

## CAPITULO XII.

## DEL DERECHO DE ACRECEER EN LAS HERENCIAS.

Origen del derecho de acrecer y de no decrecer. — ¿Qué es derecho de acrecer y de no decrecer? — Diferencias entre uno y otro. — ¿Quiénes se dicen conjuntos? — De los conjuntos en la cosa. — De los conjuntos en las palabras. — Diferencia entre unos y otros conjuntos? — ¿Cuáles son los totalmente disyuntos? — ¿Cuál se llama herencia caduca ó defectuosa? — En la institucion clandestina del indigno no ha lugar el derecho de acrecer. — Segundo modo de caducar la herencia. — Tercer modo. — Razones inductivas del derecho de acrecer. — Casos en que hay derecho de acrecer entre los herederos legítimos. Casos primero y segundo. — Caso tercero en que se verifica lo mismo. — Sobre si acrece ó no á sus hermanos la legítima del hijo desheredado. — Sobre el derecho de acrecer entre herederos extraños. — ¿Habrá este derecho si el testador lo prohíbe expresamente? — Opinion mas segura en el punto anterior. — Casos que aclaran la materia. — Los instituidos desigualmente acrecerán á prorata. — El heredero universal, que por haber aceptado parte de la herencia se entiende aceptarla toda, no la hace suya por derecho de acrecer, sino por el de institucion. — Esta doctrina tiene lugar en seis casos. Primero. — Segundo. — Advertencia sobre el cumplimiento de la condicion. — Caso tercero. — Cuarto caso. — Quinto caso. — Si entre dos herederos extraños, uno acepta y otro repudia su parte, acrece al primero. — El sustituto es preferido al conjunto en la sustitucion vulgar expresa y en la tácita comprendida en la pupilar. — Lo mismo sucede cuando son varios los herederos y los sustitutos. — Cuando hay heredero fideicomisario para que entregue la herencia á dos, si el uno la repudia pasará al otro. — Lo mismo será si el heredero no quiere percibir la parte que acrece á él, pues habiendo aceptado la suya debe aceptar la otra. — Si el testador deja sus bienes al incapaz, es nula la institucion: mas no caduca la herencia. — Cuando son mas de dos los coherederos, ¿quién es preferido en el derecho de acrecer? — Primera consecuencia de la resolucion del caso precedente. — Consecuencia segunda. — Consecuencia tercera. — En el derecho de acrecer no hay distincion entre hermanos y medios hermanos, ni tampoco por sustitucion pupilar y brevilocua. — Duda sobre preferencia entre el conjunto real y el verbal. — Resolucion de

dicha duda. — El conjunto es preferido al disyunto. — Si el heredero que murió despues de admitida la herencia, tiene derecho de acrecer á la parte repudiada por su coheredero, lo trasmitirá á sus herederos.

1. ESTABLECIDO entre los romanos el principio legal de que nadie podia morir en parte testado y en parte intestado, se introdujeron el derecho de acrecer y el de no decrecer, como medios de obviar á los inconvenientes de aquella máxima. Deriváronse de allí á la legislacion de las Partidas; pero sea porque entre nosotros no se observa el rigor de aquel principio, ó porque las fórmulas que ordenan las instituciones de herederos prestan poco motivo para ello, lo cierto es que son rarísimas las ocasiones en que hay que hacer uso de los referidos derechos. Sin embargo por si alguna vez se ofreciere, no estará de mas una ligera instruccion sobre este punto.

2. Llámase derecho de *acreer* el que tiene un heredero de hacer suya la parte de la herencia que deja de percibir su conjunto. Derecho de *no decrecer* es el que tiene de conservar su parte ademas de adquirir la agena, quedándose por ejemplo uno solo con los bienes que habian de repartirse entre dos <sup>1</sup>.

3. Se diferencian el derecho de acrecer y el de no decrecer: lo primero, en que á los que vienen por el de acrecer no se acrece contra su voluntad la porcion del que no la quiere: lo que es al contrario á los que vienen por el de no decrecer, pues aquel á quien desde el principio se dejó el todo, no puede aceptar ó repudiar parte sino el todo ó nada; y de no hacerlo no será admitido. Lo segundo, en que los que vienen por el de acrecer, estan obligados á aceptar la parte deficiente ó defectuosa con su gravámen y cargas, y á sufrir estas; y los otros no. Y lo tercero, en que el de acrecer tiene lugar entre los conjuntos en la cosa; y el de no decrecer entre los que lo son en la cosa y palabras, ó solamente en estas <sup>2</sup>.

4. Y para que se sepa quiénes se llaman en derecho conjuntos, y de cuántas maneras lo son, y cuáles no, debo advertir que unos lo son con conjuncion *real* y *verbal*, que es en la cosa ó herencia á cuyo goce son llamados, y en las palabras: otros lo son solamente *en la cosa*: y otros *en las palabras*: y otros omnímodamente *disyuntos* ó separados. *Conjuntos real y verbalmente* son y se llaman los que el testador instituye simplemente por sus herederos ó legatarios en una misma cláusula y oracion, sin

<sup>1</sup> Canc. part. 5, Var. cap. 22, num. 4; Petr. Greg. part. 5, Stig. jur. lib. 46, cap. 11, num. 5. — <sup>2</sup> Petr. Greg. ibi, num. 4.

asegurarles la parte ó porcion que han de percibir en la herencia ó legado.

5. *Conjuntos solamente en la cosa* son aquellos á quienes el testador deja una misma herencia en diversos periodos ó cláusulas, v. gr. si en una dice: *instituyo á Juan por mi heredero*, y despues en otra: *instituyo á Pedro por mi heredero*. Pues como deja la herencia á cada uno de por sí separadamente, y ninguno puede titularse ni entenderse heredero universal, porque dos ó mas no pueden ser dueños por el todo, de necesidad se deduce que deben dividirla y concurrir á su percibo por mitad; y por consiguiente que son *conjuntos en la cosa* solamente, ya que en las palabras ó modo de ser instituidos fueron separados, y en distintas cláusulas nombrados al goce y obtencion de la misma cosa<sup>1</sup>.

6. *Conjuntos solo en las palabras*, se llaman aquellos á quienes el testador en una misma cláusula ú oracion instituye (ya sea ó no igualmente) por sus herederos ó legatarios, señalando á cada uno y separándole con ellas la parte ó porcion que ha de percibir de la herencia ó legado, y no simplemente sin señalársela, v. gr. diciendo: *instituyo á Juan y Francisco por mis herederos en partes iguales*. Pues estos por ser instituidos en una misma cláusula y oracion se llaman *conjuntos en las palabras*; y por no serlo simplemente en cuanto al percibo de la herencia, sino en diversas y separadas partes ó porciones, aunque iguales, no se gradúan ni titulan conjuntos en la cosa.

7. Y sin embargo de que cuando el testador hace la institucion con igualdad, parece no hay diferencia entre los conjuntos en la cosa y palabras, ó en estas solamente, pues aunque no diga: *por iguales partes ó porciones*, se entiende por derecho, porque en los contratos, sentencias y últimas disposiciones la conjuncion y puesta entre las personas divide igualmente entre estas los efectos de la disposicion<sup>2</sup>; no obstante, como falta la division del hombre, y solo interviene la de la ley, no se llaman conjuntos en la cosa y palabras, como cuando hace simplemente la institucion.

8. Y omnimodamente ó del todo disyuntos y separados son aquellos á quienes el testador deja la herencia ó legado en diversas cláusulas y oraciones, y en distintas y separadas partes ó porciones, v. gr. instituyo á Juan por mi heredero en la mitad de mis bienes ó herencia, y á Pedro en la otra mitad<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Gom. dicho cap. 10, num. 24, vers. *Conjuncti re tantum*; Merveh. de *succession. progress.* § 1. — <sup>2</sup> Gom. ibi, num. 26. — <sup>3</sup> Gom. ibi, num. 26, vers. *Omnimodo*, vers. *Disjuncti*.

9. *Herencia caduca* es aquella que del legitimo heredero pasó al extraño<sup>1</sup>: y como la caducidad puede verificarse en todo ó parte de ella, y cuando son dos ó mas los instituidos deseará saber el escribano de cuántas maneras se induce, para su instruccion digo: que la parte que se ha de acrecer al conjunto, se puede llamar defectuosa ó caduca de tres modos: el primero cuando se tiene por no escrita, v. gr. si el testador instituye por sus herederos á dos ó mas, de los cuales el uno ya habia muerto naturalmente al tiempo del testamento; pues su porcion se acrece al otro, y se estima del propio modo que si no hubiera sido instituido. Y lo mismo procede si estaba muerto civilmente, v. gr. por haber sido deportado, ó condenado á minas ó cárcel perpetua, ó si era religioso profeso de San Francisco, que nada puede poseer ni heredar, pues su parte se tiene por no escrita, y se acrece al coheredero; ó si era hijo indigno é incapaz de heredar aunque sin delito personal (como sucede á los nefarios y demas espurios) y paladinamente fue instituido, en cuyos casos tambien se tiene por no escrita su parte, y se acrece al conjunto coheredero en defecto de sustituto, pues este es preferido como expresamente llamado por el testador á la obtencion de la herencia y el conjunto por tácita voluntad suya y derecho de acrecer; por lo que entrará despues del sustituto si este no la quiere ó falta ó no puede obtenerla; y faltando uno y otro, pasa á los herederos abintestato del instituyente.

10. Pero si clandestina y ocultamente instituye al indigno; v. gr. nombrando á otro, y encargándole reservadamente entregue aquella parte al hijo incapaz de heredar, se le debe quitar y aplicar al fisco y no al conjunto. Y lo propio milita cuando por delito del instituido falta su porcion, pues tampoco pertenece al conjunto ni á los herederos abintestato sino al fisco<sup>2</sup>.

11. El segundo modo es cuando aquella parte ó porcion se hace y constituye casi caduca, v. gr. por haber instituido el testador por herederos á dos ó mas, de los cuales el uno vivia al tiempo de la institucion, pero estaba muerto al de su fallecimiento; en cuyo caso se acrece al coheredero como si en todo lo hubiera sido solo.

12. Y el tercero es cuando caducó, v. gr. por haber instituido dos ó mas herederos, de los cuales el uno estaba vivo no solo al tiempo del testamento sino al del fallecimiento del testador, pero despues repudió su parte y murió sin aceptarla; en cuyo caso no

<sup>1</sup> Rubiños in *Dictionar. ad Nebrijam*, lit. C. ante A, verb. *Caducus*. — <sup>2</sup> Gom. dicho cap. 10, num. 26 y 30.

pudo trasmitirla ó trasferirla á sus herederos, porque por la repudiacion ó falta de adición no la hizo suya, y así se acrece al coheredero conjunto.

13. Tres son las razones inductivas del derecho de acrecer, ó las causas porque se estableció: la primera, para que el testador no muera en parte testado y en parte intestado; la segunda, para que el heredero represente en todo al difunto como debe; y si son muchos, todos y cada uno por su parte; pues de no acrecersele los demas bienes del testador, seria representado parcial y no totalmente este <sup>1</sup>; y la tercera, porque esta institucion se amplía y extiende virtualmente á los bienes de que el testador no dispuso, á fin de que el heredero particular ó instituido en una cosa sola, se vea y estime instituido simple y universalmente en todas, como si de la señalada no hubiese hecho mención el instituyente.

14. El derecho de acrecer compete á los herederos legitimos y á los extraños. Respecto de los primeros debo sentar tres casos. El primero, si los hijos son instituidos solamente, no hay duda que ha lugar, y así la parte que uno repudie acrece á la legitima de los demas por las razones expuestas en el párrafo antecedente. El segundo, si son instituidos juntamente con algunos extraños, y todos los hijos repudian su parte ó por otro motivo faltan, tampoco la hay de que se acrecen estas á los extraños por las propias razones <sup>2</sup>.

15. El tercero es cuando siendo instituidos juntamente con extraños, repudia alguno de los hijos su parte de legitima, ó por otra causa no la percibe, y se duda si la llevarán sus hermanos ó los extraños, ó estos y aquellos omnimoda y simultáneamente. Entonces se acrecerá solamente á los hijos: lo primero, porque el extraño nunca se entiende ser heredero sino legatario, y ya el testador lo instituya junta ó separadamente con sus hijos dejando á estos su legitima y á aquel el quinto, ó no distinguiendo ni diciendo lo que este y ellos han de percibir, siempre se conceptúan instituidos en diversas partes ó porciones, que son los hijos en su legitima y el extraño en el quinto; por lo que aquellos son conjuntos en la cosa y en las palabras, y el extraño omnimodamente disyunto; y cuando falta alguna parte se acrece mejor á los conjuntos de ambos modos que al que lo es solamente de un modo. Lo segundo, porque aunque quiera decirse que

<sup>1</sup> Com. lib. 1, Var. cap. 10, num. 8 y 9. — <sup>2</sup> Com. lib. 1, Var. cap. 10, num. 37; Gracian. *Discept. forens.* cap. 178; Larrea decis. 56, num. 11; Cancr. part. 5, Var. cap. 22, ex num. 177.

todos son conjuntos con igual conjuncion, no obstante, los hijos lo son con conjuncion legal en su legitima, por lo que la parte repudiada debe acrecer á los hermanos, y estos obtener la prelación, como que les compete derecho mas potente y vigoroso. Y lo tercero, porque en cualquier tiempo que se haga la repudiacion, se retrotrae al de la muerte del testador, como si no tuviera aquel hijo ó hijos repudiantes, y si únicamente á sus hermanos aceptantes; y así á estos toca como á sus únicos herederos <sup>1</sup>.

16. Por lo tocante á cuando el hijo es exheredado justa ó injustamente, si se acrecerá ó no su parte á sus hermanos instituidos herederos con privilegio de tales, de suerte que en ella se pueda imponer gravámen; suponiendo, como incontrovertible é indubitado, que el hijo no puede ser gravado en su legitima <sup>2</sup> digo: que si fuere justamente exheredado, se acrecerá á los demas hermanos su parte de herencia, que se juzga la misma con la legitima de estos; y no estan sujetos á restitucion, porque la legitima de los hijos se mide y gradúa segun la sucesion abintestato. Es así que el hijo justamente exheredado nada puede conseguir abintestato de los bienes de su padre; luego sus hermanos percibirán la legitima como si le sucedieran abintestato, y por trasmision y conjuncion legal vendrá á ellos, porque la justa exheredacion remueve el obstáculo; y así se debe tener y estimar por desheredado en el todo de su legitima. Ademas de que en la querrela de inoficioso testamento, removido el obstáculo y tambien uno de los herederos, ha lugar el derecho de acrecer á favor de los demas. Luego se debe decir lo mismo en el suplemento de legitima, que es mas favorable que la querrela, por lo que excluido el hermano por la exheredacion deben sus hermanos conseguir mas fácilmente el beneficio del derecho de acrecer. Pero si no fue exheredado justamente, no se les acrecerá; porque él y ellos son llamados por diverso derecho, como que los herederos son instituidos en testamento y el exheredado fuera de testamento, y entre los que lo son por distinto derecho no ha lugar el de acrecer. Lo que es al contrario cuando se les instituye en menor parte que su legitima, pues pueden pedir suplemento de ella <sup>3</sup>.

17. Con respecto al derecho de acrecer entre herederos exi-

<sup>1</sup> Com. dicho num. 37; Merlin. *de legitim.* lib. 1, tit. 1, quæst. 2, num. 11, y tit. 4, quæst. 5; Gracian. *regul.* 337, num. 1. — <sup>2</sup> Ley 11, tit. 4, Part. 6; Com. lib. 1, Var. cap. 11, num. 31. — <sup>3</sup> Ley 3, verb. *Otrosí decimos*, tit. 8, Part. 6; Spin. *in Specul. de testament.* glos. 9, ex num. 23.

traños procederé con distinción de casos. Caso 1º Instituyendo el testador por heredero á un extraño en cierta cuota ó cosa particular, y falleciendo sin nombrar heredero universal, ni disponer del residuo de sus bienes, debe percibir este el instituido en aquella, no por derecho de acrecer sino por virtud y extension de la institucion, del mismo modo que si en todos lo hubiera sido: porque el que lo es en cosa cierta sin haber otro coheredero, se entiende serlo universal segun derecho <sup>1</sup>. Y si nombra coheredero del resto de sus bienes, los llevará; y el instituido en cosa cierta se entenderá legatario de ella solamente. Previendo que si el coheredero universal es instituido bajo de condicion, no puede el instituido en cosa cierta ocupar ni apoderarse de los demas bienes de la herencia pendiente la condicion <sup>2</sup>.

18. Si el testador no solo no dispone del resto de sus bienes ni nombra coheredero universal, sino que prohíbe expresamente ó manda que no se acrezcan ni los lleve el instituido en cosa cierta, se duda ¿ si, no obstante esta prohibicion, se le acrecerán? Acerca de lo cual hay dos sentencias diametralmente opuestas: la una dice que vale la prohibicion, y se vicia la disposicion; y que por consiguiente se estimará haber muerto abintestato por la perplejidad y repugnancia que incluye de querer que el heredero perciba cierta parte de sus bienes, y que no lleve los demas, ni se le acrezcan respecto no dejarlos á otro.

19. Y la otra ( que es la mas segura y corriente ) afirma que sin embargo de la prohibicion se le acrecerán por necesidad de derecho: porque el testador no puede prohibir ni impedir que las leyes tengan fuerza y vigor contra su disposicion, ni contra el derecho de acrecer, para que no muera en parte testado y en parte intestado, ni su voluntad tiene virtud contra ellas <sup>3</sup>; y porque todo pacto ó protestacion contra la naturaleza y sustancia del acto no lo vicia, antes bien el mismo pacto es el viciado; y así en este caso se vicia la prohibicion, y no la principal institucion y disposicion <sup>4</sup>.

20. Lo cual se entiende cuando el heredero fue instituido por palabras directas, v. gr. diciendo el testador: *nombro ó instituyo*

<sup>1</sup> Ley 14, tit. 5, Part. 6; Covarr. in cap. *Raynutius*, § 1, num. 9; Card. *de jure accrescend.* illat. 25, num. 41; Ayllon ad Gom. lib. 1, *Var.* cap. 2, num. 22 y 25, y cap. 10, num. 10; Gracian. regul. 337, num. 5. — <sup>2</sup> Rota apud Farinac. part. 1, decis. 265, num. 9; Surd. *de aliment.* tit. 2, quæst. 13, num. 98; Ayllon, dicho cap. 10, num. 10, vers. *Item adde quod eum*, y *Item adde quod si quis*. — <sup>3</sup> Ley 32, tit. 9, Part. 6. — <sup>4</sup> Gom. lib. 1, *Var.* cap. 10, num. 10, vers. *Quæro tamen*, y num. 11, vers. *Tamen prima opinio*, et ibi Ayllon, num. 10 y 11.

*por mi heredero en tal cosa á Juan*. Y se limita: lo primero, si lo fue por palabras oblicuas, v. gr. *dejo ó lego á Juan tal cosa*, ó por otras semejantes; en cuyo caso se reputa por mero legatario: mas no si estas palabras *dejo ó lego* apelan ó recaen sobre la universalidad de bienes, v. gr. *dejo ó lego á Juan mis bienes*, pues inducen institucion directa, y es lo mismo que si dijera: *instituyo ó nombro á Juan por heredero de mis bienes*. Y lo segundo, cuando el testador le dió coheredero universal en el residuo ó en cuota cierta de sus bienes; en cuyo caso se estima tambien como mero legatario; y así los llevará el coheredero, á menos que este repudie la herencia ó muera sin haberla percibido, pues entonces viene á ser como si no hubiera sido instituido; por lo que se acrecerá al que lo fue en cosa cierta, para que el testador no muera en parte testado y en parte intestado <sup>1</sup>.

21. Siendo muchos extraños instituidos desigualmente en cierta cuota ó parte de bienes, y no habiendo coheredero universal, se acrecerá á cada uno el resto de ellos á proporcion de lo que en la cuota le toca: lo que al contrario siéndolo en cosa cierta particular y cada uno en diversa porcion de ella; pues entonces los demas bienes se acrecen á todos con igualdad, sin atencion al valor de la parte señalada á cada uno en la cosa, bien que de esta percibirá la que le señaló expresamente el testador; y la razon es porque el legado de la cosa y la cuota ó parte asignada á cada uno en ella se detrae de derecho de la institucion, como si de ella ninguna mencion se hiciera, y por eso todos se gradúan instituidos simplemente, y como tales con igualdad <sup>2</sup>.

22. Instituyendo el testador á algun extraño por heredero universal de todos sus bienes, si este admite ó acepta alguna cosa ó parte de su herencia, es visto aceptarla toda: y así conseguirá las demas partes, no por derecho de acrecer propia y rigorosamente sino por el de la institucion, y por la verdadera disposicion y expresa voluntad del difunto; y la razon es para que sea representado este en el todo y no en parte solamente; y porque la aceptacion de la herencia consiste en el ánimo, y cuando el heredero hace acto ó gestion que con arreglo á derecho no puede practicar sino como tal, es visto conformarse con este y aceptar en el todo la herencia. Y lo propio milita cuando es sucesion universal abintestato, y acepta solamente una parte de ella.

23. Lo explicado en el párrafo inmediato ha lugar en seis

<sup>1</sup> Gom. ibi, num. 12 y 15, y cap. 2, num. fin.; et ibi Ayllon, num. 22, hasta el fin. — <sup>2</sup> Gom. dicho cap. 10, num. 14.

casos : el primero, no solamente cuando es instituido simple y universalmente sino por partes distintas y separadas, v. gr. en una cláusula y oracion en la mitad, tercera, cuarta, quinta ú otra parte ó cuota; y en otra ú otras cláusulas en el residuo de la herencia ; pues entonces admitiendo la una, es visto admitir las demas, y así se le acrecen.

24. El segundo, aunque en una parte sea instituido puramente, y en otra á cierto dia ó con condicion : pues admitiendo la pura, se constituye heredero igualmente de la condicional, que ha de recaer en él con el tiempo, ya se cumpla ó no la condicion, y así en vano es esperar el cumplimiento de esta, respecto á que nada obra ni impide la adquisicion que es necesaria, pues siendo eventual la suspende solamente <sup>1</sup>.

25. Pero si en la parte condicionada tuviese sustituto se debe esperar el cumplimiento de la condicion : pues no verificándose, la llevará este ; y si se verifica, toca al heredero, al cual se acrecerá sin nueva aceptacion, mediante haber aceptado la parte pura : y aunque se verifique despues de su muerte, la llevará su heredero y no el sustituto, no por virtud de la institucion condicional, porque esta no es trasmisible, sino por la del derecho de acrecer despues que la condicion se verificó.

26. El tercero, aun cuando el tal heredero acepte una parte y repudie expresamente la otra : pues se constituye heredero por el todo, y por derecho de acrecer consigue la repudiada : y lo mismo procede en los legados <sup>2</sup>.

27. El cuarto, sin embargo de que el heredero instituido en partes diversas ó separadas tenga sustituto vulgar en la que quiere repudiar : pues aun entonces, si aceptó la una, no puede repudiar la otra; antes bien, ya quiera ó no, debe llevarlas ambas : y la razon es porque el difunto debe ser representado en el todo uniformemente y con la misma cualidad, y no con cualidades diversas ó contrarias en su representacion, como lo son los grados de institucion y sustitucion <sup>3</sup>.

28. El quinto, aunque el tal heredero sea sustituto pupilar de un hijo del testador : pues una vez que admitió la herencia por haber fallecido el hijo en la edad pupilar, no puede repudiarla

<sup>1</sup> Gom. dicho cap. 10, num. 17; Cevall. quæst. 807, num. 3; Mascard. liter. A, conclus. 43, num. 6; Mantie. de conjectur. lib. 12, num. 19. — <sup>2</sup> Gom. ibi, num. 19; Connan. Commentar. lib. 10, cap. 6, num. 6; Pichard. in Relection. tit. de acquirend. hæreditat. cap. 28. — <sup>3</sup> Gom. dicho cap. 10, num. 20; Duaren. de jure accrescend. cap. 3; Gutierr. in leg. unica Cod. Quando non petentium partes, num. 40.

despues <sup>4</sup>. Y el sexto, en el hijo respecto de su legitima : pues no puede admitirla sola y repudiar los demas bienes <sup>5</sup>.

29. Instituyendo directamente el testador á dos ó mas extraños por sus herederos, ó sucediéndole abintestato como parientes suyos, si el uno acepta su parte y el otro repudia la suya, ó por haber muerto ú otro motivo falta su persona para poder percibirla, se acrece al aceptante. Lo cual se entiende no habiendo sustituto nombrado por el testador, como lo dice la ley 18, tit. 6, Part. 6; pues habiéndolo, es preferido al conjunto, por ser mas poderosa que el derecho de acrecer no solo la sustitucion expresa sino la tácita. Y la razon es porque el sustituto vulgar viene á heredar por propia y expresa voluntad del testador, y el conjunto por la tácita y presunta.

30. No solo milita y se entiende lo expuesto en la sustitucion vulgar expresa sino en la tácita comprendida en la pupilar : por lo que si el testador instituye dos ó mas hijos suyos por herederos, de los cuales el uno es impúbero, y lo sustituye pupilarmente, y repudia su parte de herencia, ó por otro motivo falta, la llevará el sustituto por virtud de la sustitucion vulgar comprendida tácitamente en la pupilar, y no el coheredero ó conjunto por el derecho de acrecer <sup>6</sup>.

31. Lo mismo que queda sentado procede cuando en testamento perfecto instituye muchos herederos, y los sustituye mutua y reciprocamente : pues si los unos admiten sus partes ó porciones, se les acrecen las de los que repudian las suyas ; y así deben aceptarlas, ya quieran ó no, porque el derecho de acrecer ha lugar tambien entre los instituidos y mutuamente sustituidos.

32. Procede tambien lo expuesto en el párrafo 19, en los fideicomisos universales : por lo que, si el testador instituye á uno por heredero con la obligacion y gravámen de restituir la herencia á dos ó mas, y uno de estos repudia su parte, no la llevará el fiduciario (que es el instituido y gravado á su restitucion), antes bien pasará al conjunto que aceptó la suya <sup>7</sup>; y no solo procede entre los conjuntos instituidos, sino tambien aun cuando entre ellos ninguna conjuncion haya.

33. Esta doctrina tiene lugar aunque los herederos conjuntos ó disyuntos resistan ó no quieran percibir aquella parte que falta

<sup>4</sup> Fusar. de substitut. pupillar. quæst. 131; Pichard. dicho cap. 28, num. 75. — <sup>5</sup> Gom. dicho num. 20, vers. Quinto extendit; Cevall. quæst. 711, ex num. 3; Pichard. ibi, ex num. 37. — <sup>6</sup> Gom. dicho cap. 10, num. 36, ex vers. Et in tantum hoc est verum; Larrea decis. 61; Cancer. part. 3, Var. cap. 3, num. 228. — <sup>7</sup> Gom. dicho cap. 10, num. 23.

por estar gravada, ó por ser repudiada, ó por otro motivo; pues si han aceptado la suya deben aceptar tambien la otra. Y la razon concluyente es porque los herederos deben representar necesariamente en el todo al difunto; si son muchos, cada uno por su parte, y todos juntos por el todo; y si es uno solo, en el todo: y esta representacion no puede hacerse en parte, y en parte no; porque así como el hombre no puede estar naturalmente vivo en parte y en parte muerto, así tampoco por la ficcion de la ley que imita á la naturaleza, puede estar representado en parte y en parte no; pues lo que es imposible naturalmente lo es fictamente. Y no solo debe ser representado como quiera, sino uniformemente y con la misma cualidad, y no otra; porque al modo que estando vivo no recibe cualidades diversas ni contrarias, tampoco muerto debe recibirlas en su representacion. Bien que aunque la parte repudiada ó defectuosa se acrezca por derecho al aceptante que resiste percibirla; no obstante, si este quiere repudiar lo que aceptó para que no le compelan á admitir la otra, puede; pero de no, la ha de tomar precisamente<sup>4</sup>.

34. Si el testador deja su herencia al que es incapaz absolutamente de suceder en ella, v. gr. al religioso ó convento de San Francisco, ó al que está muerto, se gradúa por nula la institucion, es lo mismo que si no se hiciera y se tiene por no escrita, y así debe pasar á los herederos abintestato del instituyente, no habiendo conjunto ó sustituto; del mismo modo que si no hubiera semejante institucion<sup>5</sup>. Pero si la deja al indigno, no sucederá lo propio, porque este es capaz de dominio, aunque el fisco le prive de él en pena del delito, y puede suceder y adquirir no obstante que está privado de retener lo que adquiere; lo cual no milita para con el incapaz, pues este no puede adquirir ni tener lo adquirido<sup>6</sup>. De lo cual se sigue que la herencia dejada al incapaz, se queda en el estado que tenia antes de la institucion; y el testamento en que esta se hizo, en el que se hallaba antes de hacerla, y con el vigor que tendría si no la contuviese: y por consiguiente no puede ser caduca ni erecticia; caduca, porque en su principio fue nula; y erecticia, por carecer de delito, y no ser indigno el instituido, pues el derecho de suceder por virtud de los testamentos y el de poderlos romper tienen tan estrecha connexion y coherencia entre sí, que el que no puede suceder

<sup>4</sup> Ley 18, tit. 6, Part. 6; Gom. cap. 10 cit., num. 27, vers. *Unde dico*. — <sup>5</sup> Portugal de donat. part. 3, cap. 29, num. 5 y 8, y otros que cita. — <sup>6</sup> Cujat. in lib. 6, Cod. tit. 55, ibi: *Indignus est capax jure: incapax effectum: incapax vero est incapax jure et effectum*.

por ellos carece de potestad para romperlos<sup>7</sup>: y se sigue tambien que para llamarse caduca con propiedad la herencia, ha de ser dejada al que puede adquirirla, y despues por su muerte civil ó natural, ó por no aceptarla, no la tuvo; pues si es incapaz de adquirir al tiempo de la institucion, será nula esta, y no hará caducidad de herencia sino nulidad de institucion: que si es dejada al indigno por delito personal, la llevará el fisco, y no el conjunto ni los parientes del instituyente; y si no cometió delito, se acrece al conjunto en defecto de sustituto, y á falta de estos la llevarán los herederos abintestato del testador, excepto en el caso propuesto en el párrafo 10, pues entonces toca al fisco por el fraude que cometió el instituyente, en dejársela clandestina ú ocultamente en cabeza de otro.

35. Siendo mas de dos los coherederos ¿cuál será preferido en el derecho de acrecer? Digo que al modo que en la sucesion abintestato obtiene prelacion la doble ó geminada conjuncion ó vínculo de la sangre, quiero decir, que el hermano ó hermanos enteros se prefieren á los medios hermanos<sup>8</sup>; del mismo modo los conjuntos real y verbalmente prefieren al que en una de estas dos cosas lo es solamente: por lo que si el testador en una misma cláusula y oracion instituye por sus herederos á Pedro y á Juan, y en otra á Diego; y uno de los dos primeros repudia su parte, ó por alguno de los motivos expuestos falta ó caduca; se acrece al otro y no á Diego: porque los primeros son conjuntos real y verbalmente, que es en la cosa y palabras, y el segundo no lo es mas que realmente, que es en la cosa ó herencia, y por tácita y presunta voluntad del testador se conceptúa predilecto y primeramente llamado á la obtencion de la parte vacante.

36. De lo expuesto se deduce: lo primero, que si el testador instituye á uno, v. gr. á Pedro y á sus hijos ó á los de otro heredero que nombra (en cuyo caso Pedro se estima instituido en la mitad, y sus hijos ó los del otro heredero en la otra mitad, á menos que entre ellos medie el orden de caridad y necesidad, pues entonces es visto instituirlos por orden sucesivo y no simultáneo, v. gr. si instituye á un hijo suyo propio y á los de este, que son sus nietos), y uno de los hijos y herederos llamados colectiva y copulativamente repudia su parte, ó por otra causa falta, se acrece á los otros hijos y herederos juntamente llamados, y no á Pedro instituido por si solo: porque aunque todos son conjuntos real y verbalmente, pero lo son con mayor con-

<sup>7</sup> Molin., de primogen. lib. 2, cap. 9, num. 42 y 43. — <sup>8</sup> Ley 5 al fin, tit. 15, Part. 6.

juncion los hijos y herederos, por ser llamados no solo juntamente sino con modo colectivo<sup>1</sup>.

37. Lo segundo, que si alguno fallece abintestato dejando un hijo vivo y nietos hijos de otro hijo muerto (al que suceden representativamente), y uno de estos nietos repudia su parte, ó por otra causa falta, se acrece á sus hermanos y no á su tio hermano de su padre: porque aunque todos son llamados y conjuntos con conjuncion legal mediante la disposicion de la ley, son no obstante mas conjuntos entre si los nietos por estar llamados con un modo colectivo, estimarse por uno, ocupar todos un lugar, y ser parientes mas propincuos; y así procede entre ellos el derecho de acrecer por naturaleza de la sucesion, para que se observe la prerogativa del grado de parentesco que ocupan<sup>2</sup>.

38. Y lo tercero, que si el padre fallece dejando dos ó mas hijos de una muger y otros dos ó mas de otra, y uno de ellos repudia su parte, parece deberá acrecerse solamente á los hermanos germanos, porque se juzgan conjuntos entre sí con doble vinculo y conjuncion, y no á los medios hermanos. Pero sin embargo no será así, pues todos serán admitidos á su percibo y á todos se acrecerá con igualdad. Y aunque es constante que muerto uno de ellos son preferidos los hermanos germanos, y le suceden segun los textos citados y otros, esto se entiende en la herencia que ya tienen adquirida y es suya propia: mas no en la que no adquirieron y les proviene por sucesion y derecho de acrecer de la persona de su padre, pues entonces todos son admitidos, y se les acrece con igualdad, porque respecto de su padre todos son igualmente conjuntos<sup>3</sup>.

39. Lo propio milita en la sustitucion *brevilocua*; por lo que si el padre, teniendo hijos de dos mugeres, los sustituye mutuamente, y la parte del uno es repudiada ó caduca, no se contemplan instituidos en ella y llamados solamente los hermanos enteros, sino indistintamente todos los habidos y procreados en ambas mugeres<sup>4</sup>. Y lo mismo sucede en la *pupilar*, pues sustituyéndolos pupilarmente, y muriendo algunos en esta edad, le sucederán igualmente por virtud de ella todos los hermanos enteros y medios sin preferencia<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Jason ibi, col. 55, num. 121; Crot. col. 14, num. 46. — <sup>2</sup> Castill. *de usufruct.* cap. 48, num. 59 y sig.; Cancr. part. 5, *Var.* cap. 22, ex num. 52. — <sup>3</sup> Gom. lib. 1, *Var.* dicho cap. 10, num. 51, vers. *Sed in hoc contrarium*; Covarr. *Pract.* cap. 38, num. 2; Matienz. en la ley 5, tit. 8, lib. 5, Rec., glos. 1, num. 10. — <sup>4</sup> Gom. cap., num. y vers. cit. — <sup>5</sup> Aretin. in dict. leg. *Lucius*, col. fin.; Covarr. y Gom. locis citat.; Menoch. *præsumpt.* 75, ex num. 8, lib. 4; Ayllon ad Gom. in dict. num. 51.

40. Siendo conjuntos dos ó mas en las palabras, v. gr. cuando el testador dice: *instituyo á Pedro y Juan por mis herederos en iguales partes*, y otro en la cosa ó herencia, porque en otra cláusula y oracion dice simplemente: *instituyo á Francisco por mi heredero* (en cuyo caso todos se conceptúan instituidos por terceras partes), si uno de los dos primeros repudia su porcion, ó por otro motivo falta ó caduca, parece por una parte que se debe acrecer al conjunto de las palabras. Lo primero, porque la conjuncion verbal se causa por la propia é inmediata voluntad del testador, y la real por la unidad y sociedad de la cosa; y lo segundo, porque los *merè* conjuntos verbalmente se reputan una misma persona y cuerpo. Y por otra parte parece debe obtener la prelación el realmente conjunto y no el verbal, porque viene por derecho de no decrecer: y así á primera vista, como llamado á toda la herencia ó cosa *absolutamente*, aunque por concurrir con otros no lleve mas que una parte, si falta la de alguno, retendrá la suya y obtendrá la de este; porque al parecer le asiste derecho mas poderoso que á él.

41. Pero sin embargo de todo lo expuesto (que muchos han creído y seguido), ninguno de los dos se preferirá al otro, antes bien serán admitidos ambos igualmente al percibo de la parte defectuosa ó vacante: lo primero, porque como en virtud de la institucion y por voluntad del testador tienen ambos en el afecto iguales partes en la herencia, les debe tocar por la propia razon y voluntad la misma porcion en la vacante en virtud del derecho de acrecer; y lo segundo, porque en derecho no está dispuesto que uno prefiera al otro, ni que una conjuncion tenga mas vigor que la otra<sup>1</sup>.

42. Concurriendo un conjunto de cualquiera de los tres modos explicados, y otro omnimodamente disyunto, será preferido aquel á este. Y si todos fueren omnimodamente disyuntos, ninguno obtendrá la prelación; por lo que se dividirá entre todos la parte vacua ó caduca<sup>2</sup>. Y la razon es para que el testador no muera en parte testado y en parte intestado, la cual tiene bastante virtud y eficacia para inducir el derecho de acrecer en la sucesion por testamento.

43. Muerto uno de los herederos instituidos despues de haber admitido su parte de herencia, ó antes que espire el tiempo le-

<sup>1</sup> Gom. ibi, num. 51, vers. *Sed his non obstantibus*; Ayllón ad Gom. ibi. — <sup>2</sup> Gom. ibi, num. 55 y 54; Cancr. part. 5, *Var.* cap. 22, num. 176; Duaren. *de jure accrescendi*, lib. 2, cap. 4; Menoch. *de succession. creation.*, § 10, num. 125; Castill. *de usufruct.* dicho cap. 48, num. 59, y sig.