

sí, es la idea de un supuesto jurídico simple: la incapacidad, sus causas ó personas que son incapaces absoluta y relativamente en los términos antes explicados; mientras que lo de la *interposición de personas*, es el mismo supuesto más complejo, porque se le agrega la circunstancia de esa interposición, con el propósito de burlar la prohibición de suceder de la persona incapaz, pero en realidad la interposición es un hecho y un elemento aparte de la propia incapacidad de aquel en cuyo favor la interposición se hace.

La hipótesis de interposición de persona supone la coexistencia real del sucesor efectivo, según la voluntad del testador y de la persona interpuesta por éste para cubrir y eludir la incapacidad de aquél, lo mismo en los incapaces absolutos que en los relativos, en tanto que existan, si es que no es aplicable á la hipótesis de incapaces absolutos que no existan, como las criaturas abortivas que lo son, según el número primero del art. 745, por no reunir las circunstancias expresadas en el art. 30, ó sean las condiciones necesarias para reputarse legalmente nacidas las personas. Pero, por lo mismo, puede tener lugar el vicio de interposición de persona, respecto de los otros incapaces absolutos para suceder, del núm. 2.º de dicho art. 745, ó sean las asociaciones ó corporaciones no permitidas por la ley, como las iglesias, cabildos eclesiásticos, Diputaciones provinciales y Provincias, Ayuntamientos y Municipios, establecimientos de hospitalidad, beneficencia é instrucción pública, cuando la interposición de personas tuviera por objeto eludir el criterio legal y especial que para la adquisición de bienes de esas personas establece el art. 38, ó de los otros incapaces relativos á que se refieren los arts. 752, 754 y el mismo 756, antes explicados, relativos al confesor en la última enfermedad y parientes hasta el cuarto grado, su iglesia, cabildo, comunidad ó instituto, ó el notario que autorice el testamento, su cónyuge, parientes ó hermanos del mismo dentro del cuarto grado, y los testigos y los parientes semejantes de ellos.

Como la idea de interposición de personas, y consiguiente simulación que la caracteriza, lleva en el fondo la de convenio de mutuo acuerdo entre el testador y la persona interpuesta, para que recaiga la herencia ó legado en el incapaz, y tal acuerdo es de presumir que se oculte y sea de difícil prueba, sería empeño temerario exigir, como requisito *sine qua non*, la prueba de dicho acuerdo que, además, puede no cumplirse y no llegar á realizarse la hipótesis de la interposición de persona, convirtiéndose en definitiva y real la institución de la persona interpuesta, sin que alcance ningún provecho de la herencia al incapaz, que es, por otra parte, un riesgo que puede correr la confianza del testador en la persona interpuesta y frustrarse este artificio por el cual se pretende burlar la ley, á fin de hacer recaer la sucesión en persona incapaz para ella, según la misma.

El hecho de la institución de la persona interpuesta, comprobada mediante la falta de todo beneficio para ella, y la definitiva adquisición por el incapaz, son todos aquellos otros elementos y circunstancias del caso que comprueban la finalidad de propósitos con que la disposición testamentaria se ordene, son medios de probar esta tesis judicial y la pertinencia de aplicación de este art. 745.

Nuestro proyecto de Código civil de 1851, y alguno extranjero (1), adoptaron el sistema de establecer una presunción *iuris et de iure*, calificando de *persona interpuesta* á los ascendientes, descendientes y cónyuges de los incapaces para suceder *mortis causa*, que es también el criterio empleado por los arts. 752 y 754 respecto de la incapacidad relativa del confesor en la última enfermedad, y del notario autorizante del testamento y los parientes del mismo á que dicho artículo se refiere; lo cual indica que no tiene aplicación á ellos la denominación genérica de *persona interpuesta* que se emplea en el art. 755, porque sería innecesaria, por duplicada, á tan corta distancia. La interposición, expresamente prohibida en dichos arts. 752 y 754, es de los parientes que menciona respecto del notario y del confesor, pero no de otras personas respecto de dichos parientes de los mismos, esto es, la del 752 se refiere á la interposición de los parientes dentro del cuarto grado ó de la iglesia, cabildo, comunidad ó instituto, respecto del sacerdote confesor en la última enfermedad; y la del 754, á la mujer, pariente ó hermano dentro del cuarto grado, respecto del notario autorizante del testamento, mientras que la del 755 es de carácter general, y, además, de aquellas expresadas, cuando concreta y especialmente en aquel caso se prohíbe el hecho de la interposición de personas, que no lo serían propiamente tal, cuando se tratara de otra extraña, aunque se probase que la disposición testamentaria recaía en favor ó en beneficio de cualquiera de estas personas, parientes del notario ó del confesor, en tanto que no se justificase que la dicha disposición testamentaria tuvo el propósito de burlar la prohibición de los arts. 752 y 754.

Debe ser entendida la prescripción del art. 755, como determinante de una nulidad de disposición testamentaria, en caso de persona *interpuesta*, pero con carácter genérico y mediante la prueba, en cada caso, de la intención y hecho concreto de la interposición de persona, para burlar las prescripciones que sobre incapacidad relativa para suceder tiene establecido el Código, cuyo sistema se aparta en este punto de los precedentes del proyecto de 1851 y de esos otros Códigos extranjeros que incorporan, según se ha dicho, á esta disposición general de nulidad por persona interpuesta, la presunción *iuris et de iure*, de considerarse así por ministerio de Derecho, ciertos parientes del incapaci-

(1) El italiano y el francés.

tado para suceder, en cuyo provecho ha de recaer la disposición testamentaria, debiendo ser, por tanto, objeto en cada caso de prueba especial.

Este sistema es preferible al de esos Códigos, porque siguiendo el de los mismos, se aumentaría de un modo innecesario y desconsiderado el número de incapaces relativos, privando de ser nombrados herederos ó legatarios á todos esos parientes, ascendientes, descendientes ó cónyuges de personas que estuvieran incapacitadas para suceder, mientras no se probara que el pariente instituído lo fué con el carácter y fin de persona interpuesta, para hacer llegar la herencia ó el legado á aquel incapaz, aunque este sistema aceptado por el Código trae consigo considerables dificultades de prueba, cuya tesis judicial ha de ser, en el fondo, la de una *simulación*, ó sea la de una contradicción manifiesta entre la apariencia de la institución á persona capaz y la realidad evidente de propósito de que recaiga en favor de una incapaz por el intermedio de aquélla, cuya mayor ó menor difícil justificación depende de la circunstancialidad de cada caso, y hay que remitir por completo la solución del problema á la apreciación de los Tribunales. Los efectos de que se consume el propósito de una interposición llegando el incapaz, en cuyo beneficio se introdujo la persona interpuesta, al disfrute de la herencia ó del legado, están determinados por el art. 560, que declara á éste obligado á restituir todos los bienes en que sucedió, con sus accesiones y con todos los frutos y rentas que haya percibido.

Concuerda con este art. 755, el núm. 4.º del 785, ya citado, que prohíbe las instrucciones reservadas dadas en sustituciones fideicomisarias, al fiduciario.

**73.** Como aplicación del principio contenido en el art. 657 y del espíritu del 661, y aun en armonía recíproca de lo dispuesto en el 666, el art. 758 previene que, para calificar la capacidad del heredero ó legatario, se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate. Fija la capacidad del heredero ó legatario en el tiempo de la muerte del causante de la sucesión, sin otras excepciones que las que lógicamente ofrecen los supuestos de los casos segundo, tercero y quinto del art. 756, que, siéndolos de indignidad, por razón de condena judicial, necesitan, naturalmente, que se pronuncie la sentencia firme en que aquélla se funde, y la del núm. 4.º del mismo artículo, que es preciso transcurra el plazo de un mes, dentro del cual el heredero mayor de edad, sabedor de la muerte violenta del testador, debe denunciarla para no incurrir en aquel motivo de indignidad.

La aplicación de este artículo, renueva el problema acerca de la validez ó nulidad de la institución de persona natural no concebida, ó de jurídicas no constituídas al tiempo del fallecimiento del testador, ó intestado, de cuya sucesión se trate. Respecto de las primeras, reproduciendo

cuanto queda dicho en otro lugar (1), y entendiendo que, en definitiva, si es posible la institución de persona no nacida, ó más aun de persona no concebida al tiempo de ordenarse aquélla, en tanto que puede nacer ó ser concebida antes del fallecimiento del testador, no lo es la sucesión cuando la concepción, y menos el nacimiento, ni siquiera ha tenido lugar al tiempo de la muerte del sucedido.

Bastaría la concepción, sin el nacimiento, por el criterio legal del efecto retroactivo de la postumidad, en general, según el art. 29 (2), pero faltando cualquiera de estos dos hechos, y, por consiguiente, la personalidad presunta del concebido, que nace después en las condiciones del art. 30, para reputarse legalmente nacido, ó del propiamente nacido ya al tiempo de la muerte del testador, se hace imposible que se produzca la sucesión *mortis causa*, toda vez que ésta gira sobre la base única determinante de la capacidad del sucesor al tiempo del fallecimiento de aquél, conforme preceptúan con reiteración los diferentes artículos del Código citados, 657, 661, núm. 1.º del 745 y el propio 29, puesto que éste niega toda personalidad al que no ha nacido ó no ha sido concebido, y sólo la otorga al que ha sido ya concebido, siempre que nazca después con las condiciones que expresa el art. 30, sobre cuyo exclusivo fundamento descansa, en el Código, el fenómeno jurídico del derecho hereditario.

Sólo cabe armonizar este sentido, necesariamente estricto á que de modo indudable nos llevan los textos legales del Código, con la racional hipótesis de que la institución de los *no nacidos*, ni *concebidos* siquiera al tiempo del otorgamiento del testamento, ni al del fallecimiento del testador, lo fueran en segundo ó ulterior término, á título de fideicomisos ó sustitución para cuando falleciese el primer instituído ó fiduciario, en cuya disposición se estableciera que hubieran de pasar los bienes, en que el primero fué instituído, á los hijos ó descendientes que éste tuviera concebidos ó nacidos al tiempo de su fallecimiento, en cuanto esta es una expectativa ó previsión legítima que cabe comprender como muy racional en la mente del testador, que da lugar á la posibilidad de que sobrevenga la concepción ó nacimiento de esa persona, que entonces no existe; y, sin embargo, son bien determinadas por la idea de la filiación ó descendencia respecto del primer instituído, y que cuando la sucesión de éste se cause, aunque sea por la ordenación anterior del testamento del primer causante, en que aquellos dos órdenes de suceder se instituyeran sucesivamente, ya se cumple la condición fundamental de la capacidad de este segundo heredero al tiempo de la muerte de aquel á quien suceda, aunque no existiera, por no haber nacido ni sido concebido, al

(1) Núms. 31, 42 y 54 de este cap.

(2) Núm. 17, cap. 6.º, t. II, 2.ª edic.

del fallecimiento del primitivo testador que los instituyó para esa eventualidad.

La posibilidad legal de la institución de los *no nacidos*, pero de cuya concepción se tiene noticia ó presunción al tiempo del fallecimiento del testador, la confirman también aquellos artículos del Código que se refieren á las precauciones que deben adoptarse con la viuda que quedase encinta (1).

74. La regla general del primer párrafo del art. 758, es clara y terminante, en cuanto á referir ó unificar la capacidad del heredero ó legatario al tiempo preciso de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, abandonando la antigua doctrina de regular esa capacidad, también, al tiempo de ordenarse la disposición testamentaria; y, por consiguiente, la verdadera doctrina consiste en que sólo tienen capacidad para suceder los *nacidos* ó *concebidos* á la fecha de la muerte del sucedido, sin otras excepciones que la de los dos párrafos siguientes del art. 758, antes explicados, que no afectan á los términos absolutos de la misma, y se refieren tan sólo á aquellos casos, segundo, tercero y quinto del art. 756, relativos á la indignidad, que ha de producirse por la sentencia firme que se dicte, ó del núm. 4.º del mismo, á fin de que transcurra el mes señalado para la denuncia de la muerte violenta del testador, conocida por el heredero mayor de edad, y á la institución ó legado condicional respecto del tiempo en que la condición se cumpla.

75. Pero aun dentro de los términos absolutos de la regla, todavía se ofrece un grave problema, que es el referente á los instituidos no nacidos, pero sí concebidos, al tiempo de la muerte del testador, que trae consigo, como complemento necesario, la prueba de esa condición, mediante la cual, el nacimiento posterior dentro del plazo mínimo y máximo de la presunción de legitimidad, que establece el art. 108, y cumplidas las condiciones del 30, para que las personas se reputen legalmente nacidas, se obtendrá la base indispensable, determinante de la capacidad para suceder el heredero ó legatario, refiriendo siempre esa presunción de condición y fecha de nacimiento al tiempo de la muerte del testador, según el art. 758. Esto significa, nada menos, sino que el nacimiento que se realice dentro de esos plazos mínimo y máximo de *cientos ochenta y trescientos días*, equivale á una concesión que da capacidad para suceder, y, sin embargo, es bien verosímil suponer la posibilidad de que la concepción no estuviera verificada realmente al tiempo de la muerte del testador, cuando la presunción de ella se refiere al plazo máximo de los trescientos días siguientes á la misma, sino que se haya verificado después, ó la impresumible hipótesis del momento de la concepción, como anterior, simultánea ó posterior á la muerte del testador,

(1) Arts. 951 á 967.

si la concepción se tiene por realizada, á los efectos de la capacidad hereditaria del concebido, por presunción deducida del nacimiento dentro del plazo mínimo de los ciento ochenta días siguientes á dicha muerte.

La dificultad se evitaría si la concepción pudiera ser objeto de prueba directa; pero no siendo esto posible, hay que remitirla á los términos de presunción de legitimidad que la ley establece, y en la acción de esa presunción y su aplicación concordante á esta materia de la capacidad para suceder del art. 758, hay indudables peligros de error.

De ellos resulta que, ó se niega la capacidad para suceder á todos los concebidos, pero no nacidos, que nacen después en condiciones legales de tiempo, para presumir legalmente que estaban concebidos en el momento de la muerte del testador, caso contrario á todos los principios generales de Derecho que inspira el Código y que no autoriza ninguno de sus textos, incluso la generalidad de términos en que está concebido el primer párrafo del citado art. 758, ó no hay otro remedio sino pasar por la posibilidad de esos riesgos y peligros, dejando remitida la doctrina de dicho artículo al complemento de los otros mencionados 108 y 30 del Código civil, siendo de notar que, si bien cuando se trate de la sucesión de descendientes legítimos, las reglas del Código relativas á las precauciones que deben tomarse cuando la viuda quede encinta (1), pueden servir de alguna garantía, no parece que sucede lo mismo cuando se trata de la institución de herencia ó legado á favor de personas extrañas, designándose la prole que otro pueda tener para que sea heredero ó legatario del testador, toda vez que aquella disposición no está dictada para este supuesto y no son, por tanto, aplicables, aunque la identidad real de la hipótesis pueda ser la misma en un caso que en otro.

La prole que sobrevenga ó futura, ó sea la institución como herederos ó legatarios de los no nacidos, pero sí concebidos á la muerte del testador, y por consiguiente póstumos de hecho, ó su nacimiento después de ella, lo mismo puede ser de descendencia legítima de ésta, que de personas completamente extrañas, siendo aplicables en el primer supuesto, y en el segundo no, las citadas precauciones legales de los arts. 959 al 967, y, sin embargo, esto no constituye sino una diferencia más accidental que fundamental en la doctrina de carácter secundario, y que no puede ni debe influir en el límite legal de la hipótesis de si pueden ser ó no instituidos los no nacidos, pero concebidos, que nazcan después en las condiciones legales del art. 30 del Código; pues admitida esta posibilidad legal, lo de que esa prole legítima instituida heredera ó legataria, sea ó no de la descendencia del testador, es por completo indiferente desde el punto de vista general en que esta materia se considera. En

(1) Arts. 959 á 964.

cambio, por eso mismo, es necesario completarla cuando se trate de la institución del concebido antes y no nacido sino después de la muerte del testador, con el criterio legal determinante de la prueba ó de la presunción de dicha concepción.

Á la primera es forzoso renunciar; los misterios de la naturaleza en la generación humana, aparte otras dificultades de orden moral y técnico, que ya en otros lugares se mencionan (1), hacen imposible la resolución de este punto por medios probatorios directos, y no queda otro recurso, si no se hace también imposible la tesis examinada que entrega este asunto al influjo de la presunción legal determinante de la filiación legítima, según el art. 108, para todos los casos de institución como heredero ó legatario de los no nacidos que se reputen concebidos al tiempo de la muerte del testador, y referir á la certeza de esa presunción, en cada caso, la regla de capacidad para suceder, establecida en el primer párrafo del art. 758, de conformidad también con el 744, al expresar que podrán suceder por testamento ó abintestato los que no estén incapacitados por la ley, y con el 745, que dice son incapaces de suceder las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reunan las circunstancias expresadas en el art. 30, pues de ello se deduce claramente que por razón de concepción y nacimiento, sólo son incapaces de suceder, por reputarse *no nacidos*, los que se hallen incluidos en la regla de este último precepto, pero no los que cumplan aquellas expresadas circunstancias del art. 30 en cuanto á su nacimiento, si es que éste permite, por razón de la fecha en que tenga lugar y la presunción legal del art. 108, suponerle concebido al tiempo de la muerte del testador.

76. Esta regla del primer párrafo del art. 758, consistente en que para calificar la capacidad del heredero ó legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, plantea, á semejanza de lo antes dicho respecto de las personas naturales no nacidas á dicho tiempo, otro problema relativo á su aplicación á las *personas jurídicas*.

Será forzoso que todas aquellas, cualquiera que sea su especie de corporación, asociación ó fundación de interés público ó particular, estén constituidas al tiempo de la muerte del testador ó pueda deferirse su existencia á otras fechas posteriores más ó menos próximas, cuando, por ejemplo, sea el mismo testamento el que haya de dar lugar á su aparición y existencia. Cualquiera que haya sido la controversia de los publicistas (2), ni menos dentro de los textos de nuestro Código civil cabe olvidar: *primero*, que la *personalidad* de las personas jurídicas impera desde el instante mismo en que, con arreglo á Derecho, hubieran quedado

(1) Núm. 10, cap. 25.º, t. V, 2.ª edic.

(2) Mucius Scevola, t. XIII, págs. 319 á 324; Vitali, ob. cit., t. II, págs. 271 á 273.

válidamente constituidas (art. 35, núm. 1.º); *segundo*, que la *capacidad* civil de las corporaciones se regirá por las leyes que las hayan creado ó reconocido; la de las asociaciones, por sus estatutos, y la de las fundaciones, por las reglas de su institución, debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuere necesario; y *tercero*, que son incapaces de suceder las asociaciones ó corporaciones no permitidas por la ley (art. 745, núm. 2.º).

De estos fundamentos se deduce, á nuestro juicio, que, respecto de las personas jurídicas cuya institución tenga su origen en la voluntad del testador, según su testamento, aunque no se hayan de constituir ni constituyan hasta después de su muerte, debe reputarse como si estuvieran constituidas al tiempo de la misma y con capacidad para suceder, según las disposiciones de que se les hace objeto, porque otra cosa sería negar la debida eficacia civil creadora á la voluntad del testador, sin razón alguna que lo justifique, desconocer que las personas jurídicas de esta especie pueden ser obra de la voluntad civil individual expresada en forma legal, por acto jurídico *inter vivos* ó *mortis causa*, y aplicar un criterio distinto del legal, en que el mismo Código se funda, en cuanto á la existencia, personalidad y capacidad de las personas jurídicas y aun al mismo que aplica en dicho art. 758, de cuya explicación tratamos, al resolver en su segundo y tercer párrafo que la capacidad del heredero ó legatario, no obstante la regla general de que se atenderá para calificarla al tiempo de la muerte de cuya sucesión se trate, se habrá de esperar á que se dicte la sentencia firme ó que transcurra el plazo de los casos segundo, tercero, cuarto y quinto del art. 756, ó si su institución ó legado fué condicional, se atenderá además al tiempo en que se cumpla la condición.

En el establecimiento de una fundación, de una persona jurídica, que sea obra de la voluntad del testador, ó sea el destino que para determinados fines benéficos instructivos ó de otro género lícito ordene el testador, dando lugar con ello á la constitución de una entidad ó persona jurídica, que no ha nacido ni puede nacer hasta después de su muerte, que es realmente la instituída como heredero ó legatario, y que no puede tener en dicho tiempo capacidad ni personalidad, por lo mismo que no existía, se descubre un supuesto esencialmente igual al de los indicados, y, por consiguiente, se habrá de atender, además de al tiempo de la muerte del testador, al en que se cumpla la condición de nacer legalmente aquellas personas jurídicas ó de reputarse debidamente constituidas y, por tanto, con la personalidad y capacidad generalmente necesaria que no tienen, cuando son las que menciona el núm. 2.º del art. 745, por ser asociaciones ó corporaciones no permitidas por la ley, y, por tanto, incapaces para suceder.

77. Los expresados párrafos segundo y tercero del art. 758, no se apartan, en realidad, del criterio que inspira el primero, regulando la

incapacidad del heredero ó legatario en un sólo tiempo, que es el de la muerte del testador, y más bien que excepción de contradicción, son aplicaciones armónicas del mismo á la especialidad de circunstancias que demandan su supuesto, lo mismo en los casos de indignidad segundo, tercero, cuarto y quinto del art. 756, pues mientras no se dicte la sentencia, ó no transcurra el mes señalado para la denuncia, ni se puede reconocer la capacidad, ni sería justo negarla; pues cuando la institución ó legado fuera condicional, siendo la condición suspensiva, porque mientras la condición no se cumpla no se está en el supuesto de la misma voluntad del testador, y si cumplida, no fuere este tiempo el que, además del de la muerte del testador, se hubiera de regular la capacidad del heredero ó legatario, quedaría inobservada la disposición testamentaria; todo lo cual se confirma, además, con las reglas de Derecho relativas á la herencia ó legado condicionales, debiendo reputarse concordantes, para este efecto, los arts. 790 y siguientes, en relación con el 1.103 y siguientes, que de otro modo, y de no haberse escrito este tercer párrafo del art. 758, estaría en abierta contradicción con el primero.

Este último párrafo del art. 758, aunque habla de condiciones en general, sin expresar su especie, determina la necesidad de que tenga capacidad el heredero, al tiempo de su cumplimiento, además de tenerla al de la muerte del testador, no puede referirse á otra clase de condiciones que las *suspensivas*, que son aquellas por cuyo cumplimiento se perfecciona el derecho por ellas afectado, pero no de ninguna manera á las *resolutorias*, respecto de las cuales, mientras no se cumpla la condición, produce todos sus efectos como si hubiera sido ordenada puramente.

Es algo extraño el lugar que ocupa en el Código el precepto del art. 759, según el cual: «el heredero ó legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno á sus herederos», pues más parece una regla que debiera figurar entre las de la institución de la herencia bajo forma condicional, pero no en esta Sección que tiene por epígrafe: «De la capacidad para suceder por testamento ó sin él.» Es una confirmación del criterio que inspira al artículo anterior, porque si, según él, en la institución ó legado condicionales se ha de atender, además del tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, al en que se cumpla la condición, de lógica inexcusable es, aunque no se hubiera escrito este art. 759, que, si el heredero ó legatario muere antes de que la condición se cumpla, no se causa la sucesión hereditaria, ni, por consiguiente, se transmite derecho alguno á los herederos, siquiera por aquel antiguo aforismo de *hereditas non adita ad successores non transmittitur*. Sin supervivencia al testador, sin capacidad para suceder al tiempo de la muerte de éste y al del cumplimiento de la condición suspensiva impuesta á la institución de herencia ó de legado y sin aceptación, y por tanto, sin

adquisición de la herencia por el instituido, no cabía hablar de la transmisión de derecho alguno á sus herederos.

No contradice esta doctrina la establecida en el art. 761, al prescribir que «si el excluido de la herencia por incapacidad, fuere hijo ó descendiente del testador, y tuviere hijos ó descendientes, adquirirán éstos su derecho á la legítima», así como que «el excluido no tendrá el usufructo de administración de los bienes que por esta causa hereden sus hijos». Más bien la confirma, bastando observar que dichos hijos ó descendientes del hijo, incapaz en el tiempo ó tiempos legales que fuera preciso, que son también descendientes del testador, y excluidos de la herencia por tal concepto, no heredan por sucesión de aquél, en virtud del derecho de transmisión, sino por su propio derecho, como herederos forzosos de grado ulterior, en virtud de la vacante de la herencia que se produce por la incapacidad del hijo ó descendiente del testador, padre de los mismos, que no puede recibirla por incapacidad; haciéndolo todavía más evidente la privación que impone el último párrafo de este artículo, al excluido como incapaz del usufructo y administración de los bienes, que por esta causa heredan los hijos del ascendiente común.

En tales casos se proveerá á la administración de esta clase de bienes adquiridos, por los hijos menores constituidos en la patria potestad por los medios supletorios, conforme al Código, de aplicación más procedente, según las indicaciones hechas en otro lugar (1).

78. El texto del art. 760, al decir: «el incapaz de suceder, que, contra la prohibición de los anteriores artículos, hubiese entrado en la posesión de los bienes hereditarios, estará obligado á restituirlos con sus acciones y con todos los frutos y rentas que haya percibido», en relación con sus precedentes patrio y romano, y comparado con algunos Códigos extranjeros, ofrece diferentes dudas para su verdadera inteligencia y aplicación, no obstante su sencillez de términos que parecen limitados á reproducir una consecuencia inexcusable de Derecho en todo caso de posesión inexistente, y de restitución de bienes á su verdadero dueño, con la consiguiente incorporación de las acciones, frutos y rentas de los mismos.

Por de pronto, el principio de este artículo y el sujeto á que se refiere el precepto que formula, es de carácter *general* para todos los casos de incapacidad de suceder, sea la propia incapacidad, absoluta ó relativa ó la indignidad, la causa que prive de la testamentifacción pasiva al heredero y dé lugar al supuesto de restitución de este artículo; es decir, que señala un efecto común y general á todos los casos de incapacidad para suceder, cualquiera que sea su causa, á diferencia de lo que en prece-

(1) Núm. 28, cap. 28.º, t. V, 2.ª edic.