(*núm.* 27. *vers. Unum tamen al fin. ley* 18. *tit.* 6. *part.* 6.).

19 De muchos modos vaca una porcion para que pueda acrecer á otro. El primero es: quando se tiene por no escrita, como si el testador instituye por herederos á dos ó mas, de los quales uno habia muerto al tiempo del testamento: ó instituye al condenado á muerte natural en presencia despues de haberse pasado la sentencia en autoridad de cosa juzgada é impedido la execucion por fuga ú otro motivo; pues la *ley* 4. *de Toro* (*hoy la* 3. *tit.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.*) solo concede al condenado á muerte natural la testamentifaccion activa (*a*). Lo mismo acontece en el caso de que sea instituido claramente algun hijo incapaz ó indigno no por su propio crímen, como el adulterino ó incestuoso. Dixe *claramente*, porque si se dexa la herencia á otro instituyéndolo y rogándole secretamente que la restituya al hijo incapaz, se priva de ella al heredero y se le aplica al fisco (*núm.* 29.).

20 El segundo modo es, quando la porcion se hace quasi caduca á causa de que el testador instituyó dos ó mas herederos, de los quales uno, aunque vivo al tiempo del testamento, era muerto al tiempo del fallecimiento del testador (*dic. núm. vers. Secundò*). Y el tercer modo es, quando se hace caduca, lo qual acontece con la repudiacion ó muerte ántes de adir la herencia en el caso que no puede transmitirse (*vers. Tertiò.*).

21 Si la porcion vaca por culpa y propio delito del heredero como en el caso expresado al fin del *núm.* 19., no pertenecerá al coheredero por el de-

(*a*) Lo contrario enseña el Gomez en la *ley citada nn.* 6. *y* 7. y lo comprueba latamente su adicionador Cornejo (*núm.* 30. *vers. Contrarium.*).

derecho de acrecer, sino se aplicará al fisco, así como quando la herencia se le quita al heredero como á indigno por su propio crímen, se le agrega al fisco y no á los herederos abintestato (*núm.* 30.).

22 El conjunto de ámbos modos se prefiere al que lo es de uno solamente, y por tanto instituyendo el testador en una cláusula á Pedro y á Francisco y en otra á Manuel, si vaca la porcion de uno de los primeros, le acrece al otro y no á Manuel segun la presunta voluntad del difunto, porque aquellos son conjuntos *re & verbis*, y este *re tantum.* Por este concepto si el testador instituye á Diego y á los hijos de otro, y la porcion de uno de estos vaca, le acrecerá á los demas quedando excluido Diego: pues aunque todos son conjuntos *re & verbis*, con todo hay mayor conjuncion entre los que son llamados á un tiempo y copulativamente: segun debe decirse y se advierte, quando alguno muere abintestato, dexando un hijo y varios nietos de otro hijo muerto que suceden por representacion y se tienen en lugar de una persona. (*núm.* 31.).

23 Pero si fallece alguno con hijos de dos mugeres, en la porcion que vacare se admitirán los hermanos consanguíneos del mismo modo que los germanos, mediante á que respecto de la sucesion del padre todos son igualmente conjuntos: aconteciendo lo propio en la substitucion breviloqua, si el padre instituye herederos y substituye recíprocamente á los hijos de ámbas mugeres, y en la pupilar si aquellos son impúberos y alguno muere ántes de la pubertad, habiéndolos instituido y substituido del modo dicho (*dic. núm.* 31. *vers. Tertiò y sig.*).

24 Concurriendo á una parte vacante el conjunto *verbis tantum*, y el conjunto *re tantum*, como si el testador instituya á Pedro y á Francisco por iguales partes, y despues en otra oracion llanamente á Die-

Diego que se juzga conjunto *re*; se admiten ámbos igualmente, por quanto segun la voluntad del difunto tiene efectivamente cada instituido igual parte en la herencia por virtud de la institucion; y así la misma parece tener cada heredero en la parte vacante por el derecho de acrecer, mayormente quando ninguna ley dispone que una conjuncion sea mas fuerte que otra (*núm.* 32.).

25 Si de una parte concurre un conjunto de algun modo y de otra un disyunto totalmente, se prefiere aquel á este (*núm.* 33.): y si todos los herederos son disyuntos, la porcion vacante acrece á todos sin preferencia alguna (*núm.* 34.).

26 Si el heredero á quien compite ó puede competir el derecho de acrecer, fallece despues de adida su parte ó dentro del tiempo en que pudo transmitir, se acrece y pasa á sus herederos la porcion del coheredero que vaque, bien sea ántes, bien sea despues de la muerte de aquel: porque las razones inductivas del derecho de acrecer tienen lugar en este caso (*núm.* 35.).

27 Es mas poderoso el derecho de substitucion que el de acrecer; y así quando concurren á la parte vacante del instituido que no fué heredero por la repudiacion ó por algun otro motivo, su substituto vulgar y su coheredero, debe aquel ser preferido (*ley* 18. *tít.* 6. *part.* 6.), en atencion á que sucede por la expresa voluntad del difunto, y el coheredero por la tácita (*núm.* 36.).

28 Siendo instituidos solamente los hijos, no hay duda alguna en que con respecto á su legítima se verifica entre ellos el derecho de acrecer: ni tampoco la hay en que siendo instituidos con los extraños los hijos y repudiando todos estos ó vacando de otro modo sus porciones, se acrecen á los extraños; pero quando vaca la parte de alguno de los hi-

hijos con los extraños, se duda si acrecerá únicamente á los hijos, ó tambien á los extraños. Nuestro Gomez hablando por lo respectivo al derecho de España lleva que solo acrece la dicha porcion á los demas hijos, bien aquel de cuya parte se trata, hubiese muerto ó estuviese incapaz al tiempo del testamento ó al de la muerte del testador, porque la legítima de los hijos se mira al tiempo del fallecimiento de este; bien el hijo repudiase expresamente verificado el fallecimiento de su padre (*núm.* 37.).

29 Tiene tambien lugar regularmente el derecho de acrecer en los legados y fideicomisos particulares respecto de los conjuntos, atento á que de la conjuncion resulta conforme á la voluntad del difunto una tácita substitucion vulgar para que la parte vacante acrezca á otro (*núm.* 38): y de aquí es que no mediando alguna conjuncion, no se da derecho de acrecer (*núm.* 39. *al princip.*).

30 Entre la propiedad y el usufructo se encuentra una diferencia notable acerca de la presente materia, y es: que en aquella una vez adquirida se extingue el derecho de acrecer; pero en este aun despues de haber adquirido uno de dos á quienes se dexó, la parte que le correspondia, si muere ó repudia, le acrece al socio (*núm.* 41.).

31 Un mismo legatario no puede aceptar una parte del legado y repudiar otra, por ser única la disposicion que no puede dividirse; á no ser que se dexe el legado por partes, porque entónces da tácitamente facultad el difunto para la aceptacion de una y repudiacion de otra: bien que de los herederos del legatario puede uno muy bien aceptar su parte y otro repudiar la suya, á causa de que el legado se dividió entre ellos con respecto á sus porciones hereditarias (*ley* 36. *tít.* 9. *part.* 6.): no siendo de omitir que si en este caso un heredero re-

pudia, no le acrece su parte al coheredero, y permanece en el heredero ó herederos del difunto (*n.* 42.).

32 Vendiendo ó enagenando algun heredero su parte, si despues otro repudia, no acrece la de este al comprador ó particular sucesor sino al heredero principal directo; mas en los legados el derecho de acrecer pasa al singular sucesor no al legatario, atento á que en este no residen ningunos derechos directos, y necesariamente la porcion debe acrecer á la porcion (*núm.* 44.).

CAPITULO XI.

De la sucesion contra el testamento.

1 El hijo con arreglo al derecho que tiene en los bienes del padre, quando este haga testamento ha de ser instituido heredero ó desheredado, porque siendo preterido es de ningun valor su última voluntad (*núm.* 1. *ley* 10. *tít.* 7. *y ley* 1. *tít.* 8. *part.* 6.) (*a*) (*I*): á no ser que la pretericion se hiciese expresando alguna de las causas justas para la desheredacion, en cuyo caso es válido el testamento por tener la tal pretericion fuerza de desheredacion: y así

(*a*) Se duda si por la citada *ley* 1. *tít.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.* la pretericion del hijo anulará el testamento del padre, y la resolucion cierta es que haciendo el padre su testamento sin institucion alguna de heredero, valga y el hijo no tenga derecho para decirlo nulo, porque se juzga heredero en virtud de la citada ley; mas si el testador instituyendo á otros por herederos, preteriere al hijo, será nulo el testamento en quanto á la pretericion quedando firme todo lo demas (*núm.* 2. *vers. Dubitatur.*).

(*I*) La misma opinion lleva el erudito Don Francisco Antonio de Elizondo (*tom.* 1. *de su pract. univ. for. pág.* 96. *núm.* 1.).

así no probándose la causa compete al hijo la querela, y probada queda en un todo excluido (*núm.* 3. *dic. ley* 10). Y entónces además de otros casos se verifica pretericion con expresion de causa, quando el padre dice en su testamento: *Declaro que mi hijo Juan fué ingrato conmigo por este ó el otro hecho* (*n.* 2.).

2 El derecho de decir nulo el testamento dura 30 años que principian á numerarse desde la muerte del testador: pudiendo el Juez declarar su nulidad si consta de los autos, aunque no lo pida el preterido, quien tiene facultad para adir abintestato la herencia de su padre é intentar la accion de la peticion de la herencia contra qualquiera poseedor: de todo lo qual nada se verifica en el desheredado, por competirle únicamente la querela que solo dura el término de 5 años, contándose desde la adicion de la herencia (*nn.* 4. *y* 18. *vers. Secundò y vers. Tertiò.*): siendo digno de notar que aunque no convalece por derecho civil el testamento en que el hijo es preterido, quando falta viviendo su padre, lo contrario sucede por derecho pretorio siendo instituidos los herederos abintestato (*dic. n.* 4. *vers. Quod tamen intellige.*).

3 Si algun hijo póstumo fuese preterido, no es nulo el testamento hasta que nazca, porque miéntras se halla en el vientre de su madre no se conceptua hombre; pero verificado su nacimiento, bien sea ántes ó despues de muerto el padre, por reservársele para este tiempo todos sus derechos, inmediatamente lo rompe é invalida; bien es verdad que si el preterido nace en vida del padre y muere tambien en vida de este, al punto convalece la disposicion, ya sean instituidos los herederos abintestato, ya los extraños, mediante á que fué válida al principio, y por tanto vuelve fácilmente á cobrar su naturaleza, cuyo fundamento hace que esto no en-