

la sustitucion pupilar dentro de su tiempo y despues la fideicomisaria (núm. 5).

4. Finalmente, si la sustitucion compendiosa se hace por palabras generales, en fuerza de su aptitud para comprender en sí las sustituciones directa y oblicua, dentro de la edad pupilar vale como pupilar y despues como fideicomisaria. En favor de esta opinion tenemos espresa la ley 12. vers. Pero si éste que es caballero &c. tit. 5. part. 6; y aunque Bartulo con otros lleva que viviendo la madre se oblicúa dentro de la edad pupilar, lo contrario opina nuestro Autor (núm. 6).

CAPITULO VIII.

De la sustitucion brevilocua.

1. La última especie de sustitucion es la brevilocua que se hace con pocas palabras, y comprende ó puede comprender muchas sustituciones en las personas de todos los herederos, como si el testador diga: *Instituyo tales herederos, y los sustituyo recíprocamente.* Su propio nombre es recíproca, porque este no puede adaptarse á otra especie de sustitucion como el de brevilocua, que puede competir á la compendiosa (núm. 1).

2. Esta sustitucion algunas veces contiene solamente la vulgar de las personas de todos los herederos, es á saber, cuando el testador instituye dos ó mas hijos púberos, dos estraños, dos hijos uno impúbero y otro púbero, ó un hijo impúbero y un estraño, sustituyéndolos mútuamente, por convenir á ambos solamente la vulgar, y deberse juzgar en duda la directa vulgar mas bien que la oblicua; aunque tambien se contendrá la fideicomisaria, mencionando el testador el fallecimiento en la sustitucion: v. gr. *en cualquiera tiempo que mueran los instituidos los sustituyo recíprocamente* (núm. 2).

3. Cuando el padre instituye dos ó mas hijos impúberos y los sustituye mutuamente, en las personas de ellos hay sustitucion vulgar y pupilar, aunque uno llegue á la pubertad antes que el otro (*dic. núm. 2. vers. Aliquando ista*). Y últimamente esta sustitucion comprende ademas de las dos mencionadas la fideicomisaria, en el caso de que el testador instituya muchos hijos impúberos y los sustituya recíprocamente en cualquiera tiempo que fallezcan (*vers. Aliquando verò*).

CAPITULO IX.

De la trasmision de la herencia.

1. La herencia no adida por el heredero cuando vivió, nó se trasmite regularmente á los suyos, y sucede lo mismo que si no se le hubiese deferido. Dan los AA. varias razones de esta resolucion, y nuestro Gomez espone hasta seis, inclinándose á la primera. Esta consiste en que la herencia por testamento ó abintestato no se comprende en los bienes del heredero antes que la adida, y de lo que no se tiene adquirido es imposible la trasmision; aunque si por el crimen ó culpa lata de alguno pierde otro la herencia ó derecho de adir, en odio de aquel se considera en los bienes de este (núm. 1); y sin embargo de que no se trasmite la herencia, se transmiten otros derechos hereditarios universales; v. gr. el derecho ó facultad de adir que ya tiene adquirido el heredero, el fideicomiso y el derecho de acrecer (*dic. núm. 1. y núm. 6. al fin*).

2. En algunos casos se trasmite la herencia, aunque no se haya adido. Unas veces se hace la trasmision por la potencia de la suidad, otras por la potencia de la sangre, y otras por el capítulo del derecho de deliberar (*dic. núm. 6. vers. Ista*). Se hace por la potencia de la suidad, cuando alguno muere

con testamento ó abintestato dejando un hijo suyo que tenia en la potestad; pues si este muere sin adir la herencia paterna, la trasmite á sus herederos aun siendo estraños, sin la posesion que de ningun modo puede trasmitirse (núms. 7. y 20).¹

3. La suidad, su virtud y efectos solamente se hallan en la línea de los descendientes y en la primera persona y grado de estos, á no ser que la persona media fallezca ó sea emancipada, pues entonces sus hijos ocupan el lugar que ocupaba y consiguen la suidad (núm. 8).

4. Para que el descendiente sea suyo heredero es necesario que se halle en la patria potestad (núm. 9); pero sin embargo, aunque se libren de esta el que entra en Religion y el que obtiene la dignidad episcopal, no pierden la suidad y sus efectos. La razon consiste en que la patria potestad se requiere para la produccion de la suidad, no para su conservacion: y así faltando aquella permanece esta, del mismo modo que el padre conserva el usufructo que adquirió en los bienes del hijo por la potestad patria, no obstante que esta haya espirado por la muerte del hijo ó por otro motivo (núm. 13).

¹ Las voces *suidad* y *suyos herederos* apénas se oyen entre nuestrós prácticos. Entre los hijos suyos y los emancipados casi no se encuentran otras diferencias que las respectivas á la sustitucion pupilar y á la tutela conforme á nuestras leyes, siendo iguales en la sucesion. Segun estas el mismo derecho que á la herencia del padre, tienen los hijos á la de la madre, respecto de quien no se ha conocido la suidad en tiempo alguno. Asimismo los nietos sin embargo de no hallarse en la potestad del abuelo, porque la persona media salió de ella por el matrimonio y bendiciones nupciales, tienen igual derecho á la herencia del abuelo faltando el padre. Estos verdaderísimos supuestos y otros muchos que espusiera si no fuese de mí instituto la brevedad, conspiran al parecer á que desterremos las mencionadas voces como fomento de disputas metafísicas y nada provechosas: procurando tener presente quanto previenen nuestras leyes acerca de la sucesion, mayormente las recopiladas, que ciertamente aborrecen las vanas sutilezas del Derecho romano.

5. El hijo adoptivo no pasa á la potestad del padre adoptante, y tiene los derechos de suidad para sucederle abintestato, siendo escepcion de la doctrina espuesta, porque la disposicion legal puede hacer que en algun caso se dé la suidad sin la patria potestad (núms. 12. y 13. *al principio*).

6. La suidad es *cierto derecho intelectual directo no flexible, proveniente de la natural conjuncion y patria potestad, que induce inmediatamente despues de la muerte en favor de los descendientes próximos la continuacion del dominio de los bienes*. De esta definicion, como de lo dicho anteriormente se colige, que ántes de la adiccion ó mision del suyo heredero, no se da herencia yacente que represente al difunto, segun sucede en los estraños, porque continúa el dominio aunque aquel esté ignorante: en cuyo supuesto no podrá darse curador á la dicha herencia; bien que por virtud del beneficio de abstenerse que concedió el derecho pretorio á los suyos herederos, si estos quieren deliberar y no se mezclan ni abstienen, se podrá dar curador á la herencia (núms. 16. y 17.).¹

7. Igualmente se infiere que si por ley ó estatuto se manda pagar cierta alcabala de cualquiera herencia que alguno adquiriese, deberá entenderse en el heredero estraño, y no en el suyo que no adquiere nueva herencia (núm. 18). Y finalmente, se infiere que aunque el heredero estraño adida la heren-

¹ Por derecho de España ninguno se puede precisar á que ada ó se mezcle en la herencia, siendo voluntarios todos los herederos que pueden dividirse en necesarios, legítimos y estraños. Los primeros *son aquellos que han de percibir forzosamente bienes del difunto*, en cuya clase se comprenden sólo los descendientes y ascendientes: los segundos (á quienes podemos dar tambien el nombre de los primeros) *son aquellos á quienes la ley llama para la sucesion abintestato y puede no llamar el testador*; y los terceros *aquellos que ni la ley llama, ni tiene obligacion de llamar el que hace testamento*.

cia puede usucapir en virtud del nuevo título *pro hærede* en el tiempo legítimo la cosa, que con buena fé poseía el difunto, y no podía usucapir por faltarle título; el suyo heredero no puede prescribirla, á causa de que por razon de la suidad no parece adquiere nuevo título (núm. 19).¹

8. No puede hoy el hijo emancipado transmitir la herencia de su padre á cualesquiera herederos por la potencia de la suidad como el hijo constituido en la patria potestad, pues aunque entre estos no hay diferencia en cuanto á suceder al padre por derecho civil, en cuanto á debérseles igual legítima en los bienes del padre, en cuanto á competir los remedios civiles si no se deja la legítima, y en cuanto á poder adir la herencia del padre dentro de treinta años, sin que el emancipado se escluya por el trascurso de uno, como prevenia el derecho pretorio; sin embargo, subsiste todavía la diferencia en cuanto á no suceder los emancipados con la cualidad, privilegio y prerogativa que los hijos suyos existentes en la potestad paterna. De aquí es, que el privilegio concedido al hijo suyo heredero, sea mayor ó menor de veinticinco años, de poder revocar el acto de haberse abstenido y adir dentro de un trienio, si las cosas no se han enagenado, segun la *ley fin. tit. 6. part. 6.*, se niega al hijo emancipado, del mismo modo que al hijo respecto de la madre y al heredero del hijo suyo, aunque éste muera dentro del tiempo concedido para revocar (núms. 24. y 30).

9. Para reconvenir los acreedores del padre al hijo suyo heredero, es necesario que aquellos prueben la mision de este ó conste de ella, pues en caso de duda no tienen probada su intencion los acreedores, mediante á que despues del beneficio de

¹ Gravísimos DD. enseñan lo contrario (*cap. 3. de este tom. núm. 30*).

abstenerse concedido á los hijos, lo mismo obra en estos la mision que en los estraños la adiccion, y esta ha de probarse para reconvenirlos. Coadyuva esta sentencia el que por el dicho beneficio se derogó la necesidad que tenia el hijo de adir, y se quitó la suidad únicamente en lo que puede perjudicar al hijo no en lo que puede favorecerle. Ni aun bastará para fundar los acreedores su intencion la presentacion del hijo en juicio, respondiendo y litigando con ellos, si esto lo ejecuta llanamente como hijo; mas no si comparece, responde ó hace algun acto como heredero del padre (núms. 25 y 26).

10. El derecho de adir que compete al heredero estraño, se prescribe en el término de treinta años, y por tanto no adiendo dentro de él pierde la herencia que se le ha deferido por testamento ó abintestato, y se devuelve al mas prócsimo en grado, sin embargo de no ser el tal derecho accion ó peticion, ni consistir en el oficio del juez: porque es un derecho formado inmediatamente por causa de la sucesion, y no una mera facultad como la de pasar una calle y otras semejantes que nunca se prescriben (núm. 27.)¹

11. Tambien se prescribe en el mismo término el derecho de mezclarse en la herencia que compete al suyo heredero, ya se hallen los bienes vacantes, ya poseidos por algun tercero (*dic. núm. 27 vers. Quod secundum*); pero lo espuesto acerca de ambos herederos no tiene lugar, cuando pueden suceder así por testamento como abintestato; v. gr., siendo instituidos en aquel los mas prócsimos parientes, en cuyo caso pasados los treinta años en que habia de sucederse por testamento, se podrá suce-

¹ Este tiempo corre cuando el juez no hubiere señalado á instancia de los interesados otro término, el cual no puede ser menor de cien dias para que el heredero se juzgue excluido de la herencia (núm. 27).

der abintestato dentro de otros treinta (núm. 28.);¹ bien que si la renuncia no fué tácita como la que induce el trascurso del tiempo, sino espresa y simple, se cree haber renunciado por todos respectos (núm. 29 ley penúlt. tit. 6 part. 6).

12. La suidad se desvanece con la muerte del suyo heredero, con la emancipacion, y con la institucion que el padre haga á su hijo bajo la condicion *si quiere* que impide la trasmision, por ser propio de las condiciones suspender la sustancia de la disposicion (núm. 31).² Y en virtud de este fundamento si bajo la misma condicion se instituye algun descendiente que no es suyo heredero ó cualquier extraño, ni uno ni otro transmitirá la herencia por la potencia de la sangre ó por el capítulo de deliberar (núm. 32).³

13. Tambien se desvanece la suidad dando sustituto vulgar al suyo heredero, pero con algunas limitaciones que trae el Gomez (en los números siguientes hasta el 40), las cuales no se espresan, porque nuestro autor sostiene la contraria sentencia (en el cap. 3 núms. 15 y siguiente), que califican de mas verdadera y fundada el Suarez (en este cap. letra N y en el 3 letra G) y el Aillon (cap. 3 núm. 25.), quien cita á su favor muy graves AA.; mayormente cuando impedida la trasmision por la potencia de la suidad, habria lugar á ella con respecto

¹ Si al hijo se le concede el año para deliberar, corrido éste cesará toda trasmision, y la herencia pertenecerá abintestato á los mas próximos sucesores del padre por la ley 2 tit. 6 part. 6 (núm. 29 vers. Adde).

² Lo contrario es mas verdadero, por no poder el padre privar á los suyos de los derechos que les competen: y el Molina (de Just. tom. 1 disput. 180 núm. 9) esplica al Gomez diciendo: que no se impide la trasmision en la legítima por la espuesta condicion, á causa de que se desprecia, mas sí en lo restante (núm. 32).

³ Segun el referido autor en el mismo lugar por la potencia de la sangre se transmitirá la legítima, y nada por el capítulo de deliberar (núm. 33).

á los descendientes por el privilegio de la sangre, y con respecto á todos en virtud del derecho de deliberar, segun afirma el Gomez en el núm. 49 de este cap. vers. *Ex quo infero*.

14. La trasmision por la potencia de la sangre se verifica tan solo en la herencia de los ascendientes con respecto á los descendientes, cuando alguno de estos muere antes de adir la herencia de alguno de aquellos dejando otros descendientes; pues á estos únicamente se transmitirá la herencia por el privilegio de la sangre y no á los extraños, colaterales ó ascendientes: bien aquel de cuya herencia se trata, haya muerto con testamento, bien abintestato (núms. 40 y 47.): bien el trasmite descendiendo por la línea paterna, bien por la materna: bien se halle en la potestad, bien esté emancipado ó sea habido por tal, como sucede segun la ley 47 de Toro (hoy la 8 tit. 1 lib. 5 de la Recop.) al hijo casado velado, quien aunque no puede transmitir por la potencia de la suidad, transmite á los descendientes por virtud de la sangre (núm. 41.):¹ bien el trasmite sea hijo legítimo y natural, bien sea tan solo natural en el caso que puede suceder: bien el hijo natural solamente tenga hijos legítimos y naturales, bien los tenga únicamente naturales tan solo, cuando puedan serle herederos: porque esta trasmision se funda en la virtud y privilegio de la sangre (núm. 42).

15. Es necesario que la institucion sea pura para que haya lugar á la trasmision de la herencia, porque la condicion la impide esceptuando la legítima, en la que se desprecia aquella; bien que no teniendo el instituido sustituto ni coheredero, le acrecen los demas bienes á causa de que, verifiquese ó no la condicion, le han de pertenecer. Si tiene sustituto vulgar, se

¹ Tampoco puede transmitir por la potencia de la suidad el nieto habido de él aun muriendo su muger, porque sin embargo no recae en la patria potestad (núm. 8 vers. *Advertere*).

ha de esperar el cumplimiento de la condicion, porque en su defecto le pertenecerán los dichos bienes al sustituto. Si tiene coheredero el instituido, este percibirá la mitad de aquellos, mediante á que en todo evento le ha de pertenecer, y por la otra mitad se ha de aguardar á que se cumpla ó no la condicion; pues en el primer caso toca al coheredero, y en el segundo al instituido por el derecho de acrecer¹. Lo mismo acontece dejando al hijo ó descendiente legado, fideicomiso, prelegado ó mejora, ó haciendo alguna sustitucion fideicomisaria, vulgar ó pupilar bajo condicion, y faltando el descendiente antes que se verifique; por cuanto no habrá trasmision por derecho de sangre (núm. 48).

16. Si el testador instituye á su hijo ó descendiente dándole sustituto vulgar, se transmitirá la herencia á los descendientes, los cuales serán preferidos al sustituto, á causa de que la naturaleza de la sustitucion vulgar conforme á la disposicion de la ley é intencion del testador, es que tenga lugar el sustituto, cuando el instituido no fuere heredero ni á otro lo hiciere: en cuyo supuesto nada puede obstar que el sustituto sea llamado espresamente por el difunto (núm. 49).

17. Ultimamente, se verifica la trasmision á cualesquiera herederos por el capítulo de deliberar, cuando el heredero por testamento ó abintestato, aunque sea del todo extraño, fallece sin adir la herencia dentro del año que concede la ley, y principia á contarse desde que supo se le habia deferido. Así se prueba de la *ley 2. tit. 6. part. 6*, la cual dispone que si muere el heredero pendiente el tiempo de deliberar concedido por el rey ó juez sin adir la herencia, la transmitirá á sus herederos

¹ Para reformar esta doctrina con arreglo al derecho español en la parte que corresponda, se tendrá presente lo que dije en mi *nota 3 cap. 2*.

para que la puedan adir dentro del término que resta. Pareció equitativo al legislador conceder un año al heredero para deliberar, á efecto de que no se introduzca sin consulta en un asunto tan arduo; y así trasmite dentro de aquel, por no haber intervenido de su parte culpa ó negligencia. Esta trasmision es útil en los hijos y descendientes, por no tener que probar el trasmisario matrimonio, patria potestad, derecho de sangre ni descendencia (núm. 50).

18. El trasmisario tiene que adir dentro del tiempo que le sobró al transmitente, y de otra suerte será repelido (núm. 51 *dic. ley 2 tit. 6 part. 6*);¹ mas para que pueda correr la trasmision es indispensable que el transmitente sepa se le ha deferido la herencia cuando acaeció su muerte, aunque en este caso el heredero en quien habia de verificarse la trasmision, puede pedir la restitucion en nombre del difunto que falleció ignorante por la cláusula general: *Si qua mihi justa causa videbitur* (núm. 52).

19. Faltando el segundo heredero en quien se verificó la trasmision, dentro del tiempo en que podia adir, el tercer heredero á quien se ha deferido la herencia de este último, no tan solo podrá adir esta, sino tambien la herencia del primer difunto que el primer heredero transmitió al segundo en virtud del derecho de deliberar: porque la facultad de adir que el primer heredero transmitió al segundo, se hizo cosa hereditaria, y del mismo modo que el segundo heredero transmitió al tercero la herencia del primer heredero del difunto, le ha de transmitir

¹ Si alguno sabiendo que se le habia deferido la herencia, no adió ni repudió en los diez meses primeros, y dentro de los dos restantes impetró del juez algun término, segun la disposicion de la citada *ley 2*, aunque el año legal haya corrido en conformidad de esta, podrá transmitir á su heredero el derecho de adir dentro del término asignado por el juez (núm. 48).

el derecho de deliberar que en esta herencia se contenia. A esto se agrega que el heredero del heredero es tambien heredero del testador (*núm. 53*): siendo digno de advertir que en todos los casos en que la herencia no adida se trasmite á los herederos por cualquier capítulo de suidad, de sangre ó de deliberar, siempre se trasmite no como adida, sino como que se puede adir, y así el trasmisario podrá adirla ó repudiarla, segun podia el trasmisario (*núm. 54*).¹

20. Aunque regularmente la herencia no adida no se trasmite á los herederos sino en los casos espresados, si el heredero que murió sin adir es menor de veinte y cinco años, por cuanto de este hecho se causa en el mismo artículo de la muerte una lesion consumada, trasmite á sus herederos el beneficio de la restitucion *in integrum* que es trasmisible: y aun el trasmisario del mayor de veinte y cinco años con intervencion de justa causa podrá implorar el beneficio de la restitucion (*núm. 25*).²

CAPITULO X.

Del derecho de acrecer.

1. Trátase en este capítulo de la materia sutilísima del derecho de acrecer.³ Este puede verificarse en los contratos,

¹ Ofreciéndose algun caso sobre esta doctrina, podrá verse al Aillon *núm. 51*. y á los autores que este cita.

² Siendo instituido alguno por un monge, cuyo testamento se confirmó con la profesion, aunque muera aquel viviendo este, trasmirá la herencia á sus herederos y no permanecerá como caduca en el monasterio (*núm. 52 vers. Item adde quod si*).

³ Dúdase entre nuestros Regnicolas si se haya derogado el derecho de acrecer por la *ley 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop.* que permite á cualquiera morir en par-

en las herencias y en los legados. Hablando con respecto á los contratos debe decirse, no tiene lugar en los que sean lucrativos y se terminen á cosa mere divisible, como si alguno me prometa á mí y á Francisco alguna cantidad, pues adquiere en este caso la mitad, y si por ventura Francisco no quiere ó no puede adquirir la otra mitad, por ser hijo espurio del donante ó por otro motivo, de ningun modo me acrece (*núm. 1*); pero de esta regla debe esceptuarse la donacion hecha á muchos por el Príncipe, porque si alguno repudia su parte, ó precedió á la donacion su muerte, se acrece aquella á los socios. Asimismo si todos adquirieron sus partes, y despues muere alguno sin dejar persona de las que deben heredar y se mencionan en el *cap. 1. de este comp.* se acrece su parte á los compañeros con exclusion del fisco, á quien de otra suerte perteneceria: y lo que es mas, se verifica el derecho de acrecer en la parte adquirida, si despues se repudia, no obstante que lo contrario acontece regularmente en esta materia (*núm. 2*).

te con testamento y en parte abintestato. Burgos de Paz (*ley 3. de Toro núm. 857. y sig.*) sostiene que subsiste aun despues de la citada ley el derecho de acrecer, en atencion á que se halla establecido espresamente en la *ley 14. tit. 3. part. 6.* y á que con dificultad se ha de consentir en la correccion del derecho. Y nuestro Aillon (*núm. 45. de este cap.*) afirma que el Pichardo (*in repet. tit. ff. de adquirir. hered. cap. 30.*) prueba eruditamente la misma opinion. Pero no obstante el Matienzo (en la *ley 1. glos. 10. núm. 46.*) defiende la contraria sentencia, que debe reputarse mas verdadera y aun elevarse al grado de certísima por el señor Don Francisco Antonio de Elizondo, quien (en el *4. tom. de su Pract. Univ. For. pág. 87. núm. 5.*) asevera no regir ya en España el derecho de acrecer, y haberlo visto declarado así por el Consejo de Indias en un grado de mil y quinientas. Aunque sin embargo creo no modificaré el dictámen de aquel Supremo Senado y de tan ilustres AA. con asegurar que en algunas ocasiones deberá admitirse el derecho de acrecer, por dar motivo las circunstancias que se presenten, á conceptuarlo conforme á la voluntad del testador, que en todos tiempos se ha mirado como sagrada.