

16. Los que traten de adquirir ó hayan adquirido bienes inmuebles ó derechos reales de quien los tuviese inscritos por herencia testada ó intestada, mejora ó legado, sin tener, respecto al causante, el carácter de heredero necesario, podrán reclamar de aquél el certificado de actos de última voluntad, ó solicitarlo por sí, cuando no hubiesen transcurrido cinco años desde la fecha de la inscripción, que acredita el derecho del transferente, cuyo certificado, si se presentase, se insertará en la escritura que se otorgue, y se hará constar en el Registro, al inscribirla (1).

(1) Art. 6.º

SECCIÓN QUINTA

DEL CONTENIDO DE LA SUCESIÓN TESTADA

A. Ordinaria. 1.º Á título universal. a. De la *institución de heredero*.

(LEGISLACIÓN COMÚN)

CAPÍTULO XII

SUMARIO.—Del contenido de la sucesión testada ordinaria á título universal.

1.º De la INSTITUCIÓN DE HEREDERO.

Art. I.—DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de la INSTITUCIÓN DE HEREDERO.*—1. Razón de plan.—2. Concepto de la institución de heredero: paralelo diferencial entre éste y el legatario.—3. Precedentes romanos.—4. Idem patrios (leyes de Partida, Ordenamiento de Alcalá).—5. Principales reglas del Derecho de Castilla, anterior al Código civil, sobre la institución de heredero: formas, contenido, efectos *primarios* (en cuanto á la forma de la institución y al número de los instituidos) y *secundarios* (en cuanto al derecho de acrecer y al de transmisión); causas de extinción de la institución de heredero.

§ 2.º *Jurisprudencia anterior al Código civil.*—6. Concepto legal de la institución de heredero.—7. Efectos primarios en cuanto á la forma de la institución y número de los instituidos, y efectos secundarios en cuanto al derecho de acrecer.

Art. II.—CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Texto.*—I. *Concepto de la institución de heredero.*—8. Su carácter *no esencial*. II. *Elementos personales.*—9. Aptitud para ordenarla y para ser instituido.—III. *Efectos jurídicos de la institución de heredero.*—A. *PRIMARIOS:* 1.º En cuanto á la FORMA de la institución. 10. a. *Reglas de Derecho generales.* Institución de heredero por designación nominal ó de circunstancias; individual ó colectivamente; institución de heredero bajo condición; condiciones imposibles ó contrarias á las leyes y buenas costumbres; condición absoluta de no contraer primero ó ulterior matrimonio; condición nula, si consiste en disposición de que el heredero ó legatario ordene algo en favor del testador ú otra persona; condición suspensiva; condición potestativa; condición casual ó mixta.—11. b. *Reglas de Derecho especiales:* 1.º Formas ordinarias. Institución de heredero *sub modo*; institución de heredero *sub causa*; institución de heredero á plazo (desde ó hasta cierto día). 2.º Formas singulares ó de excepción: encargo á terceros de la distribución del caudal dejado á personas determinadas; institución de establecimiento público; ídem de personas inciertas; ídem de parientes en general; ídem para sufragios; ídem de nuda propiedad ó usufructo, con relación al de las minas.—12. 2.º Efectos primarios en cuanto á los instituidos; su NÚMERO y porción hereditaria.—B. *EFFECTOS SECUNDARIOS.*—13. 1.º En cuanto al derecho de acrecer: reglas de Derecho en la sucesión testada.—14. 2.º En cuanto al derecho de transmisión: reglas de Derecho.—IV. *Extinción de la institución de heredero.*—15. a. Causas generales (las que afectan á la validez del testamento). Regla general. Reglas especiales.—16. b. Causas específicas (las que afectan á la institución de heredero): por morir el heredero antes que el testador; por no aceptación ó repudiación; por preterición; por error; por falta de la condición impuesta al heredero.

§ 2.º *Jurisprudencia según el Código civil.*—17. Institución de heredero; concepto y

doctrinas generales.—18. Efectos *primarios* de la institución de heredero, según sus diversas *formas*: *a*. Institución hecha individual ó colectivamente; *b*. de persona cierta por designación de cargo ó mediante otra circunstancia; *c*. institución del alma; *d*. de usufructo y nuda propiedad; *e*. condicional; *f*. con gravamen de restitución; *g*. á plazo; *h*. *sub causa*; *i*. con cláusula penal.—19. Efectos *primarios* de la institución de heredero respecto del número de los instituidos.—20. Efectos *secundarios*. *a*. Derecho de acrecer. *b*. Derecho de transmisión.—21. Criterio de transición.

§ 3.º *Explicación*.—22. Carácter *no esencial* de la institución de heredero según el Código y la Base décimoquinta de la ley de 11 de Mayo de 1888.—23. Elementos personales; capacidad para ordenar la institución.—24. Contenido de la institución de heredero; distinción de sus efectos.—25. *Efectos primarios*. 1.º En cuanto á la *forma* de la institución.—Reglas de Derecho generales.—Institución de herederos por designación nominal ó de circunstancias; individual y colectivamente.—27. Bajo condición, en sus diferentes especies: alcance y crítica de la referencia del art. 791, en cuanto á esta materia, comparado con la de obligaciones y contratos.—28. Reglas especiales y criterio legal del Código, aplicables á la condición en las sucesiones *mortis causa*; condiciones imposibles, contrarias á las leyes ó á las buenas costumbres y ambiguas.—29. Condición absoluta de no contraer primero ó ulterior matrimonio, y análoga de profesión religiosa, ó de recibir ó no órdenes sagradas.—30. Disposiciones condicionales de captación.—31. Suspensivas y resolutorias; reglas sobre la administración de la herencia mientras se hallan pendientes las de la primera clase.—32. Potestativas (afirmativas y negativas), casuales y mixtas.—33. *Efectos primarios* en cuanto á la *forma* de la institución de heredero. Reglas de Derecho especiales: 1.º *Formas ordinarias*.—34. Institución *sub modo*.—35. Ídem *sub causa*.—36. Ídem á plazo.—2.º *Formas singulares ó de excepción*.—37. Encargo á terceros de la distribución del caudal dejado, en general, á personas determinadas.—38. Institución de establecimiento público.—39. Ídem de persona incierta.—40. Ídem de parientes, en general.—41. Ídem para sufragios y obras piadosas.—42. Ídem de nuda propiedad y de usufructo, y con relación al de las minas.—43. Ídem con cláusula penal.—44. *Efectos primarios*. 2.º En cuanto al número de los herederos instituidos y *porción* hereditaria.—*B*. *Efectos secundarios* de la institución de heredero. 1.º En cuanto al derecho de acrecer.—45. Derecho de acrecer; examen de sus requisitos y reglas.—46. 2.º En cuanto al derecho de transmisión; su concepto, supuestos en que tiene lugar y sus reglas.—47. Extinción de la institución de heredero; sus causas.

Art. III.—RÉGIMEN VIGENTE.

§ 1.º *Criterio de transición*.—48. Reglas de Derecho.

§ 2.º *Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común*.—49. Enumeración de las aplicables á las materias de este capítulo.

ART. I

DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL

§ 1.º

Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de la INSTITUCIÓN DE HEREDERO.

1. En los capítulos anteriores (1) quedan consignadas las *doctrinas especiales* acerca de la *constitución* de la sucesión testada, que compren-

(1) 5.º á 11.º d' este tomo.

den el concepto y variedades *ordinaria* y *extraordinaria* de la misma, el del testamento, sus *elementos personales*—testamentifacción activa y pasiva—, su *clasificación* antes y después del Código civil, *formas* de cada una de sus especies, ó sea, *solemnidades* de los testamentos *comunes* y *especiales*, y la materia complementaria del *Registro de actos de última voluntad*; doctrinas todas, relativas á la *constitución* de la *sucesión testada*.

Corresponde ahora, según la razón lógica, y siguiendo las líneas del *plan general* de esta obra (1), penetrar en el *contenido* de la sucesión testada, desenvolviendo las doctrinas especiales á ella relativas, tanto en la *ordinaria*, bajo la distinción de, á *título universal*, que comprende las materias de *institución de heredero*, *sustituciones*, *legítimas*, *desheredación*, *preterición* y *mejoras*—y á *título singular*—, que comprende las materias de *legados* y *donaciones mortis causa*, como en la *extraordinaria*, siquiera sean instituciones pretéritas de la derogada fórmula de vinculaciones civiles y eclesiásticas, en sus especies de *mayorazgos*, *patronatos* y *capellanías*, como instituciones que vivieron y fueron derogadas dentro del Derecho anterior al Código civil, aunque en la medida limitada de su indicado carácter pretérito, como precedente que es útil conocer en las diferentes modalidades de las instituciones jurídicas que representan, y que en su tiempo fueron de práctica muy usual y revistieron grande importancia, si bien por la fecha, ya algo remota, de su derogación, apenas pueden ofrecer problemas vivos de Derecho transitorio. El presente capítulo tiene por objeto el estudio de la primera de estas materias, ó sea de la *institución de heredero*.

2. Por tal se entiende, la designación que hace el testador en su testamento de la persona ó personas que, por *título universal*, han de sucederle en todo ó en parte de sus bienes, derechos y obligaciones de carácter transmisible, y por tanto, propiamente *hereditarios*; mientras que la institución de *legado*, es la designación de persona ó personas que, por *título singular*, han de suceder al testador en alguna cosa, cantidad ó crédito perteneciente al patrimonio relicto á su fallecimiento. Ambas instituciones, son designaciones ó llamamientos de personas á la sucesión del difunto, aunque por distinto título.

El heredero, sucede al causante de un *modo indeterminado* en toda clase de bienes, derechos y obligaciones transmisibles, y es el *continuidor* de su personalidad jurídica en el patrimonio hereditario, sin que sea necesario mencionar los bienes, derechos y obligaciones, objeto de la sucesión, sean éstos más ó menos, presentes ó futuros, con tal que tengan la nota de *hereditarios*, según dejamos explicado en otro lugar (2). El

(1) Art. II, cap. 10.º, t. I, 2.ª edic.

(2) Núm. 4, cap. 1.º de este tomo.

legatario, sucede de un *modo determinado* y con la necesaria individualización de la cosa en su especie, género ó cantidad, objeto del legado.

El heredero, no se distingue del legatario por razón de la cuantía ó entidad, ó sea, porque le deje más ó menos bienes el testador, sino por la de la naturaleza de su título *universal* comparado con la del *singular*, por razón del cual sucede el legatario.

El heredero, es sucesor del causante, el de *cuius*, el testador ó intestado, en toda su *personalidad patrimonial*, de la que es *continuador*, y se coloca, por tanto, en una *subrogación* perfecta de dicha personalidad, ó sea, en el mismo lugar, situación y condición de Derecho que aquél se encontraba antes de su muerte, respecto de las cosas, derechos y obligaciones objeto de la herencia. El legatario, por razón de su título singular, concreta su sucesión al objeto particular del legado, y sólo respecto del mismo puede reputarse sucesor de su causante.

De esto resulta, también, que el heredero es sucesor, lo mismo en los derechos, que en las obligaciones del sucedido, por razón del título universal, en virtud del cual sucede; en tanto que el legatario, aunque puede serlo con cargas ú obligaciones, es preciso que se le impongan expresamente y que las acepte también de modo expreso, ya que cuando el legado es, como generalmente ocurre, sin cargas, constituye una adquisición de bienes ó de derechos á título lucrativo, cuya aceptación se presume, si no se acredita lo contrario; y, en cambio, el heredero, como sucede en derechos, lo mismo que en obligaciones, es preciso, para que se cause la sucesión hereditaria, que, preceda su aceptación de la herencia. Pudiera decirse que el heredero, sucede en la *persona*, y el legatario en las *cosas*.

Además, todas las prestaciones ó encargos de las disposiciones que contenga un testamento (1), podrán y deberán recaer sobre el heredero, por regla general, y sólo por excepción y mandato expreso sobre el legatario. Al primero, corresponderá de ordinario, y en todas las eventualidades del porvenir, que se refieran al patrimonio hereditario y á las relaciones civiles patrimoniales pendientes, conocidas al tiempo ó después de su fallecimiento, la *representación* de la personalidad total del testador; al segundo, tan sólo en cuanto concreta y especialmente se refiera á las cosas, bienes ó derechos, objeto de su legado.

La institución de heredero, puede serlo de todo ó parte de sus bienes; el legado, es siempre de parte y más bien de objeto determinado por su especie, género ó cantidad.

3. En Roma, la institución de heredero tenía no sólo la condición de *solemnidad interna*, sino el carácter *esencial* de indispensable para su

(1) Tales son las relativas al estado civil de ciertas personas, como reconocimiento de hijos naturales, reglas para la administración de los bienes, educación de su prole, nombramiento y régimen de tutela, etc.

validez (1), calificándose de fundamento y cabeza del testamento (2), sin que fuera válido nada que se hiciera antes, y debiendo empezarse por ella (3).

La preocupación de considerar deshonoroso y motivo de oprobio, el morir intestado ó sin heredero, fué, sin duda, la causa de este carácter esencial de la institución de heredero entre los romanos. Más que de las palabras «instituyo heredero», ó sea de las fórmulas expresas de la institución, se hacía depender la eficacia de ésta, de la *universalidad* ó generalidad más ó menos completa del llamamiento, calificándose de legado, cuando éste era singular (4) á la sucesión en una cosa determinada, aunque se le denominase *heredero*, y de institución, cuando la sucesión se ordenaba respecto de una generalidad indeterminada de bienes, á pesar de que no se empleara la palabra *heredero*, ni se comprendiera en la institución todo el caudal hereditario (5), porque se entendía ampliada la institución á todo lo demás del mismo que no hubiera sido objeto de otra disposición del testamento, á virtud del principio fundamental en materia de Derecho de sucesión en Roma, de que «nadie podía morir en parte testado y en parte intestado» (6), por considerarse incompatibles ambas especies de sucesión respecto de una misma persona, ya en cuanto á la totalidad de bienes de una herencia, ya en cuanto al tiempo, por lo cual no eran válidas las instituciones de heredero *desde ni hasta cierto día*, y lo eran, sin embargo, las afectadas con condición, dejando afirmado el principio de la *universalidad* de la herencia, que no se oponía á su divisibilidad entre varios, como reminiscencia todo de aquel primitivo concepto jurídico romano del *as hereditario*.

El rigorismo primitivo del Derecho romano en este punto, como en tantos otros, fué atenuándose posteriormente, en cuanto á no considerar nulo, como en un principio, todo lo que antecediese á la cláusula de institución de heredero, lo mismo que respecto de la forma de su ordenación, que debía ser hecha con palabras directas, categóricas é imperativas, mientras que los fideicomisos, principalmente, con fórmulas oblicuas ó de ruego, la introducción de la desheredación, el nombramiento de tutor y tantas otras que luego se fué permitiendo formaran parte del contenido del testamento, dando del mismo, ya en el Derecho de Justiniano, una concepción menos estricta y formularia; pero subsistiendo siempre la condición de *solemnidad interna*, de carácter esencial para la validez del

(1) *Solemnitas interna testamenti sine qua illud subsistere nequit.*

(2) *Heredis institutio est caput et fundamentum testamenti.*

(3) Ulpiano dice: «*Quia potestas testamenti ab hæredis institutionem incipit.*»

(4) Por ejemplo: «*instituisco heredero á Caio en el fundo Corneliano.*»

(5) *Lego la mitad de mis bienes á Mevio.*

(6) *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.* D. 7 ff., de verb. obligat.

testamento, no sólo que contuviera institución de heredero, sino que aceptará el instituido, pues faltando su aceptación, el testamento se invalidaba por hacerse *destituido*, que era uno de los numerosos modos de invalidación de las últimas voluntades.

4. Con este carácter esencial de *solemnidad interna*, puede decirse que se conservó en las leyes de Partida (1), si bien con el sentido menos estricto que ya tenía en la legislación de Justiniano, en la cual, según se ha dicho, se atendió más al criterio de respeto á la voluntad del testador y se prescindió de que figurara ó no al principio de la disposición testamentaria, debiendo ordenarse en *testamento* y no en *codicilo* (2), de modo cierto, directo y nominal (3), sin que pudiera delegarse en otra persona la designación del heredero (4) ni establecerse á plazo ó á tiempo cierto (5), pudiendo partir en testamento el testador su heredad en tantas partes cuantas quisiera ó dividiéndose en partes iguales entre todos los instituidos, si bien alude todavía á la división romana del *as hereditario* (6), que llama *pondus* (7), y fijando la capacidad de los herederos en los tres temporales: para los herederos extraños ó voluntarios, al tiempo de ser instituidos, al morir los testadores y al aceptar la herencia; para los suyos ó forzosos, sólo al tiempo de la muerte del testador; y para los llamados necesarios, en los dos primeros, pero no en el último, porque era forzosa la aceptación, entendiéndose realizada por ministerio de la ley (8) y deduciéndose del espíritu de todas ellas, dada su inspiración exclusivamente romana, ese principio de *incompatibilidad* entre la sucesión testada é intestada.

Se transformó radicalmente este sistema de testamentifacción por el Ordenamiento de Alcalá (9), no sólo perdiendo la institución de heredero el carácter de solemnidad interna y de condición esencial de validez del testamento que, á partir de la misma, podía valer aunque no contuviera institución de heredero, y sí sólo mandas ó legados, ó se invalidara dicha institución, ó el instituido no aceptara la herencia, sino que valía la institución, aunque no fuera de todos los bienes de la herencia y hubiera de aplicarse el resto, de que el testador no dispuso, á la

(1) «Fundamento e raíz de todos los testamentos, de cual natura quier que sean, es establescer herederos en ellos: como quier que á las vegadas se comienza de otra manera.» Proemio del tít. 3.º de la Part. VI.

(2) L. 7.ª, tít. 3.º, Part. VI.

(3) LL. 6.ª y 10, ídem, íd.

(4) L. 11, ídem, íd.

(5) L. 15, ídem, íd.

(6) LL. 16, 17 y 18, ídem, íd.

(7) L. 19, tít. ídem, íd.

(8) L. 17, tít. ídem, íd.

(9) L. única, tít. 19.

sucesión intestada, derogándose, por consiguiente, ese principio de *incompatibilidad* entre ambos modos ó formas de sucesión respecto de una misma persona, que representaba la indicada regla del Derecho romano de que nadie podía morir parte testado y parte intestado; á la vez que por dicha ley se establecieron, según se ha dicho, variedad de formas ó solemnidades externas para el otorgamiento del testamento, en general, que luego explicó y limitó la ley 3.ª de Toro (1) al *nuncupativo*; todo esto, con un sentido de amplia libertad civil y con un criterio más racional y espiritual que el formalista romano y el de las Partidas.

5. Las formas bajo las cuales podía ordenarse, en el Derecho anterior al Código, la institución de heredero después de la ley del Ordenamiento, responden á este mismo criterio de libertad, y, en su consecuencia, la institución podía hacerse puramente y bajo condición, desde y hasta cierto día, en todo ó en parte del caudal hereditario.

Su *contenido*, se determina por sus efectos, distinguidos éstos en *primarios* y *secundarios*.

Los efectos *primarios* son los derivados de la *forma* de la institución ó del *número* de los instituidos.

Respecto de la *forma* se resumen en los siguientes:

En la institución hecha puramente sin plazo ni condición, la sucesión se entiende causada á la muerte del testador, sin solución alguna de continuidad entre este hecho y la aceptación del heredero, que se retrotrae á aquella fecha.

En la institución hecha bajo condición, sus efectos dependían de la naturaleza de *suspensiva* ó *resolutoria* que la misma tuviese, como sustantiva, y, además, de cualesquiera otros caracteres que tuviere, como de potestativa, casual ó mixta, divisible ó indivisible, conjuntas ó alternativas, afirmativas ó negativas, expresas ó tácitas y respecto de las llamadas condiciones imposibles, que se tuvieran siempre por no puestas, excepto la imposible de *hecho* que anulaba la institución (2); toda esta doctrina, sobre la base de las expuestas en otro lugar (3). En la institución de heredero, ordenada á *plazo*, según que éste sea suspensivo, *ex die* ó *resolutorio*, *in diem*, los efectos se acomodarán á las reglas generales de este elemento accidental de los actos jurídicos, expuestas oportunamente (4).

Respecto del *número* de los instituidos, según que sea uno ó varios con parte señalada ó sin ella, todo el criterio legal estaba limitado á que se cumpla la voluntad del testador en este particular de la cuantía si se

(1) L. 1.ª, tít. 18, lib. 10, Nov. Rec.

(2) L. 4.ª, tít. 4.º, Part. VI.

(3) Núms. 19 y 21, cap. 19.º, tít. II, 2.ª edic.

(4) Núms. 16 á 18, ídem, íd.

ajusta al total ó parte de la herencia que haya sido destinada á la institución de heredero, ó si no alcanzara ó excediera, se prorratee en la proporción necesaria conforme á los términos de la institución (1). Los efectos *secundarios*, son los relativos al llamado *derecho de acrecer* y al de *transmisión*.

Por *derecho de acrecer*, se entiende aquel por virtud del cual, el heredero que aceptó la herencia, incorpora á la parte que le correspondía la porción vacante de otro coheredero, que no quiso ó no pudo serlo. Tres circunstancias, pues, integran el *derecho de acrecer*, á saber: la conjunción en la herencia según el testamento, en la sucesión testada, ó el llamamiento de la ley, en la intestada, entre el que ejercita el derecho de acrecer y el otro heredero que, por no querer ó no poder, no llegó á serlo; la porción vacante de la herencia, que es resultado de esta hipótesis; y la aceptación del otro ó demás coherederos, en cuyo beneficio se ha de aplicar el derecho de acrecer respecto de la porción vacante.

Dada la condición de la mal llamada *solemnidad interna* ó esencial á la validez del testamento, que la institución de heredero tenía dentro del sistema de la testamentifacción romana, el derecho de acrecer era una institución complementaria é indispensable del mismo, destinada á prever la hipótesis de que entre varios herederos instituidos, alguno dejara de serlo y pudiera dar lugar al influjo anulador de aquel canon jurídico, *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, proveyendo á tal supuesto, mediante el indicado derecho, para que se incorporara la parte de herencia vacante, á las en que fueron instituidos los demás que aceptaron la suya, integrando de esta suerte en ellos la totalidad de la sucesión testada y evitando los efectos de nulidad de aquella contingencia, todo por exclusivo ministerio de la ley, á los fines de mantener subsistente el sistema de unidad en la forma sucesoria, testada ó intestada, pero no mezclada de las dos en la totalidad de la herencia; por cuya razón se entendió siempre, que el derecho de acrecer en Roma, tenía un fundamento *ex necessitate iuris*, y no se derivaba, sino en segundo término, del principio *ex præsumpta voluntate testatoris*.

Desaparecido aquel sistema y establecido el de amplia libertad de la ley del Ordenamiento, informada en el criterio de que la voluntad del testador es la primera y capital ley de la sucesión, sólo subsiste aquél, á base de considerar el derecho de acrecer como una doctrina que rige esta materia á título de ser interpretativa de dicha voluntad del testador, que si instituyó á varios como sus herederos y no á más, al dejar de serlo algunos por no querer ó no poder aceptar la herencia, es racional entender que su voluntad sería que se consideraran instituidos los demás que aceptaron en toda ella, lo mismo en la porción que les asignó que en la

(1) L. 1.^a, tít. 3.^o, Part. VI; L. 1.^a, tít. 18, lib. X, Nov. Rec.

que dejaron vacante los que no llegaron á ser herederos, realizándose esta incorporación por virtud del *derecho de acrecer*.

Así como éste, se deriva de la hipótesis de *porción vacante* en la herencia, por no haber podido ó querido aceptarla el instituido, el *derecho de transmisión* nace del supuesto contrario de herencia aceptada por heredero instituido, el cual, aunque no haya llegado á posesionarse de ella, la transmite á sus herederos por las reglas de Derecho, *hereditas adita ad successores transmittitur*. Es el derecho de *transmisión*, aquel por el cual luego que es aceptada la herencia por el heredero, se entiende adquirida para él y para sus sucesores á título universal de la misma. Hay en el supuesto del *derecho de transmisión*, dos órdenes ó llamamientos de herederos por virtud de una sola institución y aceptación de los del primero; que son los instituidos en el testamento y los que lo sean de éstos, los cuales se subrogan en el puesto, condición y derechos de aquellos instituidos, que aceptaron la herencia y no hicieron efectivo, sin embargo, su derecho hereditario, por sobrevenir su muerte inmediatamente después de la aceptación, que como herederos del heredero que murió en tales condiciones, vienen á considerarse herederos del causante primitivo en la sucesión de que se trate.

Claro es, que este fenómeno jurídico es más de apariencia que de realidad, porque la sucesión está causada desde el momento en que se reúnen las tres circunstancias de institución, muerte del testador que instituye y aceptación del instituido, y, en su consecuencia, desde que la aceptación se presta, retrotraída siempre al tiempo del fallecimiento del testador, ingresan en el patrimonio del heredero que aceptó los bienes y derechos de la herencia en que fué instituido, y ya estos segundos herederos, que lo son de dicho primer heredero instituido, por el concepto de tales, y por ese ingreso en el patrimonio de su causante respectivo, vienen á la sucesión del primitivo causante testador, reclamando la efectividad de aquella herencia que él aceptó, y de la cual, aunque no llegara á posesionarse ó á hacerla efectiva, forma parte ya, mediante la aceptación, de los bienes y derechos relictos á su fallecimiento, en favor de sus respectivos herederos, puesto que la sucesión del primero *está ya causada*. De manera que, en realidad, los llamados *transmisarios* no obran como herederos del testador primitivo, sino como herederos del instituido por aquel testador, que es á la vez su causante.

Toda la base de la doctrina está en dicha aceptación por el primer heredero instituido, y las *especies* de herederos transmisarios de este segundo orden ó presunto llamamiento, arrancaban en el régimen jurídico de Roma, de las variedades con que dicha aceptación de herencia se entendía prestada.

Así es que había de ser expresa ó tácita, por *adición* ó *gestión* de heredero, pero *común* ó *cierta* en los casos de institución de heredero

voluntario y daba lugar, entonces, á los herederos *transmisarios*, que se llamaban *comunes* ú *ordinarios* (1).

Si se reputaba la aceptación *presunta*, por ministerio de la ley, en los casos de institución de herederos *suyos*, ó sea hijos ó descendientes constituidos en la patria potestad del testador, bastaba el fallecimiento del heredero instituido de esta calidad, un instante después del fallecimiento del testador, sin adir la herencia ni abstenerse de ella, para que, por ministerio de la ley, se considerara aceptada y pasara á sus herederos, que tomaban el nombre de *transmisarios suyos* (2).

Si se trataba del caso de un heredero forzoso, pero no *suyo*, ó sea de un descendiente que no estuviere constituido en la patria potestad y hubiere muerto un momento después que el testador, su padre ó ascendiente que, sin embargo, no ejerciera la patria potestad sobre él por excepción, y le hubiera instituido, si muriese sin adir la herencia ni abstenerse de ella, también se presumía, por ministerio de la ley, que la habían aceptado y adquirido y pasado á sus herederos en el concepto de *transmisarios*, pero denominados *Teodosianos*, por hallarse introducida esta especie por el Emperador Teodosio (3).

Por último, si se trataba de una institución de un heredero voluntario ó extraño que murió después que el testador, sin llegar á realizar aceptación expresa ó tácita de la herencia, pero dentro del plazo concedido para el ejercicio del *derecho de deliberar*, entonces aparecía la última especie de herederos *transmisarios iuris deliberandi* llamados *Justinianeos* (4), por haberlos introducido el Emperador Justiniano, los cuales no eran reputados tales, sino para el efecto único de que se les transmitiera el uso del derecho de deliberar por el resto del plazo que faltara utilizar á su causante, pudiendo, en definitiva, al término del expresado plazo, aceptar ó no la herencia sobre cuya aceptación deliberaba aquél al tiempo de su muerte (5).

Además de los herederos instituidos ó llamados en primer término, respecto de los cuales se cumplen los efectos *primarios* de la institución ó llamamiento, existían reconocidos en el Derecho romano y español anterior al Código civil, un segundo orden ó grupo de herederos *transmisarios* en sus diferentes especies de *comunes* ú *ordinarios*, *suyos*, *Teodosianos* y *Justinianeos* ó *iuris deliberandi*, á los cuales podía llegar en segundo lugar la institución de heredero por efectos *secundarios* de la misma.

(1) Cód. L. 7 de *iure delib.*

(2) Cód. L. 3 de *iure delib.*; L. 5 de *suis ac legit hæ.*

(3) Cód. L. ún. de *his qui ante apert. tabul.*; L. 2.^a, tít. 6.º, Part. VI.

(4) Cód. L. 19 de *iure delib.*

(5) L. 2.^a, tít. 6.º, Part. VI.

Atendidos los supuestos y naturaleza respectivos de los derechos de acrecer y de transmisión, es indudable la mayor eficacia del segundo sobre el primero, ó sea la preferencia del *transmisario*, en sus tres primeras especies de los llamados *comunes* ú *ordinarios*, *suyos* y *Teodosianos*, al coheredero, puesto que se funda el derecho de aquéllos en la hipótesis de aceptación de la herencia por su causante, según la regla indicada *hæreditas adita ad successores transmittitur*, y no hay, por tanto, herencia ó porción vacante, que es una de las tres condiciones indispensables para que proceda el derecho de acrecer.

Otra podría ser la solución cuando el conflicto sea entre el coheredero y el *transmisario justinianeo* ó *iuris deliberandi*, puesto que, en ese caso, no hay todavía aceptación de herencia, y cabe considerarla, por esto, como *vacante*, y que se permita, en su virtud, la aplicación del derecho del coheredero sobre el *transmisario*, por el de acrecer; si bien, en rigor de lógica, si no hay todavía aceptación, podría sobrevenir después, si dentro del resto del plazo para deliberar, que no había transcurrido á la muerte del instituido que le pidió, sus sucesores ó *transmisarios justinianeos* resolvieran prestar dicha aceptación; en cuanto tal expectativa, una vez subrogados por la transmisión en el lugar de su causante, debe merecer igual respeto para el coheredero que la aceptación en las otras tres clases de *transmisarios*.

Son varias y de distinta naturaleza las causas que extinguían la institución de heredero: *genéricas* las unas, en cuanto afectaban á la nulidad total é insubsistencia del testamento, y *específicas* las otras, en cuanto se concretaban á la eficacia del mismo, toda vez que, después de la ley del Ordenamiento, podía subsistir aquél, aunque se anulara la institución de heredero. Lo primero, por defecto de solemnidades en el otorgamiento del mismo ó por falta de capacidad ó de testamentifacción activa en el testador. Lo segundo, por el previo fallecimiento del heredero al testador; por la incapacidad para suceder ó falta de testamentifacción pasiva de aquél ó por haber sobrevenido causa de indignidad; por la falta de adición del heredero, con ó sin repudiación expresa del mismo, siendo voluntario ó con la abstención de la herencia, siendo forzoso (1); por incumplimiento de la condición impuesta al heredero, siendo suspensiva ó por el cumplimiento siendo resolutoria; por la preterición ó desheredación injusta de un heredero forzoso en virtud del ejercicio de la querrela de inoficioso testamento (2); por error en la persona del mismo siempre que no se pudiera identificar de modo cierto, por otros particulares del testamento, la persona que había querido instituir el testador, como heredero (3); y todo caso de perplejidad en la forma de la

(1) L. 18, tít. 6, Part. VI.

(2) L. 1.^a, tít. 8.º, Part. VI.

(3) LL. 6.^a y 10.^a, tít. 3.º, Part. VI.