

timos, han de referirse á los tres supuestos, que, respectivamente, regulan los arts. 840, 841 y 842, según que la concurrencia de dichos naturales sea con descendientes legítimos, con ascendientes legítimos ó con herederos que no tengan uno ni otro carácter.

En el primer supuesto de concurrir hijos naturales con hijos ó descendientes legítimos, hay que distinguir:

1.º El número respectivo de los unos y los otros.

2.º Si, siendo varios los hijos ó descendientes legítimos se ordenó ó no mejora á favor de alguno ó algunos de ellos, y si ésta fué de todo el tercio destinado á mejora ó de parte de él.

3.º En todos, también, si concurre ó no cónyuge viudo, y, en caso afirmativo, si los hijos legítimos son ó no de varios matrimonios, y en todos, también, lo relativo á los gastos de entierro y funeral.

En el segundo supuesto, ó de concurrencia de hijos naturales con ascendientes legítimos, hay que distinguir:

1.º El número y grado de los ascendientes y el número de los hijos naturales.

2.º Si concurre ó no cónyuge viudo.

En el último supuesto de no concurrir con hijos naturales, hijos ó descendientes ó ascendientes legítimos, no hay que hacer ninguna distinción y es indiferente, para fijar la cuantía de la legítima del hijo natural y determinar el concepto de la adjudicación de bienes en pago de ella la circunstancia de que concurra ó no cónyuge viudo.

Es común á todos los supuestos la hipótesis de haberse ordenado ó no legados por el testador con aplicación á la parte de libre disposición que en cada uno de ellos correspondiera y según el importe á que ascienda la totalidad de los mismos.

Con arreglo á estas bases y distinciones, examinemos á continuación los diferentes casos que pueden presentarse y las soluciones que les corresponden, según los preceptos del Código, seguidos, para mayor claridad, de las *soluciones, ejemplos y explicaciones* necesarios:

76. A. Primer supuesto.—CONCURRENCIA DE HIJOS NATURALES Ó DE SUS DESCENDIENTES LEGÍTIMOS, EN SU REPRESENTACIÓN, CUANDO AQUÉLLOS HUBIEREN PREMUERTO CON HIJOS Ó DESCENDIENTES LEGÍTIMOS.

77. a. UN HIJO LEGÍTIMO Ó UN DESCENDIENTE Ó DESCENDIENTES LEGÍTIMOS DE AQUEL PREMUERTO, CON UN HIJO NATURAL Y CON Ó SIN CÓNYUGE VIUDO Y SIN Ó CON MEJORA, TOTAL Ó PARCIAL, Á DESCENDIENTE LEGÍTIMO DE GRADO ULTERIOR.

78. Las *soluciones legales*, en este caso, serán: no habiendo mejora ni cónyuge viudo, *dos tercios* en *pleno dominio* de la herencia al hijo legítimo ó en su representación, si hubiere premuerto, á sus descendientes legítimos, y el otro *tercio* en *pleno dominio*, al hijo natural como *cuota igual* á la mitad de la legítima del legítimo, pero reducida á lo que

quede de dicho tercio después de pagarse los gastos de entierro y funeral, dejándose sin efecto los legados que hubiere ordenado el testador, por gravar indebidamente la legítima del hijo natural.

Si *existiere viudo, pero no mejora*, la cuota vidual consistirá en el usufructo del *segundo tercio*, destinado por la ley á mejora, reduciéndose la legítima del hijo ó descendiente legítimo que le represente á un tercio de la herencia en *pleno dominio*, y el otro, cuyo usufructo se adjudica al viudo, en *nuda propiedad* (arts. 834, 2.º párrafo, y 840); haciéndose, por necesaria analogía, distinción semejante en el doble concepto de aplicación de bienes en pago de la legítima al hijo natural, la mitad de cuyo importe se le adjudicará en *pleno dominio*, y la otra mitad en *nuda propiedad*, y el usufructo de esta segunda mitad quedará de libre disposición y se consolidará también á la muerte del cónyuge viudo.

Si *hubiera mejora—pero no concurriera cónyuge viudo—*de descendiente legítimo de grado ulterior, que puede ser mejorado, y aquella fuere *total*, la legítima del hijo legítimo se reducirá al tercio de legítima estricta, en *pleno dominio*; el segundo tercio se aplicará al mejorado, también en *pleno dominio*, y al hijo natural, por su legítima se le dará, igualmente en *pleno dominio*, la *mitad* de lo adjudicado al hijo por legítima, en el tercio de libre disposición; quedando para éste la otra mitad de dicho tercio, en *pleno dominio*, de la cual se deducirán, entonces, los gastos de entierro y funeral.

Si la mejora fuere *parcial* se adjudicará al hijo ó descendientes legítimos que le representen, si hubiere premuerto aquél, en *pleno dominio*, el tercio de la legítima estricta, y además también en *pleno dominio*, lo que reste del destinado á mejora, que no se haya aplicado á la misma; al mejorado, la cantidad en que consista la mejora parcial, sacada del segundo tercio destinado á mejora, en *pleno dominio*; todo esto en el caso de que no concurriese cónyuge viudo. Si *concurriese éste*, el legítimo no percibirá por su legítima más que el tercio de la estricta en *pleno dominio*, y en *nuda propiedad* lo que reste del tercio destinado á mejora, no aplicado á ésta por ser *parcial*; al mejorado, el importe de la mejora *parcial*, pero sólo en *nuda propiedad*; y el usufructo de los bienes, á que se refieren las dos adjudicaciones anteriores en *nuda propiedad*, constituirá la *cuota vidual*; al hijo natural, por su legítima, que ha de consistir en una *cuota igual*, en *cantidad* y *calidad*, á la mitad de lo que corresponda al legítimo no mejorado, se le adjudicará la *mitad* en *pleno dominio* y la *mitad* en *nuda propiedad* de lo que se hubiere adjudicado al legítimo en uno y otro concepto, por su legítima, y quedará como de *libre disposición* la *cuarta parte* del tercio último, ó de esta clase, en *pleno dominio* y la otra *cuarta parte* del mismo en *usufructo*, aplicándose ambas á lo que el testador hubiere dispuesto libremente, y,

en su defecto, acrecerán *dichas dos cuartas partes de pleno dominio y de usufructo* al legítimo, instituido de modo general; debiendo sacarse de esta cuarta parte en *pleno dominio* los gastos de entierro y funeral, y sólo cuando no fuere suficiente aquella cantidad para satisfacerlos se deducirá lo que falte de la legítima del hijo natural.

79. EJEMPLOS: 30.000 unidades de caudal líquido hereditario.

1.º

a. Sin concurrencia de cónyuge viudo, ni mejora de descendiente de grado ulterior.

Al hijo legítimo, ó descendientes legítimos que le representen, si hubiere premuerto, por su legítima, *dos tercios*:

En pleno dominio.....	20.000
Al hijo natural, por su legítima, deducidos <i>antes</i> los gastos de funeral y entierro, en ella comprendidos, como carga especial de la misma que ha de sacarse <i>antes</i> de este último tercio, según el art. 840:	
En pleno dominio.....	10.000
TOTAL.....	30.000

2.º

b. El mismo caso anterior, también sin mejora, pero concurriendo cónyuge viudo.

Al hijo legítimo, ó en su representación á sus descendientes legítimos, si aquél hubiere premuerto, por su legítima:

En pleno dominio.....	10.000
En nuda propiedad.....	10.000
Al viudo, en usufructo, las mismas 10.000, antes adjudicadas en <i>nuda propiedad</i> al hijo ó descendiente legítimos.	
Al hijo natural, por su legítima, que ha de consistir en una cuota <i>igual</i> á la <i>mitad</i> de la que corresponde al único legítimo, no mejorado; y, para que así sea, debe ser dicha <i>mitad</i> , lo mismo en <i>cantidad</i> que en <i>calidad</i> :	
En pleno dominio, pero con la reducción previa de los gastos de funeral y entierro, como carga especial que afecta al tercio en este caso, según el art. 840.....	5.000
En nuda propiedad.....	5.000
Queda como parte de <i>libre disposición</i> , 5.000, en usufructo.	
TOTAL.....	30.000

3.º

c. Sin concurrencia de cónyuge viudo, pero con mejora total á favor de descendiente legítimo de grado ulterior.

Al hijo legítimo, ó descendientes legítimos que le representen, si hubiere premuerto, por su legítima, un tercio:

En pleno dominio.....	10.000
Al descendiente legítimo de grado ulterior (nieto ó nietos ó bisnietos), por su mejora total del segundo tercio:	
En pleno dominio.....	10.000
Al hijo natural, por su legítima, sin deducir <i>antes</i> los gastos de funeral y entierro, en ella comprendidos como carga especial de dicho tercio, según el art. 840, á no ser que no bastara para ellos el resto que queda de libre disposición:	
En pleno dominio.....	5.000
Quedan como de libre disposición por el testador.....	5.000
TOTAL.....	30.000

4.º

d. Sin concurrencia de cónyuge viudo y con mejora parcial de 5.000 á favor de descendiente legítimo de grado ulterior.

Al hijo legítimo, ó descendientes legítimos que le representen, si hubiere premuerto aquél, por su legítima, el tercio de legítima estricta y lo que queda sin aplicarse á mejora del segundo tercio destinado á ella, que en el caso del ejemplo es la mitad:

En pleno dominio.....	15.000
Al descendiente legítimo de grado ulterior (nieto ó nietos ó bisnietos, etc.), por su mejora parcial de 5.000:	
En pleno dominio.....	5.000
Al hijo natural, por su legítima, que ha de consistir en una cuota <i>igual</i> á la <i>mitad</i> de la que corresponde al único legítimo no mejorado:	
En pleno dominio.....	7.500
Queda como parte de libre disposición, de la cual se deducirán los gastos de entierro y funeral, y si no bastaran, el resto que falte de la legítima del hijo natural, según el art. 840:	
En pleno dominio.....	2.500
TOTAL.....	30.000

5.º

e. *Concurriendo cónyuge viudo y con mejora total á favor de descendientes legítimos de grado ulterior.*

Al hijo legítimo ó descendientes legítimos que le representen, si hubiese premuerto, por legítima, un *tercio*:

En pleno dominio.....	10.000
Al descendiente ó descendientes legítimos, de grado ulterior (nieto ó nietos ó bisnietos), por su mejora total del segundo tercio:	
En nuda propiedad.....	10.000
Al viudo, en usufructo, las misma 10.000 adjudicadas en nuda propiedad al descendiente legítimo mejorado.	
Al hijo natural, por su legítima, sin deducir antes los gastos de funeral y entierro, en ella comprendidos como carga especial de dicho tercio, según el art. 840, á no ser que no bastare para ellos el resto que queda de libre disposición:	
En pleno dominio.....	5.000
Quedan como de libre disposición por el testador.....	5.000
TOTAL.....	30.000

6.º

f. *Concurriendo cónyuge viudo, pero con mejora parcial de 5.000 á favor de descendiente legítimo de grado ulterior.*

Al hijo legítimo, ó descendientes legítimos que le representen, si hubiere premuerto, por su legítima, el tercio de legítima estricta y lo que queda sin aplicarse á mejora del segundo tercio destinado á ella, que en el caso del ejemplo es la mitad:

En pleno dominio.....	10.000
En nuda propiedad.....	5.000
Al descendiente legítimo de grado ulterior (nieto ó nietos ó bisnietos, etc.), por su mejora parcial de 5.000:	
En nuda propiedad.....	5.000
Al viudo, en usufructo, por su cuota igual á la que en pleno dominio lleva por su legítima el hijo legítimo, que se forma con las 5.000 que el mismo lleva en nuda propiedad y las otras 5.000 que en igual concepto lleva el descendiente mejorado.	

Al hijo natural, por su legítima, que ha de consistir en

una cuota *igual* á la *mitad* de la que corresponde al único legítimo no mejorado; y para que así sea debe ser dicha mitad, lo mismo en *cantidad* que en *calidad*.

En pleno dominio, pero con la reducción previa de los gastos de funeral y entierro, como carga especial que afecta al tercio en este caso, según el art. 840.....	5.000
En nuda propiedad.....	2.500
Queda como parte de libre disposición:	
En pleno dominio.....	2.500
En usufructo de las 2.500 que se adjudican en nuda propiedad para formar la legítima del hijo natural, otras 2.500 del usufructo correspondiente.	

TOTAL..... 30.000

80. La solución del ejemplo número *primero*, no obstante su sencillez y su evidente exactitud, sugiere una observación de cierta importancia, cual es la de que, contra lo que establece, á manera de fundamento capital del régimen jurídico de la sucesión testada, en el Código, la Base *décimosexta*, á las que había de acomodarse su redacción, deja de aparecer distribuido el haber hereditario en tres partes iguales; la última de ellas, de *libre disposición*, que queda suprimida por imposible aritméticamente, en este caso de un solo hijo legítimo y otro natural, puesto que al primero pertenece, según el art. 808, los dos tercios de la herencia, por su legítima, y al segundo, por igual concepto, la *mitad* de lo que á aquél corresponda, ó sea el tercio restante, aunque mermado por el descuento de los gastos preferentes de funeral y entierro que se le imponen como carga especial, según el art. 840, resultando de ello que el testador carece absolutamente en este caso de toda libertad para disponer ni de la más insignificante cantidad ó valor de la herencia.

Violento es este resultado y contradictorio del sistema general del Código sobre la materia; pero, así y todo, es inexcusable, por hallarse ajustado á los preceptos de dicho art. 840 y ser matemáticamente imposible otra solución que dejara á salvo la facultad en el testador de disponer del tercio libre, según aquella Base *décimosexta*, la cual, como todas las contenidas en la ley de 11 de Mayo de 1888, sin embargo de ser *legales*, y no meramente *doctrinales*, ya hemos dicho repetidamente (1) que en competencia ó discordancia con el articulado del Código, ha de predominar siempre éste sobre aquéllas, y así lo tiene declarado también la jurisprudencia (2).

(1) En este capítulo, núm. 43, y en otra multitud de lugares de esta obra.

(2) Sent. de 24 de Junio de 1897.

Los partidarios de que, tanto en este caso del art. 840, como en el del 834, se entienda la frase de ambos, «lo que por legítima corresponda», como equivalente al tercio de legítima estricta, pretenden, y alegan en defensa de su opinión que así queda salvada esa anomalía, pues la mitad de ese tercio será entonces la mitad del tercio de libre disposición, ó sea la *sexta parte* de la herencia, que se aplicará al hijo natural por su legítima, y quedará otra sexta parte de la misma para que pueda el testador disponer libremente de ella; pero ni aun así quedaría realmente salvada la Base *décimosexta*, que establece sea la tercera parte y no la sexta la de libre disposición, y además de ser arbitraria y deficiente la solución para mantener la integridad de aquel texto legal en términos nada más que *á medias*, compatible con el terminante del art. 840, habría que renegar de cuanto se deja dicho en diferentes pasajes de este capítulo, y se cree demostrado hasta la saciedad, en defensa del concepto legal y cuantía de la legítima de los descendientes legítimos, consistente para nosotros en los dos tercios íntegros de la herencia del ascendiente, siempre que éste no haya ordenado mejora, como ocurre en la hipótesis de que se trata.

Lo único que dentro de esta doctrina de recta interpretación sería posible para que el padre ó madre con un hijo legítimo y otro natural conservara algo de la libre disposición, sería que teniendo nietos legítimos ordenase una mejora en favor de alguno de ellos, pues, entonces, si la mejora era el total del tercio, la legítima del hijo legítimo se reduciría al otro tercio de la estricta, y la del natural á la mitad del tercio último, quedando la otra mitad para la libre disposición; y si la mejora era parcial, la reducción de la legítima del legítimo sería el tercio íntegro de legítima estricta, y á lo que quedare del segundo tercio destinado á mejora sin haberse hecho objeto de ella, y la del natural se reduciría á la mitad de lo que arrojará esta suma, que no consumiría todo el último tercio, quedando lo que sobrare para la libre disposición.

Las soluciones del ejemplo número *segundo*, que ofrecen tan diferente resultado para el hijo natural respecto de las del número *primero*, se ajustan, sin embargo, al art. 840 y su concordante 834, y extensas explicaciones ya antes consignadas (1), con motivo de la cuota vidual, acerca de la que consideramos más recta interpretación de este último, así como á los demás que tienen con ellos relación, como son el 808 (2) y demás de aplicación general.

Según el 840, la legítima del hijo natural, en concurrencia con hijos ó descendientes legítimos, si hubieren premuerto todos ó alguno de aqué-

(1) En los números 73 y siguientes y 60 y siguientes, respectivamente, de este capítulo.

(2) Explicado en el núm 58, ídem íd.

llos—lo cual es indiferente para este efecto, porque sucederán *in stirpes* y en representación de los mismos, siendo igual para su cuantía que aquél suceda con hijos legítimos sólo, con nietos sólo ó con hijos y nietos, ha de consistir en «la *mitad* de la cuota que corresponda á cada uno de los legítimos *no mejorados*, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición, del cual habrá de sacarse, deduciendo *antes* los gastos de entierro y funeral. Su medida está determinada por estas dos circunstancias: la mitad de la legítima del legítimo y lo que quepa dentro del tercio de libre disposición, deducido, precisamente, el importe de aquellos gastos, como carga especial que la ley expresamente impone á estos legitimarios.

Ahora bien; para que así sea es preciso que dicha mitad sea lo mismo en *cantidad* que en *calidad*, y no *más* ni *menos* en uno ni en otro concepto, sin que pueda prescindirse de ninguno de los dos, *cuantitativo* y *cualitativo*, para fijar dicha *mitad* por la legítima del hijo natural, con relación á la cuota que por legítima *corresponda* al hijo ó descendiente legítimos; porque si se regulase dicha mitad sólo por lo adjudicado por su legítima al legítimo en *pleno dominio* y se prescindiera de lo que también por legítima se le adjudica en *nuda propiedad*, se le daría al natural, por su legítima, *menos* de esa *mitad*, en *cantidad* y *calidad*; y si se regulase dicha *mitad* por su legítima, por la suma de las dos adjudicaciones en *pleno dominio* y en *nuda propiedad*, aplicando á la determinación de la legítima del natural sólo el criterio *cuantitativo* de la mitad de dicha suma, haciéndole adjudicación *in pleno dominio* de la *mitad de ese total*, además de sumarse conceptos jurídicos heterogéneos y en realidad valores diferentes, completos y actuales los unos, en lo que se le ha adjudicado en pleno dominio, é incompletos y futuros los otros, en lo que se le ha adjudicado en nuda propiedad, se le daría al natural *más de la mitad*, en *cantidad* y *calidad*, de lo adjudicado al legítimo por su legítima, contra lo que preceptúa el art. 840.

En su consecuencia, debe quedar como parte de *libre disposición*, sobre la que puede ordenar libremente el testador ó acrecer al legítimo, si le hubiere instituido heredero de modo general ó por falta de disposición expresa acerca de ello, el usufructo de lo adjudicado en *nuda propiedad* al hijo natural, sin que pueda decirse que entonces lleva el hijo ó descendiente legítimos este usufructo de *más*, porque no lo lleva por concepto de *legítima*, y la medida de la legítima del hijo natural es la mitad de lo que corresponda al legítimo *por legítima*, y no por algún otro concepto; siendo de advertir, como única solución *interpretativa* conforme á la mente general del Código, ya que en este punto, como en tantos otros, es deficiente y ocasionado á grandes confusiones, que el término de *consolidación* habrá de entenderse *por condición tácita de carácter legal*, remitido á la *misma fecha* en que se consolide el usu-

fructo del viudo, por la muerte de éste, pero operándose la consolidación en favor del hijo natural, que tiene adjudicada la *nuda propiedad* de esta parte, á la vez que se consolida el usufructo que disfrutó el viudo en favor del hijo legítimo, para que, en *todo tiempo*, resulte verdad que el hijo natural tiene por legítima una cuota *igual*, en *cantidad y calidad*, á la *mitad* de lo que corresponda, *por legítima*, al hijo ó descendiente legítimo.

Por estas razones, y con el natural temor de equivocarnos al formular una opinión que no tiene precedentes que sepamos, y así lo advertimos, no podemos suscribir la ilustrada de algún reputado comentarista (1), cuando se limita á afirmar, sin añadir razón alguna que lo justifique, que «la concurrencia del cónyuge superstite no influye en la legítima del hijo natural en los casos normales en que debe gravar el tercio de mejora», y si sólo se hace cargo del especialísimo de concurrir hijos de dos ó más matrimonios; ni tampoco nos brinde á imitación en este punto la conducta seguida por otros, también muy ilustrados (2), que prescinden, en sus numerosas hipótesis y luminosos ejemplos, del supuesto de la concurrencia del viudo con hijos ó descendientes legítimos é hijo natural, fuera del caso de ser aquéllos de varios matrimonios, y sólo tratan de dicha concurrencia del viudo con ascendientes é hijo ó hijos naturales.

Las soluciones del ejemplo número *tercero* ofrecen, respecto de las dos anteriores, la novedad, por adición, de que exista *mejora total* ó de todo el segundo tercio destinado á ella; hipótesis que es legalmente posible, aunque el supuesto de todos estos ejemplos es el de un hijo legítimo solo y un solo hijo natural, porque pueden existir, además de aquél, alguno ó algunos descendientes legítimos de grado ulterior, ó ser éstos varios hijos ó nietos de aquel premuerto y descendientes todos del testador de segundo ó posterior grado, y aunque todos representen para el efecto de la legítima al único hijo legítimo de éste que premurió, y sucedan *in stirpes*, puede ser, también, alguno de ellos objeto de mejora, según se dice y justifica en otro lugar (3) y tiene declarado el Tribunal Supremo (4). La distribución de la herencia en este caso se ajusta, no sólo á los arts. 808 y 840, respecto de la legítima de los hijos legítimo y natural, respectivamente, sino al 823, relativo á la mejora; y como ésta es total del segundo tercio destinado á ella y reduce á la mitad, ó sea á un solo tercio, la porción legítima del legítimo no mejorado, claro es que reduce igualmente á la mitad la del natural, que ha de consistir en la

(1) Manresa, ob. cit., t. VI, pág. 507.

(2) Mucius Scævola, ob. cit., t. XIV, págs. 748 y sig.

(3) Cap. 17.º de este tomo.

(4) Sent. de 19 de Diciembre de 1903.

mitad de lo que al primero corresponda por su *legítima*, y no por otro concepto alguno, quedando entonces, como de libre disposición por el testador, la otra mitad de su último tercio, á la cual habrá de cargarse en este caso, antes que á nada, la previa deducción de los gastos de entierro y funeral, que no llegarán á mermar la legítima del natural, si, como es probable, no exceden de dicha mitad libre.

Las soluciones del ejemplo número *cuarto* se refieren á las mismas hipótesis que el anterior, pero con la diferencia de que la mejora, en vez de ser *total es parcial*, ó sea de parte sólo del tercio destinado á ella, que en el caso del ejemplo es de la mitad, y en esa proporción se aumenta, comparado con el ejemplo anterior, la legítima del legítimo y la del natural, siéndole aplicable á este ejemplo todas las demás reglas que sirvieron para formular el precedente.

Las soluciones del ejemplo número *quinto* se diferencian de la del número *tercero* en que en aquél concurre cónyuge viudo, y en éste no; así es que toda la novedad, por adición, consiste en que hay que otorgar al viudo, en usufructo, una cuota igual á la que por legítima corresponde al legítimo, y como el usufructo vidual ha de recaer sobre el segundo tercio destinado á mejora, queda reducida ésta á la nuda propiedad de dicho segundo tercio en favor del mejorado, que consolidará con ella el usufructo á la muerte del viudo; no alterándose en nada lo relativo al hijo natural y á la libre disposición, de lo establecido en el ejemplo del número *tercero*, porque ni á una ni á otra afecta para nada la cuota vidual.

Las soluciones del ejemplo número *sexto* son el natural resultado de la combinación de los del número *quinto*, por concurrir igualmente viudo, y las del número *cuarto*, por tratarse de mejora *parcial* en el caso de ambos ejemplos *tercero* y *sexto*, consiste en la mitad del tercio destinado á mejora, siendo iguales las soluciones, en el uno y el otro, en cuanto á la legítima del hijo natural y á la parte de libre disposición.

81. Son *observaciones complementarias*, para completar la *explicación* del art. 840, las siguientes:

Primera. Cómo debe entenderse ó qué significa y á qué responde la extraña mención especial que este artículo hace, en su parte final, al decir, no sólo, «siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición», sino añadir, «del cual habrá de sacarse—la legítima de los hijos naturales—, deduciendo *antes*—claro es que del mismo referido tercio de libre disposición, no de la legítima, puesto que se saca *después* de esta deducción— los gastos de entierro y funeral».

Por de pronto, resulta indudable, en interpretación de este texto, que pudiéramos decir meramente *declarativa*, hecha con el empleo del simple elemento gramatical de hermenéutica: 1.º, que la deducción de dichos gastos de entierro y funeral es, en este caso al menos, por precepto

explicito del art. 840, de carácter *previo* y de responsabilidad *especial* á cargo exclusivo del tercio de libre disposición, pero no *directa*, lo repetimos, de la legítima de los hijos naturales, si bien debiendo sacarse dicha legítima del referido tercio, sólo *mientras quepa y hasta donde quepa* en el mismo, es evidente que aquella deducción vendrá, en definitiva, á redundar en quebranto ó aminoración de tal legítima, viniendo, por tanto, á producir el poco edificante resultado de que los hijos naturales costeen el entierro y funeral del padre común de ellos y de los legítimos, los cuales quedan descartados de tan piadoso deber, cosa que rechazan los que sean dignos de tal título de hijos, por repugnante y hasta ofensivo, pareciendo como una pena impuesta á los naturales, por su falta de filiación legítima, en lugar de un homenaje debido por todos al padre ó madre que les dió el sér; 2.º, que sólo así se salva, en apariencia, la contradicción con el precepto general del art. 813, párrafo segundo, que generalmente, también, y para toda clase de legítimas, prohíbe al testador «imponer sobre ellas gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo»; 3.º, que también se ofrece cierta antinomia entre este precepto *especial* del art. 840 y el *general* del 902, que señala como primera facultad de los albaceas, no habiéndolas determinado el testador, «disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador con arreglo á lo dispuesto por él en el testamento y, en su defecto, según la costumbre del pueblo»; con el 903, que faculta á dichos albaceas, «si no hubiere en la herencia dinero bastante para el pago de *funerales* y legados y los *herederos* — es decir, todos ó cualquiera de ellos — no lo aprontaran de lo suyo, para promover la venta de los bienes muebles, y no alcanzando éstos, la de los inmuebles, con intervención de los herederos; y con el 818, en cuanto establece que, para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaran á la muerte del testador, con deducción de las *deudas y cargas*, sin comprender en ellas las impuestas por el testamento».

La falta de armonía entre el art. 840 y estos otros se refiere á que, según los mismos, estos gastos de funeral y entierro—excepto los impuestos como *cargas* por el testador en el testamento, que pueden ser sufragios periódicos ó no, pero no son propiamente los específicos de funeral y entierro—, no existiendo otro precepto que determine su imputación á parte alguna señalada de la herencia, parecen constituir, como es natural, una regla *general* de que deben pesar sobre toda ella y ser motivo de baja ó de disminución común para todos los partícipes, de cuya regla resulta más señalada y chocante *excepción* el precepto especial del 840, que, al mandar que se saque la legítima de los hijos naturales del tercio de libre disposición, previene que *antes* se deduzcan los gastos de entierro y funeral, á no ser que se entienda que aprovecha esta inoportuna ocasión, para hacer, por incidencia, esta declaración con sen-

tido ó alcance general, cuando no lo hace en ninguno de los otros lugares del Código, en que fuera más pertinente, puesto que ni el 1894, segundo párrafo, al prevenir que «los gastos funerarios, proporcionados á la calidad de la persona y á los usos de la localidad deberán ser satisfechos, aunque el difunto no hubiere dejado bienes, por aquellos que hubieren tenido la obligación de alimentarle», ni el 1.924, número 2.º, letra *b*, al fijar la preferencia en este lugar de los devengados «por los funerales del deudor, según el uso del lugar y también los de su mujer y los de sus hijos constituidos bajo su patria potestad, si no tuviesen bienes propios» como regla de la clasificación de créditos y de su prelación, después de establecer otras en los anteriores en el caso de concurrencia de varios, son artículos que tengan otra relación con aquellos 840, 902, 903 y 818 citados, sino que fijan el alcance ó tipo de gasto por los funerales y su preferencia relativa en un concurso de acreedores; pero en nada sirven, fuera de estos extremos, para aclarar la cuestión, determinar el fundamento y fijar el alcance general ó especial de ese precepto de dicho art. 840. Es de notar, por último, en esta comparación de textos, que los de gastos de *funeral* suenan en todos, pero los de *entierro* no figuran más que en aquél.

Verdad es que en el Derecho anterior hay algún motivo que pudiera explicar esta imputación de dichos gastos á la parte de libre disposición, cual es la ley 30.ª de las de Toro (1), en la que se ordenó que los gastos de entierro y funeral se sacasen, como las otras mandas gratuitas del testador, del *quinto* de su hacienda, que era la parte libre, y no del cuerpo general de bienes, siquiera el testador ordenase lo contrario.

De todas suertes, no cabe negar lo terminante del precepto de dicho art. 840, así como tampoco desconocer lo fundado de su crítica desfavorable, ya por los resultados que en todos sentidos pueda ofrecer y juicios severos que merezca su práctica, si se interpreta como especial y dictada sólo con aplicación al caso en que concurren hijos naturales y como una limitación indirecta más de su legítima, ya por la manera incidental con que se formula y lugar impropio que en el Código ocupa, ya lo de que fuera menos censurable, si se hubiera establecido como precepto de carácter *general* para imputar en todo caso al tercio de libre disposición estas responsabilidades especiales, lo cual no es admisible por las razones expuestas y, sobre todo, por el sentido de los otros artículos citados que los hacen imputables á *toda* la herencia.

Segunda. Es también precepto especial del segundo párrafo del art. 840, que basta leer para ser comprendido, el de que «los hijos legítimos podrán satisfacer la cuota que corresponde—se sobreentiende que

(1) L. 9.ª, tít. 20, lib. X, Nov. Rec.

por su legítima--á los naturales, en dinero ó en otros bienes de la herencia á justa regulación».

No necesita este texto otra explicación que la de que, sin duda, responde á su propósito de evitar las posibles desarmonías más probables por la desigual condición filial entre los naturales y los legítimos, con motivo de la adjudicación de bienes en pago de su respectivo haber, y más que nada, en los casos en que se impusiera como solución forzosa la fórmula del *pro indiviso* en la aplicación de ciertos bienes y al consiguiente estado, propenso siempre á conflictos, del condominio; y que se trata de un derecho, ó sea de una facultad, de potestativo ejercicio en los hijos legítimos, á cuyo empleo no pueden ser obligados por los naturales, pero sí de obligatoria aceptación por parte de éstos, con la garantía de la *justa regulación*, que, por consiguiente, significa que sólo después de estar formulada la partición con todas sus operaciones de inventario, avalúo, liquidación, colación, división y formación de haberes y hasta proyecto, al menos, de adjudicación, con todas las intervenciones que de Derecho correspondan en la práctica de las mismas á los hijos naturales, como herederos forzosos que son, es cuando habrá llegado el caso de proceder con base suficiente al ejercicio, por opción voluntaria de los hijos legítimos, de la facultad que la ley les reconoce para pagar á los naturales su legítima en dinero, salvo el supuesto de que, en cualquier momento, y por convenio ó transacción entre unos y otros, lo concertaran así, estipulando una suma determinada al efecto; pues sin este convenio especial, que necesita, para ser *perfecto*, el consentimiento de los naturales, no pueden ser éstos compelidos á aceptar aquella solución subsidiaria hasta tanto que no se concluya la operación particional.

Tercera. Según se ha dicho y establece el art. 843, «los derechos reconocidos á los hijos naturales en los precedentes artículos, se transmiten por muerte á sus descendientes *legítimos*». Este precepto constituye una importante *adición* en la enumeración de los herederos forzosos—que por cierto no es sola, pues el 844 equipara, para estos efectos de la legítima, los hijos legitimados por concesión Real á los naturales—, que consigna el núm. 3.º del art. 807, según tenemos dicho, y ha motivado en algún comentarista (1) aparentes más que reales dudas de si debieran creerse comprendidos en él también los descendientes naturales del hijo natural premuerto, alegando, como argumento de colaboración, por analogía, lo dispuesto en el 846, al declarar que «el derecho de sucesión que la ley da á los hijos naturales pertenece por reciprocidad en los mismos casos al padre ó madre naturales»; y después de discurrir sobre el pretendido problema de exégesis, no puede menos el citado comentarista de rendirse á la evidencia de una solución negativa.

(1) López R. Gómez, ob. cit., t. I, págs. 575 á 577.

En efecto, no era necesario plantearlo: el art. 843 otorga esa sucesión y representación en los derechos legitimarios del hijo natural premuerto únicamente á sus descendientes *legítimos*, excluyendo, por tanto, á los que no lo sean ó fueran simplemente *naturales*, y no sólo no es dudoso que así lo estatuye, sino que no podía ni debía ser otra cosa, porque la relación paterno filial entre el padre y el hijo naturales, que no tiene por base otra que el reconocimiento voluntario ó forzoso del padre y no un estado permanente y demostrado de convivencia habitual entre los procreantes fuera de matrimonio, ni aunque lo tuviera sería lícito, á manera del antiguo concubinato, como fundamento de un pretendido é inadmisibles régimen de parentesco, excepto la individual relación entre aquellos procreantes y los procreados, no puede servir de base á organización familiar alguna de la que se derive de modo continuado y permanente el principio y el derecho de la representación en todos los lados que la generación extramatrimonial comprende, para los efectos legitimarios en la sucesión testada del ascendiente natural común.

En cuanto al argumento de analogía del art. 846, tal analogía no existe, puesto que, en armonía con el mismo criterio anterior, de no trascender este vínculo natural en la relación paterno filial de prole engendrada fuera de matrimonio más allá de procreantes y procreados, dicho artículo se limita á consagrar el principio de reciprocidad sólo entre padre ó madre é hijos naturales y viceversa; y lo mismo en este artículo que en el 843, si el legislador hubiera querido otra cosa, lo hubiera dicho.

82. *b. Un hijo legítimo ó un descendiente ó descendientes legítimos de aquel premuerto, con varios hijos naturales, con ó sin cónyuge viudo y sin ó con mejora total ó parcial de descendiente legítimo de grado ulterior.*

83. Las *soluciones legales* en este caso serán las mismas que en el anterior, según sus respectivas hipótesis, sin otra diferencia que, atendida la *pluralidad de hijos naturales* en el mismo, se dividirá entre ellos ó sus descendientes legítimos por *partes iguales, in capita* los primeros é *in stirpes* los segundos; y los ejemplos, los mismos, con esta simple modificación parcial y aritmética.

84. *c. Dos ó más hijos legítimos ó descendientes legítimos de aquel premuerto, con un hijo natural, con ó sin cónyuge viudo y sin ó con mejora total ó parcial de uno ó de varios de los hijos ó descendientes legítimos de grado ulterior.*

85. Las *soluciones legales*, en este caso, serán análogas á las de los dos anteriores, según las distintas hipótesis, sin más diferencia que la de que, teniendo en cuenta la nueva y especial circunstancia del mismo, que es la *pluralidad* de hijos ó descendientes legítimos ó de unos y de otros, entre sólo los primeros ó entre los primeros y los segundos, ó sólo entre