

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 precepto (1). La razon de esta diferencia es porque al poseedor de buena fe se conceptúa por dueño en cuanto á los frutos (2): y asi 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 perciba (3). 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 esten separados del suelo (4).

1 Ley *Si usufructuarius*, ff. *Quibus modis usufruct. amittat. ley Qui scit*, §. *præterea*, y ley *Si jur.* ff. *de usufruct.*

2 Dicha ley *Qui scit*, §. *In alieno*, vers. *Porro*.

3 Valasc. *de partition. cap. 33. num.*

11 y 12.

4 Balduin. in §. *Is vero*. Institut. *de rerum divis.* al fin. Cujac. lib. 4. *Feud.* tit. 30. col. 2. Valasc. dicho cap. 33. num. 13. Castill. *de usufruct.*

### CAPITULO DECIMOTERCERO.

*De la sucesion de bienes libres entre ascendientes, descendientes y trasversales cuando mueren abintestato, ¿que deberán distribuir unos y otros por el alma del difunto? ¿si en caso de duda debe graduarse la sucesion testamentaria por la regla del abintestato?*

- §. 1. De las tres líneas de sucesion que se conocen en el derecho. 15 y 16. Muerto uno abintestato, ¿que parte de sus bienes deberán distribuir por su alma los que le hereden?
- 2 hasta el 11. 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. 17. En caso de duda deberá graduarse la sucesion testamentaria por la regla del abintestato.
- 12 y 13. Si por muerte del descendiente perderá el usufructo de sus bienes el ascendiente que le tenia.
14. De la tercera línea, que es de los trasversales, llamada por la ley á la sucesion abintestato. 18. 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, ¿como se entenderán instituidos?

1. En el libro 2, titulo 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, tios y demas parientes que no ascienden ni descienden como los de las otras líneas (1). De la sucesion intestada de unos y otros se trató con extension en dicho libro 2, titulo 2, capítulo 9, y asi me contraeré aqui á reasumir parte de aquella doctrina, y hacer las observaciones que juzgue oportunas para la instruccion del conta-

1 Ley 2. tit. 13. Part. 6. Matienz. en la ley 1. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. 1. num. 1.

dor en el modo de hacer la division de las herencias abintestato.

2. Muriendo pues alguno sin testamento por no haberle hecho, 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 hembras (1); debiendo advertirse que también 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. g. 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 hijo (2).

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 este (3).

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 dictamen, 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 supri-

mido 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 cuán debil 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 sucesion de los

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 mas (1).

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

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? Asi 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, ¿como podria acreditarse el parentesco en las sucesiones de bienes vinculados? Otra razon de Febrero es que el nieto debe re-

presentar necesariamente al difunto, porque le 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 nueva que diga lo contrario, estoy por la opinion del señor Gutierrez: heredará abintestato dicho nieto, y no los parientes transversales, ó á falta de estos el fisco; pues ademas de las razones indicadas, sería una injusticia privar de la herencia á un descendiente, cuyo parentesco tiene la preferencia, solo por meras cavilidades metafísicas. Mas pudiera decirse para esforzar esta verdad, si los estrechos límites de una nota lo permitiesen.

1 Ley 3 al fin. tit. 13. Part. 6.

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 vivir (1); 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 tío, 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.<sup>a</sup> 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 &c.; pues el que esté mas remoto, no sucederá 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 ascendientes (2). 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 poseía el descendiente muerto (3).

9. En el citado capítulo 9, párrafo 15, se dijo que cuando concurren á la sucesion dos abuelos por una línea y dos por

1 Dicha ley 3.

2 Leyes 4. tit. 13. Part. 6. y 6 de Toro.

3 Ley 4. cit.

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 concurren 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: *E 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 debèn heredar igualmente todos los bienes de su fijo*; lo cual es corriente, y se ha ejecutado en la Corte repetidas veces, así abintestato como por testamento (1).

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.<sup>o</sup> Aunque el hijo esté lejos de su padre, pues la distancia no le quita el derecho de la patria potestad (2), como tampoco el orden sacerdotal: 2.<sup>o</sup> aunque el hijo sea anciano

1 Matienz. en la ley 13. tit. 8. lib. 5. Rec.

*Si pater*, Cod. de instit. et substit. sub condit. fact.

2 Ley Pomponius, ff. de procurat. Ley

no (1): 3.º 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 hijo (2); 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 prohibicion (3), aun cuando el padre ignore que tiene tal hijo, ó crea que está muerto (4): 4.º 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 donacion ó bienes Reales (5): 5.º 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 4.º página 44, nota 1.ª de la 6.ª edición). » Yo me inclino á que por muerte del descendiente pierde el usufructo de sus bienes el ascendiente que le tenia. 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 distincion 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, ¿ como es posible que hablando la ley ex profeso de la sucesion de los ascendientes á sus descendientes no hiciese mencion de una cosa tan notable y que no debia omitirse, como de la continuacion del usufructo en el ascendiente que gozaba de él, si fuese cierta tal continuacion? ¿ Como es posible asimismo que habiéndola, ninguna otra ley de nuestros códigos hable de ella? » El adicionador de Febrero impugnando esta opinion del señor Gutierrez, y defendiendo al autor, dice así (parte 2.ª tomo 2.º página 358, nota 2.ª de la 5.ª 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 ascendientes se radicó el derecho de usar y gozar de ellos, como constituido dicho hijo bajo la patria potestad,

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. allí, num. 3 al 11.

pues mientras 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 sucesion 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; además 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 intencion del legislador hubiera sido privar tambien al padre del usufructo en esta sazón; y pues que nada dijo, parece mas probable la opinion de Febrero, apoyada además en los textos y autores que se citan al pie (1).

14. La tercera línea llamada por la ley á la sucesion 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 extension de esta materia de trasversales desde el párrafo 19 en adelante. Allí se dijo (párrafo 27) que el derecho de representacion 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 tio suyo, hermano de su padre ó madre, y concurre otro tio tambien, hermano de alguno de estos; y no cuando suceden entre sí sin concurrencia del tio, ni entre otros parientes trasversales, ni tampoco entre los ascendientes ni descendientes de estos. Me ha

1 Ley fin. vers. penult. Cod. de trebellian. Ley Sancimus al fin. Cod. comun. de succession. y ley Quod, 3. Cod. de bq-

nis quolibet. Gom. endicha ley 48. num. 5. Matienz. en la ley 6. tit. 1. lib. 5. Rec. glos. 1.

parecido oportuno ampliar mas aqui la explicacion de esto para instruccion del contador. Supongamos que el muerto abintestato deja dos primos hermanos, y sobrinos segundos, hijos de otro primo hermano muerto antes: le sucederán en todo los dos primos, y nada llevarán los sobrinos, asi porque no adquirió derecho su padre por haber fallecido antes que el difunto intestado, como porque estan en un 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 que 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 legítimos, ó trasversales; y el difunto, ó murió absolutamente intestado, ó bajo 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 pais 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 de 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 quinto (1).

16. Si son trasversales, y murió sin testamento, no estarán obligados á hacer dicha distribucion, y sí solamente á lo que los legítimos, sin diferencia, porque todos sus bienes les pertenecen abintestato (2); y ninguna ley les precisa á mas (3); bien

1 Arg. á contrario sensu, ex leg. 10. tit. 4. lib. 5. Rec. Gom. Castell. y otros en la ley 36 de Toro. Angul. en la 13. tit. 5. lib. 5. Rec. glos. 4. num. 4, y en la ley fi-  
nal, tit. 6. lib. 5. Rec. Matienz. en dicha ley.  
2 Ley 6. tit. 13. Part. 6.  
3 Gom. y Castell. ibi, Angul. ibi, num. 3.

que algunos dicen que todo lo han de distribuir (1), pero no se observa ni 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 fizo 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 fijos, ni descendientes ó ascendientes legítimos, 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 cualquier 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 bienes (2); y no procede ni se amplía 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 especifica (3); y lo segundo, porque la causa limitada produce efecto limitado (4); y asi en los demas expresados, ya sean legítimos 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 asi 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 aqui me remito á ella.

1 Parlad. differ. 25. num. 2. citando á Tello en dicha ley 36, y á Rojas de sucesion. ab intestato, cap. 9 al 24.  
2 Inocens. in cap. Cum tibi; de testament. Jason. in leg. Captatorias, num. 12.  
3 Cod. de testam. milit.

3 Ley Conditionibus primum locum, et per tot. ff. de condition. et demonstration. y ley 1. ff. de condition. incert.  
4 Ley Age, Cod. de transaction. y ley In agris, ff. de acquirend. rerum dominio.

18. Por conclusion de este capítulo debo admitir aqui 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 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 asi 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 igualdad<sup>(1)</sup>: y lo mismo procede en cualquier sustituto y en el legado<sup>(2)</sup>; 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 mitad<sup>(3)</sup>.

1 Ley *Interdum*, ff. de *hæredib. insti- tuend.*

2 DD. ubi supr.

3 Ley *Si quis Attio et hæredib.* 7. ff. de *usufruct. accresc.*

## CAPITULO DECIMOCUARTO.

*Observaciones que deberá tener presentes el contador acerca de la division de la herencia cuando el testatador hubiere instituido herederos extraños.*

§. 1. Doctrina relativa á los herederos extraños, inserta en el capítulo 8, título 2, libro 2. Resuélvense aqui 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 pro-

porcion ó de tres; y modo de girar la cuenta.

2. 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 cual se ha de deducir primero; ¿ como habrá de hacerse la deduccion?

1. **E**n 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. 1.º Cuando el testador reparte la 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*, 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 ¿ cuantos darán seis, cuantos cuatro y cuantos tres? y se verá que ni la mitad son seis mil cabales, ni la tercera parte cuatro mil, ni la cuarta tres mil; y asi ninguno resultará agraviado en su legitimo 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

\* Lo mas facil es hacer de la herencia tantas partes cuantas señaló el testador, y

dará cada uno lo que dice el testamento. En el caso propuesto sobre la herencia