

que ninguno podia morir parte testado y parte intestado, y de ahí provino el derecho de acrecer, esto es, de aumentar al heredero instituido en determinada cantidad el resto de los bienes del testador, cuando este no habia dispuesto de ellos, ó cuando su disposicion no habia tenido efecto, para que de este modo se verificase que no habia muerto parte intestado, como habria sido si aquellos bienes quedasen sin heredero, cuyo nombramiento era lo que constituia principalmente el testamento. Para facilitar en algunos casos esta aplicacion se dividia el total de la herencia, que se llamaba *as*, como á su duplo *dipondium* y á su triplo *tripondium*, en doce partes (que se llamaban onzas) por la razon de que este número es el que se parte en mayor número de porciones iguales; y así es que si un testador instituia á un heredero en tres onzas, á otro en cuatro, y á otro sin determinar cantidad, se aplicaban á este cinco, con que se completaba el *as*, y si al primero señalaba ocho y al segundo siete, el tercero tomaba nueve con que se completaba el *dipondium*, y con estas disposiciones del derecho romano está enteramente conforme el de las Partidas,¹ como tambien en que si el testador instituye á un heredero solo en cosa determinada, este deberá llevar toda la herencia.

16. Mas estas disposiciones no tienen lugar, estando destruido el axioma de los romanos de

¹ LL. 17, 18 y 19, tít. 3, P. 6.

que no se puede morir parte testado y parte intestado por la ley recopilada¹ que declara válido el testamento, aun cuando no lo sea en cuanto á la institucion de heredero, en cuanto á las mandas y demas disposiciones que contenga. Por consecuencia de esa declaracion ha quedado destruido el derecho de acrecer en las herencias, y solo tendrá lugar cuando lo previniere el testador, cuya voluntad debe cumplirse religiosamente. Segun esta regla no habrá derecho de acrecer en las herencias, cuando uno solo es el instituido en cosa cierta, ó parte cuota de la herencia: ó son muchos los instituidos con partes expresas para cada uno, y señaladas por el testador, y en estos casos irán á los herederos legítimos, ó por intestado los demas bienes vacantes, de que no dispuso el testador.² Mas si este instituyere á muchos juntándolos ó en toda la herencia, ó en alguna parte de ella, como por ejemplo en el tercio, ó en el quinto, habrá entre ellos el derecho de acrecer, porque se juzga ser esta la voluntad del testador cuando les llama juntos á una cosa. El derecho de acrecer competerá solo á los herederos ó legatarios á quienes se haya dejado una herencia ó legado en comun, en la misma disposicion testamentaria, y sin designar en ella la parte de cada uno de los coherederos ó colegatarios; á menos que se trate de una cosa indivisible:

¹ L. 1, tít. 4, lib. 5 de la R., ó 1, tít. 18, lib. 10 de la N.

² Vela, disp. 47, n. 58.

favor de aquel ninguna deducción, ¹ y si el testador rogase á alguno que despues de su muerte restituya la herencia á otro, y el rogado profesase en religion capaz de sucesion hereditaria, gozaria la religion de la herencia hasta la muerte natural del heredero rogado, ó hasta el tiempo señalado para la restitucion. ² Como no era fácil que los fideicomisarios quisiesen recibir la herencia con la obligacion de restituirla toda, para que tuviesen alguna utilidad, se estableció ³ que tomasen para sí la cuarta parte líquida de ella, que es la que se llama *cuarta trebeliánica*. Pero esta quedó abolida por el artículo 18 de la ley de 10 de Agosto de 1857. Para computarla debia el heredero traer á cuenta lo que el testador le habia legado, y los frutos percibidos de la herencia mientras la habia tenido en su poder. ⁴ Si estos equivalian á la cuarta parte, debia restituir íntegra la herencia, y si no, podia tomar de ella lo necesario para completar aquella. ⁵ Pero si los frutos importaban mas, deben distinguirse, porque si el testador le señalaba día para la restitucion, y el heredero la hacia en él, eran suyos los percibidos hasta ese día, aunque excedieran

1 L. 1, tít. 4, lib. 5 de la R., ó 1, tít. 18, lib. 10 de la N.

2 Molin. de just. et. jur. tract. 2 D. 186, n. 3. Esto no podrá acontecer hoy, abolidas, como lo están, las órdenes monacales.

3 L. 14, tít. 5, P. 6.

4 L. 8, tít. 11, P. 6.

La misma.

de la cuarta; si no le señalaba día, y aquel á quien debia restituirse la herencia era negligente en pedirla sabiéndolo, eran del heredero los frutos sin contarlos en la cuarta, y si no habiéndosele señalado día, era rebelde difiriendo maliciosamente la restitucion, debia entregar el exceso. ¹ Esto se entiende del heredero extraño, pues si era hijo del testador, podia retener todos los frutos, sin que se le imputase nada en su legítima, que debia sacar íntegra; ² y lo mismo se decia por identidad de razon si era ascendiente, aunque con la advertencia que hace Gregorio Lopez ³ de que el hijo no podia sacar la cuarta, si sacaba su legítima; notando por último, que no tenia lugar la diferencia que establecia la ley de Partida ⁴ entre el que aceptaba voluntariamente la herencia, y el que era apremiado para ello, negando á este el derecho á la cuarta, porque ninguno puede ser apremiado para aceptar una herencia; ⁵ y tambien que el heredero que restituye, debia pagar por razon de la cuarta á proporeion las deudas del difunto. ⁶ No tenia lugar la cuarta trebeliánica en el testamento del soldado, si el testador prohibia que se sacase; si el heredero restituia toda la herencia por igno-

1 L. 8, tít. 11, P. 6.

2 La misma.

3 Gregor. Lop. glos. 9 de la ley 8.

4 Ley 8 citada.

5 L. 1, tít. 4, lib. 5 de la R., ó 1, tít. 18, lib. 10 de la N.

6 Ley 8 citada.

rancia; si no hacia inventario, y por último, si no queria aceptarla. ¹

23. Son libres para aceptar, ó repudiar la herencia, sea por testamento, sea por intestado, los mayores de veintiun años, y que no estén sujetos á otro, con tal que lo verifiquen llanamente y sin condicion alguna. Si el heredero se halla en poder de curador por falta de edad, ó por incapacidad legal, lo hará este á su nombre. El menor de catorce años, que no está bajo la patria potestad, solo puede aceptar herencia con permiso del juez. Si el heredero fuere mayor de catorce y menor de veintiuno, podrá aceptarla por sí, y entrar en ella, si no tiene padre ni curador; mas si le fuere gravosa, puede reclamar por vía de restitucion, y repudiarla con licencia judicial y audiencia de los acreedores del difunto, volviéndole el juez al estado que tenia antes de la adición ó aceptación.

24. Para la admision ó renuncia de la herencia conceden las leyes al heredero el derecho de deliberar, que es *la facultad para tomar acuerdo por sí, ó ayudado de sus amigos de si le conviene admitir ó desechar la herencia*. Para esta deliberacion se puede conceder el plazo de un año por el soberano, y de nueve meses por el juez ordinario del pueblo del difunto, ó de aquel en que esté la mayor parte de la herencia, pudiéndose li-

¹ L. 1 citada de la R. 6 en la N.

mitar hasta cien dias, si se entendiere que son bastantes. Este plazo deberá pedirse por los herederos antes que se otorguen por tales de palabra ó de hecho, y durante él podrán hacer que se les manifiesten los papeles pertenecientes á la herencia para instruirse mejor. ¹ Si el heredero muriere antes de haberse concluido el término que se le habia concedido, el que lo fuere suyo disfrutará la parte que le reste; ² pero si falleciere despues de concluido el plazo sin haber admitido la herencia, y no fuere descendiente del testador, su heredero no tendrá ningun derecho á ella; mas si descendiere del testador será lo contrario. ³ Mientras dure el plazo concedido para deliberar no puede el heredero enagenar cosa alguna de las pertenecientes á la herencia sin preceder mandato de juez fundado en justa causa, como para pagar los gastos del entierro del testador, ú otras cosas necesarias, que si no se hiciesen podrian resultar dañados ó menoscabados los bienes hereditarios. ⁴ Y si el heredero se resolviere á no aceptar la herencia despues de haber tomado algunas cosas de ella, las debe restituir al que entre en los bienes; y si no lo hiciere, presentará éste una relacion jurada de las cosas tomadas, á que deberá estarse, estimando el juez, segun su arbitrio, la suma en que debe jurar. ⁵

¹ LL. 1 y 2, tít. 6, P. 6.

² L. 19, c. de jur. delib.

³ L. 2, tít. y P. cit.

⁴ L. 3, tít. 6, P. 6.

⁵ L. 4, del mismo.

25. Además del beneficio de deliberar tienen otro los herederos para no ser obligados á mas de lo que importa la herencia, y es el de *inventario*, cuyas especies, circunstancias y efectos se explican en el lib. 3, pues aceptando la herencia con este beneficio, y formándolo con las solemnidades y dentro del término que señalan las leyes, solo queda obligado á satisfacer las deudas hasta donde alcance el caudal; ¹ y si tuviere alguna pretencion ó derecho contra el testador, le queda á salvo. ² Mas el heredero que acepta la herencia llanamente, ó entra en ella sin hacer inventario con la competente justificacion, y dentro del término legal, debe pagar íntegramente por el hecho mismo no solo las deudas, sino los legados que dejó el difunto, á lo cual quedan obligados sus propios bienes en caso de que no alcancen los de la herencia, pues por la admision se mezclan y confunden con los bienes y derechos del heredero. ³

26. Mientras no sea cumplido el tiempo que concede el derecho para hacer el inventario, no pueden los acreedores del difunto emplazar al heredero por las deudas que dejó, y si tomaren algunas cosas de propia autoridad, deberán devolverlas y perderán su derecho. ⁴ Tampoco pueden dentro del mismo término pedir sus mandas

¹ LL. 5, y 7, del tít. 6, P. 6.

² L. 8, del mismo.

³ L. 10, tít. 6, P. 6.

⁴ L. 15, tít. 13, P. 1.

los legatarios, ni el heredero tiene obligacion de dárselas hasta que estén pagadas las deudas y hechas las demas deducciones á que por derecho haya lugar. ¹

27. El heredero puede admitir la herencia manifiesta ó tácitamente. Manifiestamente es por pedimento, escritura ó de palabra, y á esto llamaron los romanos *adicion*, y tácitamente, tomando los bienes, vendiéndolos, arrendándolos, y disponiendo de ellos como dueño, que es lo que se llama *gestion por heredero*. En uno y otro caso ya no la puede repudiar, ² y queda responsable al cumplimiento de las disposiciones del testador y demas cargos, aun cuando no basten los bienes heredados, á menos que haya aceptado con inventario; pero si el uso que hiciere de los bienes fuere por piedad, ó con la mira de que no se pierdan ó menoscaben, tiene el arbitrio de manifestar al juez que el encargarse de los bienes, inventariarlos, ó qualquiera otra gestion, lo hace con el fin de que no se pierdan ó deterioren, mas no

¹ Las leyes no dicen que los acreedores no puedan cobrar durante la faccion de los inventarios, sino solo durante nueve dias, y á quienes ellas imponen la espera hasta la presentacion de los inventarios es á los legatarios: sin embargo la generalidad de los autores, como el nuestro, estienden la espera á los acreedores, fundados ya en el derecho romano, ya en razones legales, de las que la principal será, que no sabiéndose antes de terminar el inventario, si los bienes alcanzarán á pagar á todos los acreedores, no está facultado el albacea ó heredero para pagar á algunos esponiéndose á quedar insolvente con los demas. (Nota del Sr. Lacunza.)

² L. 18, tít. 6, P. 6.

con intencion de ser heredero, y con esto á nada queda obligado. ¹ La admision de la herencia debe hacerse puramente y sin condicion, ² y para ella es necesario que el heredero, sea por testamento, sea por intestado, esté cierto de la muerte de aquel á quien quiere heredar, pues habiendo duda no puede entrar en la herencia, ni tampoco renunciarla; y esto mismo sucede si la institucion fué condicional, y la condicion estuviere pendiente, y tambien cuando el heredero ignorase si el testador podia ó no hacer testamento. ³

28. De los mismos modos puede el heredero repudiar la herencia ántes de entrar en ella; pero una vez renunciada no puede demandarla, á menos que sea menor. Si lo fuere, podrá reclamarla en cualquier tiempo, aun cuando los bienes hayan sido enagenados. Tambien puede hacerlo el descendiente del difunto, no obstante haberla repudiado; pero la ha de hacer dentro de tres años, y no han de estar enagenados los bienes. ⁴ Si los herederos son estraños y alguno de ellos repudiare la herencia, aquel ó aquellos que quisieren aceptarla deben hacerlo en su totalidad, pues no permite la ley renunciacion ni aceptacion á medias. ⁵

1 L. 11, tít. 6, P. 6.

2 L. 15 del mismo.

3 L. 14 del mismo.

4 L. 20 del mismo.

5 L. 18 del mismo.

29. Desheredar, dice la ley, ¹ es *escluir de la herencia á aquel que por derecho le pertenecia*, y así la desheredacion es un acto por el cual los descendientes ó ascendientes son privados del derecho que tienen á ser herederos. Solo puede desheredar el que es capaz de hacer testamento, tiene herederos forzosos, y causas para escluirlos. ² La desheredacion debe hacerse nombrando al que se deshereda, ó dando de él señales ciertas que no dejen duda, sin que se quite la fuerza á la desheredacion hecha por el padre respecto de su hijo el que hable de él en términos que lo denigren: debe hacerse puramente y sin condicion, y del todo de la herencia y no de alguna parte de ella. ³ Para que valga la que se haga de los descendientes, deben ser estos á lo menos de edad de diez años y medio, y el que los deshereda no solo debe espresar la causa, sino probarla él mismo, ó el heredero que nombrare; ⁴ mas si el desheredado consiente espresa ó tácitamente en la desheredacion no puede reclamarla despues, ni debe ser oido en juicio sobre esto; ⁵ y si se alegaren varias causas, bastará que se pruebe una para que tenga efecto la desheredacion. ⁶ Pero si

1 L. 1, tít. 7, P. 6.

2 L. 2 del mismo.

3 L. 3 del mismo.

4 LL. 8 y 10, tít. 7, y 7, tít. 8, P. 6.

5 L. 7, tít. 8, P. 6.

6 L. 8, tít. 7, P. 6.

el testamento en que se hizo se anula ó rompe, tampoco ella subsiste. ¹

30. Los ascendientes no podrán privar por testamento de la parte que la ley les asigna, á sus descendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, á sus hijos naturales, ó espúrios, reconocidos legalmente, ni á los descendientes de estos, sino espresando en el testamento alguna causa de desheredacion, que debe ser probada. ² Son causas legales de desheredacion, las espresadas en el párrafo 6º de este título bajo las fracciones 5ª, 6ª, 9ª, 10ª, 11ª 12ª y 13ª como causas de inhabilidad para heredar.

Nuestro derecho patrio no reconoce otras causas de desheredacion, ³ y, como la materia es odiosa, entendemos que con arreglo á los principios, aquellas deben restringirse, y por lo mismo no considerarse vigentes algunas otras que señalaba la antigua legislación española.

31. Las causas por que los descendientes pueden desheredar á sus ascendientes, son recíprocamente y en sus respectivos casos las mismas de que acabamos de hablar en el párrafo anterior.

Al cónyuge que sobrevive y á los parientes colaterales puede privárseles de la herencia, bien sea preteriéndolos simplemente ó bien deshere-

¹ L. 2, tít. 7, P. 6.

² Art. 13 de la ley de 10 de Agosto de 1857.

³ Art. 13 citado de dicha ley.

dándolos, aunque para esto último no se espresase causa alguna. ¹

32. Los hermanos aunque no son herederos forzosos, tienen derecho para anular la institucion hecha por el hermano, si éste les antepone una persona torpe ó infame; y este derecho lo pierden en tres casos: 1º Por procurar la muerte del hermano. 2º Por acusarlo de delito por el que merezca pena de mutilacion ó muerte. 3º Si le ha causado la pérdida de todos, ó la mayor parte de sus bienes. ²

33. Aun cuando no intervenga desheredacion hay varias causas por las cuales se pierde tambien la herencia. 1ª Cuando el testador fué muerto por obra ó consejo de alguno de los compañeros del heredero, y este sabiéndolo entra en la herencia ántes de quejarse judicialmente del agresor; pero si le mataron gentes estrañas no perderá la herencia, aunque entre en ella ántes de querellarse, con tal que lo verifique dentro de cinco años, despues de ocurrida la muerte. 2ª Si abre el testamento ántes de acusar á los que mataron al testador, estando cierto de conocerlos; mas si no tiene certeza de que sean ellos los que cometieron el delito, ó aunque la tenga, si es hombre rústico, en quien debe suponerse ignorancia del derecho, no la perderá por esta causa. 3ª Si el testador ha muerto por obra, culpa, ó

¹ Art. 13 de la ley de 10 de Agosto de 1857.

² L. 12, tít. 7, P. 6.

consejo de su heredero. 4.^a Por haber tenido este acceso carnal con la mujer de aquel. 5.^a Si el hijo dice de falsedad del testamento en que es instituido, y por sentencia final resulta ser legítimo, y lo mismo sucederá si fuere personero, ó abogado en la instancia que se fallare del modo referido, á menos que lo haga como curador de algun huérfano. 6.^a Si á ruego ó mandato del testador entrega la herencia á un incapaz de heredar sabiendo que lo es. ¹

34. Si el testador, teniendo descendientes ó en su defecto ascendientes, no los nombra herederos, pero tampoco los deshereda, sino que los omite sin hacer mencion de ellos, instituyendo á otros que es lo que llaman *pretericion*, será nulo su testamento en cuanto á la institucion de herederos; ² mas si la pretericion se hace sin nombrar otro heredero en lugar de los omitidos, creemos que será válido el testamento, supuesta la ley ³ tantas veces citada, que declaró no ser necesario para su valor que contenga institucion de heredero, y esta es la opinion de varios autores ⁴ que establecen la diferencia de que en este segundo caso se entiende el hijo instituido con la obli-

¹ LL. 13, tít. 7, P. 6, y 11, tít. 8, lib. 5 de la R., ó 11, tít. 20, lib. 10 de la N.

² LL. 10, tít. 7, y 1, tít. 8, P. 6.

³ L. 1, tít. 4, lib. 5 de la R., ó 1, tít. 18, lib. 10 de la N.

⁴ Matien., sobre la l. 1, tít. 4, lib. 5 de la R., glos. 10, n. 49. Ayllon ad Gom., 1, Var., cap. 11, n. 2, y Pichard., in § *igitur quartam* de inofi., test. n. 4.

gacion de pagar las mandas del testador en cuanto no le disminuyan su legítima, en lo que no recibe agravio, como lo recibiria en el primer caso en el que se le sustituye un estraño.

35. Cuando es falsa la causa que se alega para la desheredacion, y no se prueba suficientemente por el heredero nombrado, concede el derecho al desheredado la accion de inoficioso testamento, que es por la cual los ascendientes ó descendientes desheredados por su nombre y con expresion de causa legítima, piden ser admitidos á la herencia en lugar del heredero establecido en el testamento, en atencion á que la causa no ha resultado verdadera. Como esta accion es odiosa, porque denota que el padre ó el hijo han faltado á los oficios de piedad, solo tiene lugar cuando no hay otro remedio para entrar en la herencia, y así no será necesaria: ¹ Por la pretericion, ó desheredacion hecha sin las condiciones prescritas por derecho; pues en este caso es *ipso jure* nula la institucion de heredero. ¹ ² Si el padre instituye heredero á su hijo en una porcion menor de la que le corresponde por legítima, pues este tiene derecho de pedir su complemento, como que ni está preterido, ni desheredado. ² Y así solo tendrá lugar cuando la desheredacion es enteramente arreglada á derecho, y válido el tes-

¹ L. 1, tít. 8, P. 6.

² L. 5 del mismo.

tamento en que se hace, pero la causa no se prueba suficientemente por el heredero nombrado, que es á quien corresponde en caso de no haberlo hecho el testador ó negarla el desheredado.¹

36. Esta accion no se dá á todos los parientes del testador, sino solo á los descendientes y ascentientes, que son los que tienen derecho á ser herederos, comprendiéndose entre los primeros los hijos naturales y no de punible ayuntamiento respecto de la madre, á quienes compete la accion, aun cuando tenga ascendientes legítimos; ² pero tambien se dá á los hermanos en el caso de que el hermano instituya con preferencia á ellos á alguna persona torpe ó de mala fama.³ El efecto de esta accion es anular la institucion de heredero entrando el que deba heredar conforme á derecho y en la parte correspondiente, quedando todo lo demas del testamento en su vigor,⁴ como mejoras, legados, fideicomisos, nombramiento de tutor, etc. Cesa esta accion: 1º, siempre que hay otro arbitrio para conseguir la herencia, pues este es subsidiario, y 2º, siempre que se consiente en la desheredacion expresa ó tácitamente,⁵ como si dejase el desheredado pasar cinco años despues que el extraño hubiese

1 LL. 1 y 4, tít. 8, P. 6.

2 L. 7, tít. 8, lib. 8 de la R., 65, tít. 20, lib. 10 de la N.

3 LL. 2 y 3, tít. 8, P. 6.

4 L. 7 del mismo.

5 L. 6, tít. 8, P. 6.

aceptado la herencia; pues si pasado este tiempo quisiera quejarse, no debe ser oido, á menos que sea menor, que entónces podrá hacerlo hasta cuatro años despues de haber cumplido los veintinueve años.

37. El testamento que carece de alguna de las solemnidades del derecho, ó que ha sido otorgado por persona inhábil para ello, no produce efecto; mas el bien hecho puede romperse ó perder su fuerza por varias causas. Ya hemos hablado de la circunstancia de *inoficioso*, que solo tiene lugar en los que contienen desheredacion, absteniéndonos de entrar en la cuestion de si estos testamentos pierden su fuerza porque son nulos, ó porque se rompen ó rescinden, cuestion que dejan tan dudosa las leyes de Partida¹ como lo era entre los intérpretes del derecho romano, y en la que nos inclinamos al segundo extremo. Ademas de esta causa puede romperse un testamento válido, ó en cuanto á la institucion de heredero, ó en cuanto á todo lo que contiene. Lo primero sucede cuando despues de otorgado le nace al testador algun hijo, que suelen llamar *póstumo*, aunque rigorosamente solo lo es el que nace despues de muerto el padre,² pues el nacimiento de este hijo rompe la institucion de heredero hecha en el extraño, en cuyo lugar entra

1 LL. 10 y 11, tít. 7, y 1, tít. 8, P. 6.

2 L. 20, tít. 1, P. 6.

aquel, subsistiendo las mandas, legados, y demas disposiciones hasta donde alcance el quinto, que es del que pudo disponer libremente. En cuanto á todo lo que contiene se rompe un testamento por el otorgamiento de otro posterior cumplido y perfecto, ¹ pues el primero no quitó al testador la libertad de variar su voluntad hasta el momento de su muerte; ² mas no siendo perfecto el segundo no rompe el primero. ³ De esta regla general ponen las leyes algunas excepciones, que vamos á indicar. La primera es cuando el testador otorga segundo testamento, instituyendo nuevo heredero por creer muerto al nombrado en el primero, expresándolo así; pues si resulta falso el fallecimiento del primer heredero, su nombramiento no se rompe por el del segundo, que queda sin efecto, subsistiendo en todo lo demas ambos testamentos. ⁴ La segunda es cuando el padre habiendo hecho testamento en que instituye herederos á sus hijos, hace otro, el cual no rompe el primero, si no se hace mencion de él. ⁵ La tercera es cuando el primero está otorgado con cláusulas derogatorias de otro cualquiera, pues entonces no se romperá por el segundo, si no es que en este se haga mencion de aquel, revocándolo: ⁶ aunque como esto depende de la voluntad

1 L. 21, tít. 1, P. 6.

2 L. 25 del mismo.

3 L. 23 del mismo.

4 L. 21 citada.

5 L. 22 del mismo.

6 La misma.

del testador, son de opinion Gregorio Lopez ¹ y Covarrubias ² que el segundo derogará al primero, siempre que por las conjeturas se conozca que lo quiso así el testador. Otra excepcion se encuentra en la misma ley de Partida ³ que omitimos por creerla derogada por leyes posteriores. ⁴ El testamento cerrado á mas de los modos dichos se entiende revocado, si el testador con advertencia rompe el sello del escribano, ó raya las firmas; mas no si lo hace por casualidad. ⁵

1 Gregor. Lop. 2 glos. de la ley 22, tít. 1, P. 6.

2 Covarrub. de testam. part. 2, rubr. a. n. 57.

3 L. 22, tít. 1, P. 6.

4 LL. 1 y 2, tít. 4, lib. 5 de la R., ó 1 y 2, tít. 18, lib. 10 de la N.

5 L. 24, tít. y P. cit.

pues entonces aunque no se les deje expresamente en comun, así se supondrá si la herencia ó legado se les dejare en la misma disposicion testamentaria. Tambien acrecerán al heredero ó legatario universal, los legados que caducaren por haber muerto los legatarios particulares antes que el testador. ¹

17. Los testadores suelen nombrar un segundo ó tercer heredero para el caso de que falte, ó no lo sea el primero, ² y á este nombramiento se llama sustitucion, que no es mas que la *institucion en segundo ó ulterior grado*. Puede ser directa, y oblícua ó fideicomisaria: la primera es la que se hace por palabras directas ó imperativas, y da la herencia al sustituto sin intervencion de otro, y la oblícua es la que se hace por palabras de ruego y dá la herencia por mano de otro. Se enumeran seis especies: ³ vulgar, pupilar, ejemplar, compendiosa, brevilocua, ó recíproca, y fideicomisaria, aunque la compendiosa y la brevilocua son mas bien modos de sustituir. Vulgar es la que puede hacer cualquier testador al heredero que instituye, para el caso de que no llegue á serlo. ⁴ Se llama vulgar porque la puede hacer cualquier testador, y para que el sustituto vulgar entre en la herencia, lo mismo es que el heredero

¹ Artículos 21 y 22 de la ley de 10 de Agosto de 1857.

² L. 1, tít. 5, P. 6.

³ La misma.

⁴ La misma.

no quiera, que el que no pueda aceptarla. ¹ Puede ser expresa, y entonces se anuncia con negativas, como v. g. *nombro por mi heredero á Pedro, y si este no lo fuere lo será Juan*, ó tácita, cuando el testador nombra á varios para que lo herede el que sobreviva; y si al tiempo de su fallecimiento viven dos ó mas, partirán la herencia en partes iguales, y si uno solo, la llevará toda. ² Pueden ser sustitutos los que pueden ser herederos, así como los inhábiles para esto, lo son para aquello; puede sustituirse á uno en lugar de muchos, y al contrario; y el sustituto se entiende llamado á la misma parte á que lo era el heredero; de modo que si un testador nombra tres herederos, uno en la quinta, otro en la sexta y otro en la octava parte de sus bienes, sustituyéndoles tres en el mismo órden, ninguno de estos entrará sino en la parte que correspondia á aquel á quien se sustituyó. ³ La sustitucion vulgar se acaba, si el sustituto muere antes que el testador, ó si el heredero acepta la herencia. ⁴

18. La sustitucion pupilar es la que hace el padre al hijo impúber que tiene en su potestad ⁵ para que no carezca de heredero en el caso de que muera antes de llegar á la pubertad, y aunque segun la ley de Partida ⁶ podia el abuelo

¹ L. 2, tít. 5, P. 6.

² La misma.

³ L. 3 del mismo tít.

⁴ L. 4, tít. 5, P. 6.

⁵ LL. 1 y 5 del mismo.

⁶ L. 5 citada.

nombrar sustituto pupilar á sus nietos, debe entenderse derogada, porque suponía que el hijo casado no salía de la patria potestad, como está dispuesto por ley posterior.¹ La sustitucion pupilar se distingue de la vulgar: 1º en que esta la pueden hacer todos los testadores y para cualesquiera herederos, y aquella solo los padres, y solo para sus hijos impúberes; y 2º en que la vulgar es para un caso negativo, esto es, si el instituido no hereda, y la pupilar para uno afirmativo, esto es, si el hijo fuere heredero y muriese antes de la pubertad. No obstante esta diferencia, bajo la sustitucion vulgar expresa se comprende tácitamente la pupilar,² y así es que si un padre instituye heredero á un hijo suyo pupilo, diciendo que en caso de no serlo, lo sea Pedro, lo será este tambien en el caso de que habiéndolo sido el hijo muriese antes de salir de la edad pupilar; aunque hay una excepcion de esta doctrina³ en el caso de que teniendo el testador dos hijos en su potestad, uno mayor de catorce años y otro menor, les sustituye entre sí vulgarmente; porque entonces no sería el mayor sustituto pupilar del menor, aun cuando siendo este heredero muriese en su pupillaje; fundándose esta disposicion en que se juzga, que el testador quiso igualarlos, y

1 L. 8, tít. 1, lib. 5 de la R., 6 3, tít. 5, lib. 10 de la N.

2 L. 5, tít. 5, P. 6.

3 En la misma l. vers. *Fueras ende*.

de consiguiente no fué su voluntad que el mayor tuviese otra sustitucion del menor, que la vulgar, que era la única de que este era capaz respecto de aquel; y lo mismo debe decirse por la misma razon, si en lugar del hijo mayor fuese instituido un extraño, aunque menor.

19. Como el fundamento de la sustitucion pupilar es la patria potestad,¹ y su causa la poca edad del hijo incapaz por ella de disponer de sus bienes,² de ahí es que solo el padre puede sustituir pupilarmente, y esto hasta el hijo que siendo de diez años y medio fuese desheredado por él; en cuyo caso, si muriese en la edad pupilar, entraria su sustituto en los bienes que le pertenecieran por parte de su madre ó de otros,³ como que en general es efecto de esta sustitucion que el sustituto recoja todos los bienes del instituido, de cualquiera parte que le hayan venido, lo mismo que si hubiera sido nombrado heredero por él, pues por tal se reputa la sustitucion,⁴ quedando en todo excluida la madre del pupilo, como expresamente se establece en la ley⁵ hablando de la sustitucion pupilar comprendida en la compendiosa, y prueba Gomez⁶ quien opina que debe suceder lo contrario en la pupi-

1 L. 7, tít. 5, P. 6.

2 L. 11 del mismo.

3 L. 7 citada.

4 La misma.

5 L. 12, tít. 5, P. 6, vers. *E si aquel*.

6 Gomez 1, var. cap. 4, n. 7.

lar tácita contenida en la vulgar, fundándose en testos del derecho romano, que en otra parte ¹ hemos hecho ver que no prueban el intento; y solo se exceptúa de esta generalidad el sustituto que el arrogador dé á su hijo adoptivo, que no heredará mas bienes, que los que el arrogado hubo del padre arrogante, ó por su consideracion. ² De lo que hemos dicho del fundamento y causa de la sustitucion pupilar, se infiere tambien, que luego que cesa la patria potestad, se acaba la sustitucion, como tambien por salir el hijo de la edad pupilar. ³ Si el pupilo no acepta la herencia paterna, tampoco entra el sustituto; pero si aquel se arrepiente, se le debe restituir y revive la substitucion. ⁴

20. Ejemplar, es la que hacen los padres, ó las madres á sus hijos locos ó mentecatos, y se llama así, porque le sirve de ejemplo la pupilar, pues que en los locos ó mentecatos ocurre la misma incapacidad de testar por sí, que en los pupilos, y así se suele llamar tambien cuasi pupilar. Sin embargo, hay algunas diferencias entre una y otra, y son las siguientes: ¹ª La pupilar solo puede hacerse por el padre respecto del hijo que tenga en su potestad; mas la ejemplar se puede hacer por el padre, esté ó no el hijo en su

¹ Instituciones Romano Hispanas, lib. 2, tit. 16, n. 17.

² L. 9, tit. 5, P. 6.

³ L. 10 del mismo tit.

⁴ La misma.

potestad, y tambien por la madre, como que su fundamento no es la patria potestad, sino el afecto natural de padres á hijos. ²ª Que en la pupilar el padre puede nombrar por sustituto á quien le parezca, y en la ejemplar deben nombrarse precisamente los hijos del loco, si los tuviere, y en su defecto alguno de sus hermanos. ¹ ³ª Que la pupilar se dá y acaba por razon de la edad de aquel á quien se dá; y la ejemplar, por el defecto ó enfermedad mental, y así acaba recobrando el buen uso de la razon. ² En el caso de que despues de recobrado el juicio, volviese á perderlo aquel á quien se habia nombrado sustituto, se disputa si debe considerarse que dura la sustitucion, ó que está acabada. Gregorio Lopez ³ y Covarrubias, ⁴ se inclinan á la opinion de

¹ L. 11, tit. 5, P. 6. De ella se infiere, que por medio de esta sustitucion tiene facultad un ascendiente de excluir al otro de la sucesion de los bienes del loco ó fátuo, sobre lo cual hay variedad de opiniones. Alvarez en sus Instituciones, § 1 del tit. 16 del lib. 2, y Tapia en su Febrero Novísimo, lib. 2, tit. 2, cap. 10 n. 16, son de sentir que no puede hacerlo, fundándose el primero en que para él es dudoso que lo pueda hacer el padre en la sustitucion pupilar, que tiene su origen en la patria potestad; de que infiere que debe serlo mucho mas en la ejemplar, que solo se funda en la determinacion y concesion legal, y ambos creen que debe observarse la ley 6 de Toro, que como posterior debe reputarse como correctoria de la de Partida, y llamar en el caso á la herencia á los ascendientes antes que á los hermanos del loco, citando á Gregorio Lopez en la l. 11, vers. *Otro extraño*, á Covar. de testam., cap. *Raynutius*, § 6, n. penúlt., y á Gomez, lib. 1, Var., cap. 6, nn. 7 y 9.

² L. 11, tit. 5, P. 6.

³ Gregor. Lop. glos. 11 de ella.

⁴ Covar. in cap. *Raynutius*, § 6, n. 11.

que dura, si el intervalo que media es corto, mas no si es largo, á juicio del juez. Los autores convienen generalmente en que puede darse sustituto ejemplar no solo á los locos ó mentecatos, sino tambien á todos los que por algun vicio ó impedimento, no pueden testar, como los pródigos, mudos, sordos.¹

21. La sustitucion compendiosa, que como hemos dicho, mas es modo de sustituir que verdadera especie de sustitucion, es la *que puede comprender y comprende cualesquiera herederos, todos los tiempos y edades de ellos, y todos los bienes*; de manera que contiene la vulgar, la pupilar, y cualquiera otra, segun la calidad ó capacidad del que la hace y del que la recibe, como la explica Antonio Gomez,² que pone esta fórmula: *Hago mi heredero á Pedro mi hijo, y en cualquier tiempo que muera, le sustituyo á Juan*. Si el heredero no fuese el hijo, deberia omitirse esa expresion, y segun el tenor de la ley,³ esta sustitucion, como que comprende la pupilar, no puede hacerse sino por el padre respecto del hijo. La recíproca, brevilocua ó mútua, se verifica cuando el testador dispone que sean sustituidos entre sí los mismos que instituye herederos, como si teniendo dos hijos pupilos los hiciese herederos bajo esta fórmula: *Instituyo por herede-*

1 Covar. in cap. *Raymutius*, § 6, n. 11.

2 Antonio Gomez, 1 var. cap. 7.

3 L. 12, tít. 5, P. 6.

ros á mis dos hijos, y los establezco por sustitutos uno del otro, que es el ejemplo de la ley,¹ que dice, que hecha de este modo la sustitucion, contiene cuatro, á saber: dos vulgares y dos pupilares. Mas sobre esto advierte Gregorio Lopez,² que aunque el ejemplo de la ley habla solo de hijos, no es porque esta sustitucion no puede tener lugar entre estraños, aunque entonces no comprenderá la pupilar.

22. Por último, la sustitucion fideicomisaria, es cuando el testador encarga al heredero que nombra, que restituya ó entregue á otro su herencia, como si dijera: *Establezco á Pedro por heredero, y le ruego, quiero ó mando, que restituya mi herencia á Juan*, y así debe hacerlo.³ Esta sustitucion tiene lugar únicamente entre herederos estraños, pues á los legítimos no se puede gravar con fideicomisos. Antiguamente se podia obligar al heredero nombrado á aceptar la herencia, para que el testador no muriese parte testado y parte intestado, mas despues de la célebre ley de la Recopilacion,⁴ que declaró que la falta de institucion de heredero no anula el testamento, no tiene lugar ese apremio. Si el heredero nombrado renunciare ó no aceptare la herencia, entrará en ella el sustituto, sin hacer á

1 L. 13, tít. 5, P. 6.

2 Greg. Lop. glos. 3 de esta l.

3 L. 14, tít. 5, P. 6.

4 L. 1, tít. 4, lib. 5 de la R., ó 1, tít. 18, lib 10 de la N.