

la ley incluye todos los casos, y como la proposicion indefinida equivale á la universal, es claro que abraza tambien el presente; lo cual se limita en dos casos: 1º cuando el testador en su testamento nulo por pretericion ó exheredacion pone la condicion de que se acepte la herencia para que valga el legado, pues en este caso no valdrá el usufructo ni otro alguno sin que preceda la aceptacion de la herencia; 2º cuando el usufructuario no quiere afianzar habiéndolo pretendido el propietario, pues se constituye de mala fe¹.

29. Resta saber cuándo los frutos se dirán percibidos por el usufructuario para que sus herederos los hagan suyos. Acerca de esto hay dos opiniones: la primera dice que no solo han de estar separados del suelo, sino custodiados en los parages en que se acostumbran recoger: la segunda (que es la verdadera y corriente) afirma que para que así el usufructuario como el poseedor de buena fe los hagan suyos, basta que estén separados del suelo ó cortados, aunque no se hayan custodiado²; pero con esta diferencia, que para hacerlos suyos el usufructuario han de ser separados por él, ó por otro de su mandato y en su nombre, y el poseedor de buena fe los hace suyos indistintamente, ya los perciba por sí en la buena fe de que le pertenecen, ú otro cualquiera sin su precepto³. La razon de esta diferencia es porque al poseedor de buena fe se conceptúa por dueño en cuanto á los frutos⁴; y así basta que cualquiera los perciba, para que como tal los adquiera; pero el usufructuario como no los posee como dueño, y solo tiene una servidumbre personal, es indispensable que él ú otro con su voluntad y de su mandato, y no de otro modo, los perciba⁵. De esta diferencia se sigue que si los frutos se caen espontánea ó accidentalmente, como suele suceder á la aceituna, no tocan al usufructuario antes de percibirlos, porque no se pueden decir cogidos por él antes de su aprehension, que es lo que se requiere para lucrarlos; por el contrario, el poseedor de buena fe antes de la aprehension los hace al instante suyos, porque en él no se requiere la percepcion por sí mismo, como en el usufructuario, pues basta que estén separados del suelo⁶.

¹ Matienz. ley 1, glos. 14, tit. 4, lib. 5, Rec. desde el num. 55 al 40, y Castill. de usufruct. cap. 16. — ² Tiraquel. lib. 2, Retract. § 5, glos. 4; Covarr. lib. 1, Var. cap. 15, num. 12; Gutterr. Canon. Quæst. quæst. 55, num. 4. — ³ Ley Si usufructuarius, ff. Quibus modis ususfruct. amittat. ley Qui scit, § Præterea, y ley Si jur. ff. de usufruct. — ⁴ Dicha ley Qui scit, § In alieno, vers. Porro. — ⁵ Valasc. de partition. cap. 55, num. 11 y 12. — ⁶ Balduin. in § Is vero, Institut. de rerum divis. al fin; Cujac. lib. 4, Feud. tit. 50, col. 2; Valasc. dicho cap. 55, num. 15; Castill. de usufruct.

CAPITULO XIII.

DE LA SUCESION DE BIENES LIBRES ENTRE ASCENDIENTES, DESCENDIENTES Y TRASVERSALES CUANDO MUEREN ABINTESTATO. ¿QUÉ DEBERAN DISTRIBUIR UNOS Y OTROS POR EL ALMA DEL DIFUNTO? ¿SI EN CASO DE DUDA DEBE GRADUARSE LA SUCESION TESTAMENTARIA POR LA REGLA DEL ABINTESTATO?

De las tres líneas de sucesion que se conocen en el derecho. — Orden con que deben suceder abintestato las dos líneas de descendientes y ascendientes, y declaracion de algunas dudas que ocurren en esta materia, para instruccion de los partidores. — Si por muerte del descendiente perderá el usufructo de sus bienes el ascendiente que le tenia. — De la tercera línea, que es de los trasversales, llamada por la ley á la sucesion abintestato. — Muerto uno abintestato, ¿qué parte de sus bienes deberán distribuir por su alma los que le hereden? — En caso de duda deberá graduarse la sucesion testamentaria por la regla del abintestato. — Cuando uno instituyó simplemente con modo colectivo á un hermano vivo y á los hijos de otro hermano muerto, ó á un extraño y á los de otro extraño, sin especificar sus nombres, ¿cómo se entenderán instituidos?

1. En el libro 2, título 2, capítulo 2, párrafo 13, se dijo que en el derecho se conocen tres líneas de sucesion, á saber: una de *descendientes*, que son los hijos, nietos, biznietos y todos los que descienden de ellos sin limitacion, hasta que se acaba la línea de aquel en quien tuvo principio. Otra de *ascendientes*, que son los padres, abuelos, bisabuelos y demas que suben hasta el primer progenitor. La tercera es de *trasversales ó colaterales*, que son los hermanos, primos, sobrinos, tíos y demas parientes que no ascienden ni descienden como los de las otras líneas¹. De la sucesion intestada de unos y otros se trató con extension en dicho libro 2, título 2, capítulo 9; y así me contraeré aquí á reasumir parte de aquella doctrina, y hacer las observaciones que juzgue oportunas para la instruccion del contador en el modo de hacer la division de las herencias abintestato.

2. Muriendo pues alguno sin testamento por no haberle hecho,

¹ Ley 2, tit. 15. Part. 6; Matienz. en la ley 1, tit. 8, lib. 5. Rec. glos. 1, num. 1.

ó ser nulo el que hizo, y dejando hijos y otros descendientes legítimos vivos, le sucederán solamente los hijos como sus mas inmediatos parientes y causa primera de la sucesion, y ningun otro descendiente entrará á heredar ni partir con ellos su herencia; por consiguiente la dividirán entre sí con igualdad, pues ya esten bajo la patria potestad, ya fuera de ella, les corresponde por derecho divino, natural y positivo, sin distincion de varones ni hembras¹; debiendo advertirse que tambien heredan abintestato con los demas hijos legítimos los póstumos y los legitimados por el subsecuente matrimonio, como mas extensamente se dijo en dicho capítulo 9, párrafos 6, 7 y 8.

3. Este derecho de los hijos es tan exclusivo, que aun cuando el muerto tenga padre ú otros ascendientes que en su respectiva línea esten en igual grado de parentesco con hijos ó descendientes legítimos (v. gr. al modo que el hijo en primer grado en la línea de descendientes, el abuelo en la de ascendientes), no le sucederán ni entrarán á la division de sus bienes, sino que serán todos para sus hijos, porque estos se reputan una persona con su padre muerto, y en ellos se perpetúa su memoria; lo cual no sucede al padre respecto de su difunto hijo².

4. No dejando hijos el difunto, y sí nietos, biznietos ú otros descendientes legítimos, le sucederán solamente en sus bienes los que esten en grado mas cercano, y no los demas; teniendo entendido que para que el nieto entre á heredar al abuelo es preciso que haya nacido, ó por lo menos sido concebido en vida de este³.

¹ Ley 3, tit. 13, Part. 6.; Ley 1, tit. 6, lib. 3 del Fuero Real, y ley 1, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec.; Genes. cap. 13, Levit. cap. 25, Apost. ad Galat. cap. 4. — ² Ley *Liberor.* al fin. ff. *de verbor. signific.*; Gom. lib. 1, *Var.* cap. 1, num. 4. — ³ El reformador de Febrero opina que aunque el nieto no haya nacido, ni sido concebido en vida del abuelo, podrá percibir los bienes de este; fundándose en que las leyes nuestras que dan la herencia de los ascendientes á los descendientes no hacen la expresada distincion. El adicionador desaprueba altamente este dictámen, suponiendo canonizada en nuestra legislacion la doctrina del autor sobre este punto; pero sin dar por su parte razon alguna para rebatir la del señor Gutierrez, y suponiendo equivocadamente que este habia suprimido un párrafo en que Febrero expone sus fundamentos. Esto no es exacto: el reformador comprendió en un párrafo dos del autor, si bien no alegó mas que una razon de las dos que trae Febrero. Lo que importa es examinar bien estas para ver si son ó no fundadas, que es lo que debió hacer el adicionador. Dice Febrero que el nieto no sucederá al abuelo en el referido caso; lo primero, porque habiendo precedido la muerte de este al nacimiento ó concepcion de aquel, ningun parentesco tuvieron entre sí. Cualquiera conocerá cuan débil es este fundamento. ¿El hijo póstumo deja de ser legítimo por nacer despues de la muerte de su padre? ¿No hereda el biznieto á su bisabuelo, aunque no haya nacido ni sido concebido en vida de este? ¿La ley que establece la

5. Procede lo expuesto, no solo cuando los nietos ó descendientes son hijos de un hijo ó hija ya muertos, y concurren solos á la sucesion, sino tambien cuando lo son de dos ó mas hijos, y todos concurren á ella, aunque con la diferencia de que siendo hijos de un hijo único heredan por cabezas ó por personas, quiero decir, que toda la herencia les corresponde, y la han de partir entre sí igualmente; y cuando lo son de dos ó mas hijos del muerto, heredarán por estirpes, esto es, los de cada hijo llevarán la mitad, tercera, cuarta ó quinta parte de la herencia, segun sea el número de los del difunto cuyo lugar ocupan, y la dividirán respectivamente entre sí. Asimismo si de un hijo no hay mas que otro hijo, y de cada uno de los otros hay tres, cuatro ó mas, llevará este hijo único tanta parte de la herencia de su abuelo cuanta todos los de cada uno de los otros hijos, porque no se mira á si son pocos ó muchos los de cada uno, sino á la persona en cuyo lugar suceden, y cuanto percibiria esta si viviera, tanto deben percibir los suyos, ó uno solo si no deja mas⁴.

6. Lo propio debe observarse cuando el difunto deja uno ó mas

sucesion de los descendientes *in infinitum*, es por ventura compatible con la precisa condicion de que el descendiente haya de haber nacido ó sido concebido en vida del ascendiente á quien se trata de heredar? ¿No basta que se acredite ser legítimo descendiente de este, prescindiendo del tiempo en que haya nacido? Así es en efecto, y de otro modo no pudieran heredar los descendientes muy remotos. Añade Febrero que donde no hay sugeto no puede haber cualidad; y no existiendo el descendiente al tiempo que muere el ascendiente, no puede tener cualidad de parentesco, por la cual se le defiera la sucesion á los bienes. Este es un sofisma: es verdad que cuando murió el abuelo no habia sugeto en quien recayese la cualidad de parentesco, pero luego que existe el sugeto, existe tambien en él la referida cualidad; así como el póstumo no era hijo al morir su padre, porque no existia ni se sabia positivamente si habia de existir: pero nace, y la ley le reconoce al momento como hijo legítimo. Si el principio sentado por el autor fuese cierto, ¿cómo podria acreditarse el parentesco en las sucesiones de bienes vinculados? Otra razon de Febrero es que el nieto debe representar necesariamente al difunto, porque lo sucede universalmente en todo su derecho, y por la representacion se retrotrae la aceptacion de la herencia al tiempo de su muerte; y si aquel no está nacido ni concebido no puede retrotraerse. Esta es una mera cavilosidad. Luego que nace el nieto, sea en cualquier tiempo, siempre que sea legítimo, sucede en lugar de su padre, y representa al difunto; y por esta representacion se retrotrae la aceptacion de la herencia al tiempo anterior, que es lo que sucede siempre que un descendiente hereda á un ascendiente muy remoto. Por consiguiente no habiendo ley nuestra que diga lo contrario, estoy por la opinion del señor Gutierrez: heredará abintestato dicho nieto, y no los parientes trasversales, ó á falta de estos el fisco; pues ademas de las razones indicadas, seria una injusticia privar de la herencia á un descendiente, cuyo parentesco tiene la preferencia, solo por meras cavilosas metafísicas. Mas pudiera decirse para esforzar esta verdad, si los estrechos límites de una nota lo permitiesen.

⁴ Ley 3 al fin, tit. 13, Part. 6.

hijos nacidos ó póstumos, y varios nietos hijos de otro ú otros hijos ya muertos, pues los nietos aunque estan en grado mas remoto sucederán á su abuelo con el hijo ó hijos de este que son tios carnales de ellos, percibiendo cada uno de estos tanta parte de herencia cuanta todos los nietos hijos de cada uno de los hijos ya muertos del difunto, en cuyo grado se ponen; por lo que los tios de los nietos de este, que son los hijos vivos, le heredarán por personas, y los nietos hijos de cada hijo muerto, por estirpes, como que todos entran á ocupar su lugar y constituyen una persona, y dividirán entre sí la parte de herencia que este percibiría en caso de vivir¹; pues entre los descendientes no hay distincion de agnacion y cognacion, se admite la representacion en infinito, y el nieto entra en el lugar de su padre, concurriendo con su tio, del mismo modo que su padre, hermano de este, concurriría si viviera.

7. En cuanto á los hijos naturales y demas ilegítimos véase el capítulo 6, título 2, libro 2, donde se halla reunida la doctrina legal acerca de la sucesion de aquellos por testamento y abintestato; adonde podrá acudir el contador cuando ocurra algun caso de esta naturaleza.

8. La segunda línea de sucesion es la de ascendientes, quienes suceden por testamento y abintestato á sus descendientes legítimos por su orden y línea derecha, del mismo modo que estos á ellos, siempre que los descendientes carezcan de hijos ó descendientes legítimos, ó de otros que hayan derecho de heredarles, segun lo ordena expresamente la ley 6 de Toro, que es la 1^a, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec. Y esto procede esten los hijos en su poder ó emancipados, sean varones los descendientes ó hembras, pocos ó muchos, teniendo igual grado de parentesco con el difunto: v. gr. que todos sean padres, abuelos ó bisabuelos, etc.; pues el que esté mas remoto, no su cederá con los inmediatos, por lo que si deja padres y abuelos, percibirán toda la herencia por mitad los padres; si abuelos y bisabuelos, corresponderá enteramente á los primeros; y así en los demas, observando siempre la prerogativa del grado ó proximidad del parentesco, y no la representacion, por no admitirse entre ascendientes². Por tanto, si el descendiente no deja mas que un ascendiente por una línea, v. gr. padre solo, y por la otra abuelo ó abuela, percibirá el primero toda la herencia que por ambas líneas poseia el descendiente muerto³.

9. En el citado capítulo 9, párrafo 15, se dijo que cuando con-

¹ Dicha ley 5. — ² Leyes 4, tit. 15, Part. 6, y 6 de Toro. — ³ Ley 4 cit.

curren á la sucesion dos abuelos por una línea, y dos por otra, partirán igualmente la herencia todos cuatro, y heredarán por estirpes, es decir, que los de la una llevarán la mitad dividiéndola entre sí, y los de la otra la mitad restante. Pero si concurriere solamente uno por una línea y dos por la otra, no han de dividirla por terceras partes, sino que el uno heredará por sí llevándose la mitad, y los dos por su rama percibirán la otra mitad dividiéndola igualmente entre sí, como lo previene la ley 4, tit. 13, Part. 6, por estas palabras: « É si por aventura de parte de su padre é de su madre oviere un abuelo solo, é de la otra dos, entonce aquel solo habrá la mitad de todos los bienes, é los dos que fuesen de la otra parte la otra mitad. »

10. Tambien se dijo en dicho capítulo, párrafo 16, que los hermanos y sobrinos no concurren con los abuelos ni demas ascendientes á la division de la herencia, porque con la línea recta no concurre la trasversal por ser de distinta naturaleza y mas distante en grado.

11. La sucesion abintestato de los ascendientes á sus legítimos descendientes se entiende no solo en los bienes adventicios que dejen, sino en todos los demas libres, aunque sean castrenses, cuasicastrenses ó ganados por razon de la iglesia, que es por dignidad, renta ó beneficio eclesiástico, pues no debe haber diferencia ni separacion, ni el derecho distingue, antes bien comprende todas las clases, como se ve por la ley 6 de Toro, que dice *de cualquier calidad que sean*; y por la 4, tit. 3, Part. 6, cuyas palabras son las siguientes: « que entonce el padre é la madre deben heredar igualmente todos los bienes de su fijo; » lo cual es corriente, y se ha ejecutoriado en la Corte repetidas veces, así abintestato como por testamento⁴.

12. Paso ahora á resolver una cuestion en que estan discordes el reformador y el adicionador de Febrero acerca de un punto importante. Se dijo en el citado capítulo 9, párrafo 18, que si concurren dos ó mas ascendientes á la sucesion del descendiente intestado, y uno de ellos tiene el usufructo de sus bienes debe gozarlo toda su vida. Con este motivo dice Febrero que el usufructo se concede al padre (con obligacion de alimentar, educar y defender en juicio y fuera de él á los hijos) aun en los casos siguientes. 1^o Aunque el hijo esté lejos de su padre, pues la distancia no le quita el derecho de la patria potestad⁵, como tam-

⁴ Matienz. en la ley 15, tit. 8, lib. 8, Rec. — ⁵ Ley Pomponius, ff. de procurat. Ley Si pater, Cod. de instit. et substit. sub condit. fact.

poco el orden sacerdotal: 2º aunque el hijo sea anciano¹: 3º en el usufructo que alguno dejó al hijo, pues la utilidad ó comodidad corresponde á su padre, por cuya muerte y no antes, gozará de él el hijo²; á menos que aquel prohiba que el padre lo disfrute, en cuyo caso todo será para su hijo, y nada para él; debiendo advertirse que la madre no puede poner esta prohibición³, aun cuando el padre ignore que tiene tal hijo, ó crea que está muerto⁴: 4º en los bienes de mayorazgo que vienen al hijo por línea materna, aunque se haya fundado con Real permiso, mas no si se fundó de donación ó bienes Reales⁵: 5º aunque el hijo muera, pues no por eso pierde su padre el usufructo.

13. Acerca de este último caso dice así el reformador de Febrero (tomo 4º, página 44, nota 1ª de la 6ª edición): « Yo me inclino á que por muerte del descendiente pierde el usufructo de sus bienes el ascendiente que le tenía. Las palabras generales y absolutas con que *por su orden y línea derecha* llama la ley 6 de Toro á los ascendientes para que sucedan en los bienes de sus descendientes sin hacer ninguna distinción entre aquellos, y el silencio que guarda la misma ley acerca de dicho usufructo, son para mí argumentos mas poderosos que cuantos pueden alegarse en favor del ascendiente usufructuario. Y á la verdad, ¿ cómo es posible que hablando la ley ex-profeso de la sucesión de los ascendientes á sus descendientes no hiciese mención de una cosa tan notable y que no debia omitirse, como de la continuación del usufructo en el ascendiente que gozaba de él, si fuese cierta tal continuación? ¿ Cómo es posible asimismo que habiéndola, ninguna otra ley de nuestros códigos hable de ella? » El adicionador de Febrero impugnando esta opinión del señor Gutierrez, y defendiendo al autor, dice así (parte 2ª, tomo 2º, página 358, nota 2ª de la 5ª edición): « Las leyes se constituyen de los casos que frecuentemente acontecen, y se adaptan á ellos (Ley 3 y 5, ff. *de legibus*): por las causas y motivos que tuvo el legislador, mandó publicar dicha ley 6 de Toro para igualar las sucesiones entre ascendientes y descendientes segun prescribe. Los bienes de que ha de disponer el hijo han de ser absolutamente suyos; en el padre ó ascendiente se radicó el derecho de usar y gozar de ellos, como constituido dicho hijo bajo la patria potestad, pues mien-

¹ Glos. in leg. fin. § *Pupillus*, ff. *de verbor. signific.* — ² Ley ult. ff. *de usufruct.*; Gom. en la ley 48 de Toro, num. 2. — ³ Matienz. en la ley 9, tit. 1, lib. 5, Rec. glos. 2, num. 14. — ⁴ Ley *Uxorem*, ff. *de manumis. testam.* ley 2, et ibi DD. *Cod. de pact.* — ⁵ Gom. en dicha ley 48, num. 3 y 4; Gregor. Lop. en la 7, tit. 17, Part. 4, glos. ult.; Matienz. alli, num. 3 al 11.

tras no salga de ella, segun derecho se continúa, y por consiguiente se aplicará muy bien: que si ninguno puede trasferir en otro mas derecho que el que tiene (reg. 11, 54, 120 y 177, ff. *de reg. jur.*), respecto que el hijo, viviendo el padre, no tiene mas que la propiedad, se sigue que mientras viva, en esta sola será la sucesión del otro ascendiente en igual grado. A esto se agrega otro principio, que no puede quitarse á otro el derecho concedido por la ley (reg. 17, *de reg. jur.* in 6): el usufructo de los bienes del hijo en el padre es de ley, y esta misma se lo quita cuando casado y velado el hijo dispone que lo restituya á este íntegramente, acerca de lo cual véanse las leyes 47 y 48 de Toro, y á Antonio Gomez en dicha ley 6, número 11 y 12. » Cotejando imparcialmente las razones del uno y del otro, no puede negarse que las del adicionador son de mayor peso como mas conformes á los principios generales del derecho; al paso que el reformador se funda principalmente en el silencio de la ley, es decir, en un argumento negativo que es de poca fuerza; ademas de que este mismo silencio prueba lo contrario de lo que él intenta, pues habiendo expresado la ley que casado y velado el hijo pierda su padre el usufructo, parecia natural que hablase del caso de la muerte de aquel, si la intención del legislador hubiera sido privar tambien al padre del usufructo en esta sazón; y pues que nada dijo, parece mas probable la opinión de Febrero, apoyada ademas en los textos y autores que se citan al pie¹.

14. La tercera línea llamada por la ley á la sucesión abintestato á falta de descendientes y ascendientes es la de los parientes trasversales ó colaterales dentro del cuarto grado civil, como se dijo en el citado capítulo 9, título 2 del libro 2, donde se trató con extensión de esta materia de trasversales, desde el párrafo 19 en adelante. Allí se dijo (párrafo 27) que el derecho de representación en los trasversales no pasa del tercer grado, esto es, acaba en los primos carnales, que son los hijos de hermanos, y tiene lugar únicamente cuando suceden á un tío suyo, hermano de su padre ó madre, y concurre otro tío tambien, hermano de alguno de estos; y no cuando suceden entre si sin concurrencia del tío, ni entre otros parientes trasversales, ni tampoco entre los ascendientes ni descendientes de estos. Me ha parecido oportuno ampliar mas aquí la explicación de esto para instrucción del contador. Supongamos que el muerto abintestato deja dos primos herma-

¹ Ley fin. vers. penult. *Cod. de trebellian.* Ley *Sancimus* al fin, *Cod. commun. de successione.* y Ley *Quod*, 5, *Cod. de bonis quæ liberis*; Gom. en dicha ley 48, num. 5; Matienz. en la ley 6, tit. 1, lib. 5, Rec. glos. 1.

nos, y sobrinos segundos, hijos de otro primo hermano muerto antes: le sucederán en todo los dos primos, y nada llevarán los sobrinos, así porque no adquirió derecho su padre por haber fallecido antes que el difunto intestado, como porque estan en su grado mas distante que sus tios, y no hay representacion desde los hijos de los hermanos en adelante; pero si todos tres primos sobrevivieren al difunto intestado, y el uno falleciere despues de este, dejando hijos, llevarán estos, y dividirán entre sí la parte que su padre llevaria á no haber fallecido antes de dividirse los bienes del intestado, porque por haberle sobrevivido adquirió derecho á su parte, y sus hijos le suceden en él, y no se lo quita el haber muerto antes que se partiesen sus bienes. Fuera de dicho tercer grado en que se admite la representacion, dividirán los trasversales la herencia con igualdad, segun la proximidad del parentesco.

15. Instruido el contador del modo de suceder al que murió intestado, resta enseñarle qué parte de sus bienes deberán ó no distribuir por su alma los que le hereden: para lo cual es necesario distinguir de casos y de herederos: estos ó son legitimos, ó trasversales; y el difunto, ó murió absolutamente intestado, ó bajo el poder para testar, y no hizo su testamento el comisario. Si los herederos son ascendientes ó descendientes, y el pariente falleció absolutamente intestado, estan obligados á hacerle las exequias, funerales y demas sufragios que se acostumbren en el país, con arreglo á su caudal, calidad y circunstancias, y no á distribuir todo el quinto por su alma, ni en ello mezclarse juez alguno, como manda la ley 14, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec. Si falleció bajo del poder para testar, y el comisario no hizo su testamento porque no pudo ó no quiso, ó se le olvidó, y pasó el tiempo prefinido por la ley y por el mismo testador, cumplirán con practicar lo propio, y no tendrán obligacion tampoco á distribuir el quinto¹.

16. Si son trasversales, y murió sin testamento, no estarán obligados á hacer dicha distribucion, y si solamente á lo que los legitimos, sin diferencia, porque todos sus bienes les pertenecen abintestato²; y ninguna ley les precisa á mas³; bien que algunos dicen que todo lo han de distribuir⁴, pero no se observa ni

¹ Arg. á contrario sensu ex leg. 10, tit. 4, lib. 3, Rec.; Gom, Castell. y otros en la ley 36 de Toro; Angul. en la 13, tit. 3, lib. 3, Rec. glos. 4, num. 4, y en la ley final, tit. 6, lib. 3, Rec.; Matienz. en dicha ley. —² Ley 6, tit. 15, Part. 6. —³ Gom. y Castell. ibi; Angul. ibi, num. 3. —⁴ Parlad. differ. 25, num. 2, citando á Tello en dicha ley 36, y á Rojas de successión. ab intestato, cap. 9 al 24.

debe. Si dió poder para testar, y el comisario por alguna de las causas expuestas no hizo su testamento, en este solo caso y no en otro estarán obligados á la distribucion del quinto íntegro dentro del año, segun lo ordena la ley 13 del mismo título 20, y libro 10, Nov. Rec., cuyas palabras son estas: « Cuando el comisario no hizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, porque pasó el tiempo, ó porque no quiso, ó porque murió sin facerlo, los tales bienes vengán derechamente á los parientes del que le dió el poder que hubiesen de heredar sus bienes abintestato: los cuales en caso que no sean hijos, ni descendientes ó ascendientes legitimos, sean obligados á disponer de la quinta parte de los tales bienes por su ánima del testador; lo cual si dentro del año contado dende la muerte del testador no lo cumplieren, mandamos que nuestras justicias les compelan á ello, ante las cuales lo pueden demandar, y sea parte para ello qualquier del pueblo.» Y la razon es porque en este caso presume el derecho que el testador por el hecho de dar poder para testar al comisario quiso que su ánima fuese preferida á sus parientes en el quinto, á que restringió su voluntad, pues antiguamente se ampliaba y extendia á todos sus bienes¹; y no procede ni se amplia á otros casos algunos la disposicion de esta ley: lo primero, porque habla condicionalmente de caso cierto y limitado, y la condicion del testador, la del contrayente y la de la ley se deben observar en forma especifica²; y lo segundo, porque la causa limitada produce efecto limitado³; y así en los demas expresados, ya sean legitimos ó trasversales los herederos, no hay obligacion de distribuir el quinto, como dejo expuesto.

17. Por lo que queda explicado en orden á la sucesion abintestato, parece se deberá graduar la sucesion por testamento; y así si el testador instituye genérica y simplemente por herederos á sus hermanos, ó les lega alguna cosa, y unos son enteros y otros medios, serán admitidos solamente los enteros á la herencia ó legado por las razones que se expusieron en el libro 2, título 2, capítulo 8, donde se trató esta materia con extension: y por no repetirla aquí me remito á ella.

18. Por conclusion de este capítulo debo advertir aquí que si alguno hubiere instituido simplemente con un modo colectivo á un hermano vivo y á los hijos de otro hermano muerto, ó á un

¹ Innocenc. in cap. Cum tibi, de testament.; Jason. in leg. Captatorias, num. 12, Cod. de testam. milit. —² Ley Conditionibus primum locum, et per tot. ff. de condition. et demonstration. y ley 1, ff. de condition. incert. —³ Ley Age, Cod. de transaction. y ley In agris, ff. de acquirend. rerum dominio.

extraño y á los de otro extraño, sin especificar sus nombres, y los hijos estaban nacidos al tiempo de la institucion, se entienden instituidos por ramas, y el hermano ó extraño en cabeza propia; y así este llevará la mitad de la herencia, y los hijos la otra mitad, porque los conjuntos con modo colectivo se estiman por uno. Lo cual se entiende excepto que de su voluntad aparezca expresa ó tácitamente otra cosa, v. gr. si mandó que sucediesen igualmente, pues entonces todos sucederán con igualdad¹; y lo mismo procede en cualquier sustituto y en el legado²; por lo que si lega algo, v. gr. á Pedro y á sus hijos, ó á los de otro, llevará Pedro la mitad del legado, y los hijos la otra mitad³.

CAPITULO XIV.

OBSERVACIONES QUE DEBERÁ TENER PRESENTES EL CONTADOR ACERCA DE LA DIVISION DE LA HERENCIA CUANDO EL TESTADOR HUBIERE INSTITUIDO HEREDEROS EXTRAÑOS.

Doctrina relativa á los herederos extraños, inserta en el capítulo 8, título 2, libro 2. Resuélvense aquí dos puntos como mas enlazados con el Tratado de particiones. Primero: cuando el testador reparte su herencia entre tres, dejando al uno la mitad, al otro la tercera, y al otro la cuarta parte de ella, se ha de proceder en la particion por regla de proporcion ó de tres; y modo de girar la cuenta. — Punto segundo. Nombrando el testador por sus herederos á tres ó mas extraños, y mejorando á dos de ellos, al uno en el *tercio* de todos sus bienes, y al otro en el *quinto* tambien de todos, sin decir cuál se ha de deducir primero; ¿cómo habrá de hacerse la deducción?

1. En el libro 2, título 2, capítulo 8, se trató extensamente de la sucesion testamentaria de los herederos extraños, y dando por supuesta aquella doctrina, resolveré para instruccion del contador dos puntos importantes, que reservé para este Tratado. 1º Cuando el testador reparte la herencia entre tres, dejando al

¹ Ley *Interdum*, ff. de *heredib. instituend.* — ² DD. ubi *supr.* — ³ Ley *Si quis Attio et heredib.* 7, ff. de *usufruct. accresc.*

uno la mitad, al otro la tercera, y al otro la cuarta parte de ella, se ha de proceder en la particion por regla de proporcion ó de tres, para que ninguno sea perjudicado, v. gr. importa la herencia doce mil reales, cuya mitad son seis, la tercera parte cuatro, y la cuarta tres; pero como seis, cuatro, y tres componen trece, se debe girar la cuenta de esta suerte: si trece me dan doce mil, ¿cuántos darán seis, cuántos cuatro y cuántos tres? y se verá que ni la mitad son seis mil reales, ni la tercera parte cuatro mil, ni la cuarta tres mil; y así ninguno resultará agraviado en su legítimo haber. Lo mismo se practicará en otras instituciones semejantes de distintas porciones ó cuotas (*). Y en orden á cómo se ha de hacer la division cuando el testador deja alimentos á una mujer embarazada, diciendo: *que si pare hijo, lleve ocho partes de los frutos de sus bienes, ó de estos el hijo y su madre cuatro; y si hija, lleve esta cuatro y la madre ocho*, y luego nacen de aquel parto hijo é hija; véase á Escobar que siguiendo á Moya¹ y la regla de compañía sin tiempo, explica cómo se ha de girar la cuenta sin irrogar perjuicio á los tres interesados; cuya regla se deberá observar tambien en otros casos y cuotas diversas que en derecho no estan resueltos ni tocados.

2. Segundo punto. Elijiendo el testador por sus herederos á tres ó mas extraños, y mejorando á dos de ellos, al uno en el *tercio de todos sus bienes*, y al otro en el *quinto tambien de todos*, y no diciendo cuál se ha de deducir primero; parece que se deberá sacar antes este con arreglo á la ley 214 del Estilo, para que sea mayor y tenga mas de que disponer por su alma, ó en lo que quisiere, segun se practica cuando testa entre descendientes, como tienen creído algunos por no haber visto esta ley. Pero no debe practicarse en estos términos, ni tampoco bajarse antes el *tercio* á pretexto de observar el orden de las palabras, excepto que lo mande expresamente el testador. Lo primero, porque testando entre extraños, no se deducen del quinto los gastos de su funeral, misas, entierro y legados, como cuando testa entre des-

(*) Lo mas fácil es hacer de la herencia tantas partes cuantas señaló el testador, y dar á cada uno lo que dice el testamento. En el caso propuesto sobre la herencia, que son doce mil reales, se hacen trece partes, esto es, si se divide por trece, se verá que cada una de las trece partes en que el testador dividió su herencia, es 923 reales 2 y 6/10 maravedis, de modo que al uno le tocarán 5358 reales 13 y 7/10 maravedis, por lo que le asignó con el nombre de mitad; al que se le señaló el *tercio* le corresponden 2692 reales 10 y 5/10 maravedis; y la cuarta parte será 2769 reales 7 y 8/10 maravedis. *Febrero adicionado.*

¹ Aritmeth. lib. 5, cap. 5.