

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 ⁽¹⁾: y lo mismo procede en cualquier sustituto y en el legado ⁽²⁾; 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 ⁽³⁾.

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

el testador deja alimentos á una muger 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 Moya (1) 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. Eligiendo 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 descendientes, á menos que asi lo disponga, sino del cuerpo de su caudal, observando lo dispuesto por derecho comun, en lo que no está corregido por el nuestro, pues como la ley del Estilo habla solamente entre hijos, y aqui no hay que atender á legítima alguna, por ser libre el testador en disponer á su arbitrio de todos sus bienes, cesan las razones que militan cuando deja legítimos descendientes; por lo que no debe ampliarse á este caso. La segunda razon es porque de bajarse cualquiera de ellos primero, y del residuo el otro, sale perjudicado el interesado en este, pues no se verifica llevarlo integro *de todos los bienes del testador*, como este lo quiso, guardada proporcion. Tampoco debe deducirse el uno de ellos del total caudal liquido, y luego el otro tambien del mismo

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 $\frac{6}{10}$ maravedis, de modo que al uno le tocaran 5538 reales 15 y $\frac{7}{10}$ maravedis, por lo que le asignó con el

nombre de mitad; al que se le señaló el tercio le corresponden 2692 reales 10 y $\frac{5}{10}$ maravedis; y la cuarta parte será 2769 reales 7 y $\frac{8}{10}$ maravedis. *Febrero adicinado.*

1 Aritmeth. lib. 3. cap 3.

total, como si nada se hubiera deducido de él, pues sería mayor absurdo y clara injusticia, porque entonces se deduce este de caudal imaginario que ya no hay, y se perjudica á los que no son mejorados. Para proceder pues con justificacion, y que cada uno lleve solamente lo que le toca con arreglo á la mente del testador, se ha de girar la cuenta por la misma regla proporcional, de modo que cada mejorado lleve como tal la cuota que le corresponde, junto con los demas en todos los bienes del testador, y luego con los que no lo fueron, entren ambos á partir igualmente el residuo de la herencia despues de sacado el total de la mejora. Y lo mismo concibo se debe practicar, aunque el testador omita en la mejora la palabra *de*, y diga solamente *que mejora al uno en el tercio y al otro en el quinto de sus bienes*, porque la proposicion indefinida equivale á la universal. Todo lo dicho se entiende excepto que disponga expresamente otra cosa, pues entonces su voluntad será la regla que debe observar el contador (*).

* Acerca del modo de dividir la herencia entre los sustitutos de herederos legítimos y extraños, de que trataba aqui el autor, véase el capítulo 10 del título 2, lib.

2, donde se habla de esta materia; y en orden al derecho de acrecer en las herencias el capítulo 12 del mismo título y libro.