aun el transmisario del mayor de 25 años con intervencion de justa causa podrá implorar el beneficio de la restitucion (*núm.* 25.) (*a*).

CAPITULO X.

Del derecho de acrecer.

1 Trátase en este capítulo de la materia sutilísima del derecho de acrecer (*1*). Este puede verificarse en los contratos, 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 adquiero 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 exceptuarse 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 adquiriéron sus partes, y despues muere alguno sin dexar 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.).

2 En los contratos onerosos, bien se terminen á cosa divisible ó individua, tiene lugar el derecho de acrecer, y por tanto vendiéndoseme á mí y á Pedro; v. gr. algun fundo, si este repudia, ha muerto ó es incapaz como el hijo espurio, me acrece la parte que á consentir en el contrato le hubiera pertenecido, para que no se perjudique al vendedor que acaso no venderia una sola parte, ni querria, tener sociedad, por soler esta traer mucha incomodidad (*núm.* 3.).

3 En los contratos onerosos ó lucrativos sobre cosa mere individua no tiene lugar el derecho de acrecer, ó derecho de descrecer, como se evidenciará en

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

(*1*) Dúdase entre nuestros Regnícolas si se haya derogado el derecho de acrecer por la *ley* 1. *tít.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.* que permite á qualquiera morir en parte 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 expresamente en la *ley* 14. *tít.* 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. tít. ff. de adquir. hæred. 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.

en la servidumbre, en la qual no se admite el primero, porque siendo la servidumbre de su naturaleza indivisible, no se puede adquirir en parte sino *in solidum*, y de consiguiente no hay porcion que pueda acrecer: ni tampoco el segundo á causa de que este tiene propiamente lugar, quando á dos ó mas se dexa una cosa *in solidum*, y concurriendo cada uno adquiere su parte, pues entónces repudiando ó siendo excluido alguno, nada descrece del otro y consigue toda la cosa: lo qual no se verifica en la servidumbre dexada ó prometida á muchos, mediante á que segun su naturaleza se adquiere á todos *in solidum*: agregándose á esto que los expresados derechos no se pueden verificar sino quando se dexa á muchos una misma cosa, y en la servidumbre dexada ó prometida á muchos se hallan constituidas muchas y separadas en las personas de cada uno de los adquirentes (*núm.* 4.).

4 Concediéndose á dos ó mas un fundo en enfiteusis, si estos se hallan presentes y aceptan, como despues alguno falte ó sea privado de su parte, vuelve esta al señor directo, por no tener lugar el derecho de acrecer en lo adquirido. Lo mismo acontece concediéndose á dos, uno presente y otro ausente por causa lucrativa, es á saber por una corta pension anual en reconocimiento del dominio; pero si la concesion se hizo por causa onerosa, mediante á ser la pension condigna á la cosa, acrece al presente la parte del ausente (*núm.* 5.).

5 Si el padre mejora á dos hijos en el tercio de sus bienes entregándoles la posesion, por la qual se hace la mejora irrevocable segun la *ley* 17 *de Toro*, que es la 1. *tít.* 6. *lib.* 5. *de la Recop.* y despues alguno muere en vida de su padre ó repudia su parte, no acrece al otro mejorado, ya porque ántes se habia adquirido, y ya porque es contrato lucrativo: por

por cuya razon lo propio sucede haciéndose la mejora á un hijo legítimo y á otro incapaz ó á un extraño, bien se hubiese ó no entregado la posesion; pero si en el primer caso no se hubiere transferido la posesion y la mejora se confirma con la muerte del padre, faltando ó repudiando alguno su parte, acrece al otro del mismo modo que si la mejora se hubiese hecho en última voluntad, por quanto la donacion que se confirma con la muerte, tiene fuerza de legado, en el qual corre el derecho de acrecer (*núm.* 6.).

6 Quando el testador instituye un heredero en cosa cierta ó quota no disponiendo de las demas, le acrecen todos los otros bienes, como si hubiese sido instituido *in solidum*, por no ser posible que alguno fallezca con testamento y abintestato (*núm.* 8.) (*1*): y en esta atencion y en la de que el testador no puede hacer que las leyes no tengan lugar en su testamento, si instituye heredero en cosa cierta ó quota, diciendo expresamente que los demas bienes no acrezcan al instituido, sin em-

(*1*) Sostiene Matienzo citado por el Aillon que esta disposicion civil se halla corregida por la citada *ley* 1. *tít.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.* y que segun esta los demas bienes pertenecerán á los herederos abintestato; mas otros muchos AA. tambien citados por el Aillon que por su excesivo afecto al Derecho Romano llevan á mal qualquiera derogacion suya, defienden lo contrario contra la voluntad evidente del testador, que haciendo la institucion en cosa cierta ó quota, y no disponiendo de los demas bienes, da á entender bastantemente no quiere suceda el instituido en ellos sino los herederos abintestato. Y asimismo defienden lo contrario contra nuestras leyes recopiladas, que han derogado expresa ó tácitamente el mencionado principio é innumerables vanas sutilezas del derecho civil, porque no queden ilusorias muchas veces las últimas voluntades.

embargo de esto le acrecerán (*nn.* 10. y 11.) (*I*).

7 Pero esta doctrina no puede correr en el caso de que el instituido en cosa cierta tenga coheredero universal ó en quota; pues entónces á este le pertenecen todos los bienes en el primer caso, y le acrecerán los demas bienes en el segundo; si no es que repudia ó fallece sin transmitir, en cuyo caso por ser lo mismo que si no se hubiese dado coheredero universal; acrece la herencia al instituido en cosa cierta por la expuesta razon (*núm.* 13. *ley* 14. *tit.* 3. *part.* 6.).

8 Si muchos son instituidos en quota desigualmente sin darles coheredero universal, les acrecerán los demas bienes con respecto á las porciones asignadas; mas si son instituidos en cosa cierta con desigualdad, aunque en esta percibirá cada uno su parte señalada, les acrecerán los bienes igualmente sin consideracion á la cosa cierta, por quitarse *ipso jure* de la institucion y juzgarse los herederos instituidos llanamente. (*núm.* 14.) (*II*).

9 El instituido en cosa cierta con universal coheredero goza de dos prerogativas por razon de su institucion, que no gozaria si fuera un mero legatario: la primera que puede percibir la cosa por su propia autoridad; y la segunda que puede pedir se le dé la posesion en virtud de la *ley fin. C. de Edict. Divi Adrian. tollend.* (*núm.* 15.) (*III*).

10 La institucion en cosas agenas es de tal suerte inválida, que ni aun en fuerza de ella puede el ins-

(*I*) Supuesto lo dicho en mis notas anteriores con mayor motivo en el presente caso sucederán los herederos abintestato en los demas bienes.

(*II*) Con arreglo á las notas precedentes conocerá el estudioso quan de reformar es la doctrina de este núm. y del anterior, como tambien la de otros del presente cap.

(*III*) Concuerda con esta la *ley* 2. *tit.* 14. *part.* 6.

instituido percibir por el derecho de acrecer los bienes del testador. La razon consiste en que este derecho solo tiene lugar en una misma herencia, y quando hay fundamento y porcion válida respecto de la qual pueda verificarse. Asimismo es inválida la institucion en cosas agenas, aun por lo que mira á su estimacion; bien que al instituido en cosa cierta agena únicamente, por tenerse en lugar de legatario, se le debe la estimacion, como si la cosa se le hubiese legado (*núm.* 16).

11 Adiendo ó aceptando una tan sola cosa ó parte el sucesor universal por testamento ó abintestato, se conceptua la adicion respecto del todo, consiguiendo las demas partes el heredero no por el derecho de acrecer sino por el de la institucion. Lo mismo debemos decir quando el heredero fué instituido en partes distintas; v. gr. en una oracion en la mitad de la herencia y en otra oracion en la otra mitad; y ade una tan sola. Tambien debemos decir lo mismo si el heredero es instituido en una parte pura y en otra condicionalmente; pues si ade la parte primera al punto se hace heredero en la segunda (*núm.* 17.): siendo digno de advertir que si dió el testador substituto en la parte condicional, ha de esperarse el defecto ó cumplimiento de la condicion, y si no se cumple pertenecerá al substituto, y si se cumple al instituido sin otra nueva adicion, ó al heredero de este cumpliéndose la condicion despues de su muerte, no por derecho de la institucion condicional que no es transmisible, sino por virtud del derecho de acrecer (*núm.* 18.).

12 Corre asimismo la expuesta doctrina en el caso de que el heredero ada una parte y repudie otra expresamente, pues sin embargo se hace heredero *in solidum* por el derecho de acrecer y contra su voluntad podrá compelerse á la adicion de

toda la herencia: verificándose esto mismo, aun quando el instituido en partes diversas tenga substituto vulgar en la parte que repudia (*nn.* 19. *y* 20.) (*1*).

13 Igualmente corre la doctrina de los nn. anteriores, quando el heredero es substituto pupilar de un hijo impúbero del testador; pues si acepta la herencia de este, no puede repudiar la herencia de aquel faltando en la edad pupilar. Finalmente corre en el hijo respecto de la legítima, porque no puede aceptarla repudiando los demas bienes (*dic. n.* 20. *vers. Quinto extende*).

14 Quando de dos ó mas herederos por testamento ó abintestato uno ade su parte y otro repudia la suya, ó por otro motivo no la adquiere, le acrece al heredero que adió (*ley* 18. *tít.* 6. *part.* 6.) aunque no adquiere su posesion por haber adquirido ántes la de su parte (*núm.* 22.). Y esto tiene tambien lugar en los fideicomisos universales, por lo que gravando el testador al heredero en que restituya la herencia á dos, repudiando uno acrece el fideicomiso al otro, y no permanece en el gravado (*núm.* 23.).

15 Pero ántes de pasar adelante importa saber con respecto á los herederos, quales sean conjuntos y quales disyuntos. De los primeros hay tres clases: unos conjuntos *re & verbis*, otros *re tantum*, otros *verbis tantum*. Los conjuntos *re & verbis son los llamados é instituidos por el testador en una sola oracion*; v.

(*1*) Contra la principal resolucion de nuestro Gomez tenemos la *ley* 5. *tít.* 6. *lib.* 5. *de la Recop.* en la qual se dispone que pueda el hijo aceptar la mejora y repudiar la herencia deducidas las deudas hereditarias de la mejora ó prelegado á prorata, cuya sucesion parece se hace por título hereditario, y que por tanto se divide la herencia: no siendo suficiente en mi concepto para desvanecer esta dificultad la interpretacion

v. gr. *Instituyo á Pedro y á Francisco herederos.* Los conjuntos *re tantum son aquellos á quienes se dexa una misma herencia en diversas cláusulas*; v. gr. *Instituyo á Juan en mi herencia*, y despues: *Instituyo á Diego en mi herencia*; pues como á ambos se haya dexado la herencia separadamente, y no pueda ser *in solidum*, porque *in solidum* no pueden verificarse dos herederos, necesariamente por el concurso cada uno tendrá la mitad de la herencia, y de consiguiente serán entre sí conjuntos *re* (*núm.* 24.).

16 Los conjuntos *verbis tantum son aquellos á quienes se dexa la herencia por iguales porciones*, como si el testador diga: *Instituyo á Nicolas y á María en mi herencia por iguales partes.* Se dicen conjuntos *verbis*, por haberlos llamado el testador en una misma cláusula: y no se juzgan conjuntos *re*, por no ser llamados en una misma herencia llanamente sino en separadas porciones (*núm.* 25.).

17 Los disyuntos totalmente *son aquellos á quienes en diversas cláusulas y en separadas porciones se les dexa la herencia*; v. gr. *Instituyo á Diego en la mitad de mi herencia, á Francisco en la otra mitad* (*núm.* 25. *vers. Omnimodo.*).

18 Aunque la parte repudiada ó vacante acrezca al coheredero contra su voluntad, con todo si el coheredero que adió su parte, quiere repudiarla para evitar que la otra le acrezca, puede hacerlo (*núm.*

cion del Pichardo (*in relect. tít. ff. de adquir. hæred. cap.* 28. *desde el núm.* 62. *hasta el* 66.) y del Cevallos (*quæst.* 711. *núm.* 6.) que adopta el Aillon (*núm.* 20. *vers. Sed contra*) y consiste en decir que la dicha ley contiene dos principales disposiciones: una por la que el heredero es instituido: otra por la que se dexa la mejora ó prelegado, y que así pueden dividirse: mayormente quando la expresada opinion no se funda sino en las vanas sutilezas del principio derogado: *ninguno puede morir en parte con testamento y en parte abintestato.*