda, si son varios ó muchos y varios también los naturales; el límite máximo infranqueable de que no ha de exceder en ningún caso del *tercio de libre disposición*.

La más grave deducción, á que se somete la legítima de los hijos naturales en concurrencia con legítimos, es la de que de ese tercio de libre disposición que se le aplica para su pago, habrán de sacarse *antes* los gastos de entierro y funeral; y la condición, más nominal que efectiva, á que se la reduce, cuando el testador no dejare hijos ni descendientes, pero sí ascendientes legítimos y cónyuge viudo, es porque la legítima de éstos se antepone en su pago á la de los hijos naturales, previniendo que á éstos se adjudique en nuda propiedad, mientras viviere el viudo, lo que les falte para completar su legítima. Son estos medios indirectos de cercenarla y quebrantarla, hasta límites muy extremos, en muchas ocasiones, que resultan expresamente establecidos en los arts. 840 y 841 y que borran la eficacia con que ampara la integridad de la legítima, en general, el art. 813 (1), prohibiendo la imposición sobre *toda legítima*, de gravamen, condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo.

Estas indicaciones, que se comprueban en la explicación más concreta de dichos artículos, sirven á poner de manifiesto que la redacción del Código en este punto de la *cuantía* de la legítima de los hijos naturales estuvo solicitada por influjos y reservas mentales muy contradictorios, y que no es difícil descubrir alguna sustancial *antinomia* entre los preceptos que regulan dicha cuantía, sujetándola á determinadas deducciones que restringen su importe, y otros generales y especiales del Código relativos á igual materia, aludida por el art. 840 al fijarla, pero redactados, sin duda, fuera de aquella preocupación que inspiró tales limitaciones, impuestas á la misma.

Todavía les parece poco á algunos jurisconsultos ilustres (2) y á distinguidos comentaristas (3) ese conjunto de restricciones y atenuaciones con que se puede menguar la legítima de los hijos naturales, y claman contra ella diciendo que «es una institución peligrosa para la base orgánica de la familia y para las relaciones de los individuos que la constituyen, además de tener un marcado carácter de inmoralidad, en cuanto sanciona y beneficia hechos reprobados por la misma naturaleza».

No podemos suscribir semejantes agrias censuras contra la nueva institución de la legítima de los hijos naturales, que amplía y completa

(1) Explicado en el núm. 110 de este capítulo.

(2) Como Durán y Bas.

(3) López R. Gómez, ob. cit., t. I, pág. 567.

el Código respecto del Derecho anterior, y menos por el motivo alegado en último término, puesto que la inmoralidad sería la contraria, cuando la calidad de hijos naturales á quienes se aplica se funda en el necesario reconocimiento de los padres, voluntario ó forzoso, dentro del estrecho criterio que para la investigación de la paternidad y maternidad establece el mismo, y cuando todo puede decirse menos que la misma Naturaleza lo repruebe, ya que precisamente ésta es la que lo exige y justifica, y los prejuicios de predominio excluyente de la *legalidad* formal y estricta y de preocupaciones sociales, más ó menos respetables y discutibles, son los verdaderos motivos de su impugnación, á cuyo efecto nos remitimos á lo dicho en otro lugar (1).

74. La *cuantía* de la legítima de los hijos naturales y de sus *asimilados*—descendientes legítimos, padre ó madre naturales é hijos legitimados por concesión Real—tiene los siguientes caracteres: es *variable*, *relativa ó proporcional*, *progresiva*, en escala de menos á más, *limitada* y *provisional ó definitiva*, según las hipótesis á que se refieren los artículos 840, 841 y 842 y sus concordantes 843, 846 y 844.

Es *variable*, porque *no es* la *misma* en cada uno de los casos de concurrencia del hijo natural con hijos ó descendientes legítimos, con sólo ascendientes legítimos, ó sin descendientes ni ascendientes legítimos ó con ó sin cónyuge viudo.

Es *relativa ó proporcional*, porque se determina en relación ó proporción con cada uno de aquellos supuestos, sirviéndole de *tipo de comparación* y calculándose su cuantía en consideración á los mismos, á saber: si concurren con hijos ó descendientes legítimos, se regulará por un tipo *igual* al de la *mitad* de lo que *por legítima* corresponda á uno de aquéllos, que *no sea mejorado*; si concurre sólo con ascendientes, servirá de tipo para la comparación la *mitad de la parte de herencia de libre disposición*, ó sea la *cuarta parte de la herencia*; si concurre con otros herederos que no sean descendientes ni ascendientes legítimos, servirá de tipo para establecer la proporción de la legítima del hijo natural, la *tercera parte de la totalidad de la herencia*; y si concurre además con el viudo, la cuantía de la legítima del hijo natural se fijará en relación con el tipo de los antes indicados, correspondiente al supuesto respectivo, según la clase de herederos, pero si no hubiere bienes bastantes para completar la legítima de los naturales, dejando íntegra la cuota vidual en usufructo, se les adjudicará á aquéllos lo que les falte para completarla, sólo en nuda propiedad mientras viviere el viudo, á cuya muerte se *consolidará* aquélla con el usufructo y quedarán los bienes en que consista en definitivo y pleno dominio del hijo natural.

Ese tipo de comparación unas veces es la *cuota* de un partícipe,

(1) Núms. 4 á 8 y 46 á 56, cap. 26.º, t. V, 2.ª edic.

como en el caso de concurrir el hijo natural ó sus descendientes legítimos en su representación—cuando aquél hubiere premuerto—y otras la mitad ó el total del *caudal hereditario* en una proporción de *mitad de aquella mitad ó tercera parte de aquel todo*; y, por último, el tipo se modifica, no en cuanto á la cantidad, sino en cuanto á la calidad ó concepto en que se le adjudican los bienes para su pago, según que no haya ó haya viudo y no resulten ó resulten insuficientes los que existieran para cubrir la legítima del hijo natural después de satisfecha la preferente del viudo.

Es *progresiva* en escala de menos á más, por razón del tipo que la sirve de comparación, siendo generalmente menor y más variable si concurren hijos ó descendientes legítimos, puesto que no ha de consistir sino en la mitad de una *cuota igual* á la que *por legítima* corresponda á uno de éstos que *no sea mejorado*, y con la posible influencia de mayor disminución, si se han ordenado mejoras; que, si concurren sólo ascendientes legítimos, consiste en una *cuarta parte del total de la herencia*; que si no concurren descendientes ni ascendientes legítimos, en cuyo caso, se eleva á una *tercera parte* de toda la herencia; que si concurre viudo, en cuyo caso se corre el riesgo de que, por deficiencia de los bienes para pago preferente de la cuota usufructuaria vidual y de la legítima de los hijos naturales haya que completar ésta con adjudicaciones tan sólo en nuda propiedad, mientras viviere el viudo.

Es *limitada*, y en cierto modo *contingente*, no sólo en cuanto es *proporcional* y ha de subordinarse al tipo de comparación que, según los casos, sirve para regularla, sino porque está afecta á ciertas limitaciones, á saber: 1.ª, en que concurrendo con hijos ó descendientes legítimos, no ha de exceder del *liquido* del tercio de libre disposición, y sólo será eficaz en lo que quepa dentro de él, aunque por la comparación con la mitad de la cuota correspondiente por legítima al hijo ó descendiente legítimo no mejorado, que le sirve de tipo para fijarla, resultara mayor; 2.ª, que, además, en el caso anterior, habrán de deducirse de ese tercio de libre disposición, *antes* de aplicarse al pago de la legítima de los hijos naturales, todos los gastos de entierro y funeral; y 3.ª, la de reducirse á adjudicaciones en *nuda propiedad* en el indicado caso de concurrencia del viudo y falta de bienes para el pago de la legítima de hijos naturales después de satisfecha la cuota vidual con la preferencia expresa que el Código le atribuye sobre aquélla.

Es, finalmente, *provisional ó definitiva*, por razón de *calidad* no de *cantidad*, según que medie ó no la expresada última circunstancia de deficiencia de bienes para hacer completo pago en pleno dominio de todos los derechos legitimarios, en el caso de concurrencia del viudo.

75. Los diferentes casos de sucesión en que pueden concurrir hijos naturales ó, en representación de los premuertos, sus descendientes legítimos