

esta buena doctrina responden las sentencias del Tribunal Supremo antes transcritas (1), de 21 de Marzo de 1902 y 27 de Febrero de 1907. No cabe otra regla general, habrá de estarse á la circunstancialidad del caso y á su apreciación por los Tribunales para determinar si á la reclamación judicial de que se trate es aplicable ó no la cláusula penal.

Toda esta doctrina de las instituciones con cláusula penal, se halla subordinada al principio, según el que la voluntad del testador es soberana, siempre que actúe dentro de su propia esfera, sin que invada el terreno de la ley, del interés público y de los derechos preestablecidos ó de la integridad de los mismos al heredero por su institución, en los que no puede tener nunca eficacia la autarquía del testador con sus prohibiciones y cláusulas penales de su testamento, según el espíritu de la antigua máxima *hæc publicum privatorum pacti mutari non potest*.

44. Todos los expuestos anteriormente, son efectos jurídicos *primarios* de la institución de heredero en cuanto á la *forma* de la misma; un segundo grupo constituyen los que se refieren al *número* de los instituidos y su porción hereditaria, que son objeto de los arts. 765, 768, 770 y párrafo primero del 983.

La regla del art. 765, que tiene toda la autoridad que le prestan la tradición, la lógica y el sentido común, es de tal claridad que no necesita explicación alguna: los herederos instituidos sin designación de partes, heredarán por partes iguales. Pudo cuestionarse en el Derecho antiguo el caso de que las cuotas señaladas por el testador en la repartición de la herencia no alcanzaran á cubrir el total de ésta; hoy han dejado de existir tales dificultades, porque aquella parte del caudal hereditario de que no se hubiere dispuesto en el testamento, pasa á los herederos legítimos, conforme al párrafo segundo del art. 912 del Código. Tampoco creemos que ofrezca dificultad el improbable supuesto del señalamiento de cuotas que superen la totalidad de la herencia, porque es claro que entonces se impondría la reducción proporcional según la parte asignada á cada heredero.]

Una excepción tiene el precepto de este artículo: cuando el testador instituye por herederos á sus hermanos sin designación de partes; si los tiene carnales ó de padre ó madre solamente, se dividirá la herencia como en el caso de morir intestado, es decir, tomando los primeros doble porción que los últimos—art. 770—, estableciendo una presunción interpretativa de la voluntad del testador, según la que se supone que éste, al no señalar participación definida en la herencia á cada uno de sus hermanos, quiso ajustarse al criterio legal que en toda ocasión distingue á los de doble vínculo de los unidos sólo por vínculo sencillo; y dado este criterio del Código, hay que convenir en que el precepto del

(1) Núm. 18 de este cap.

artículo citado, aunque casuístico y algo arbitrario, podrá ser más ó menos justo, pero no deja de ser conveniente para evitar las dudas que pudieran originarse si no existiese esta regla de interpretación, que es también aplicable al caso de ser instituidos los hermanos de vínculo doble y sencillo con un extraño, ó á un hermano de doble vínculo con un sobrino carnal de vínculo sencillo que acuda á la herencia por derecho de representación, en virtud del art. 949.

Se refiere el art. 765, como se ha dicho, al caso en que el testador instituyere en su testamento dos ó más herederos sin designación de partes; es decir, siempre que aquél no haya determinado expresamente una cuota para cada heredero—art. 983, párrafo primero—, y que la institución no sea en una cosa cierta y determinada, pues entonces será considerado como legatario, según dispone el art. 768, de acuerdo con el 660, que dice: «llámase heredero al que sucede á título universal, y legatario al que sucede á título particular», y aunque el testador designe con el nombre de heredero al instituido en una cosa determinada, su nombre no cambia la naturaleza de la sucesión, que siendo, como es, á título singular, da á aquél el carácter de legatario.

B. EFECTOS SECUNDARIOS DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO.

1.º En cuanto al derecho de acrecer.

45. Los efectos *secundarios* ó circunstanciales de la institución de heredero, integrados, como ya se ha dicho (1), por los derechos *de acrecer* y *de transmisión*, se reglamentan por el Código de manera distinta en cuanto al orden lógico y sistemático de las disposiciones á ellos concernientes.

El primero, ó sea el *derecho de acrecer*, es objeto de los arts. 981 á 987, comprendidos en el cap. V del lib. III, que trata de las «disposiciones comunes á las herencias por testamento ó sin él». De esos artículos, el 981 es el único que se refiere á la sucesión legítima, y al tratar de ella tendrá su lugar adecuado la explicación del mismo; los siguientes, hasta el 986 inclusive, son los que ahora interesan, en cuanto determinan la significación y alcance de este efecto secundario de la institución de heredero, como *contenido* del testamento.

Desde luego se observa que el Código admite el derecho de acrecer, fundado en la *presumpta voluntate testatoris*, que es el sólo motivo racional y científico que puede legitimarlo; *presunción de voluntad* que se origina en la forma del llamamiento, de esa modalidad especialísima que constituye la condición indispensable para que el derecho de acrecer exista, á saber: lo que los autores antiguos y modernos denominan *conjunción*; conjunción *mixta*, que ha de ser *real* y *personal*, á la vez, en el sujeto y en el objeto de la institución; existirá, por consiguiente—em-

(1) Núms. 13 y 14 de este capítulo.

pleando las mismas palabras del Código—, cuando «dos ó más sean llamados á una misma herencia ó á una misma porción de ella, sin especial designación de partes» (núm. 1.º, art. 982). Es decir, que la ley presume que al nombrar el testador dos ó más personas para que sucedan en unos mismos bienes, cuando una de ellas falta, deben ocupar las demás su puesto, sin que sea necesario abrir, en cuanto á la porción vacante, la sucesión legítima, porque llamados los instituidos, sin especial asignación de partes, es manifiesta la voluntad de excluir en la sucesión de la herencia ó porción hereditaria en que se les instituyera, á toda otra persona, mientras quede uno sólo de los coherederos.

Podrá discutirse la mayor ó menor conveniencia de este derecho; lo admitirán unos Códigos y lo rechazarán otros; pero no cabe dudar que la presunción indicada, en que encuentra su fundamento, es racional y justa.

Con lo dicho quedan apuntados los dos requisitos que el Código determina como necesarios para que el *derecho de acrecer* exista, que son los mismos señalados en la primera parte de este capítulo: 1.º, *conjunción*—ya se ha visto lo que esto quiere decir según el Código—, y 2.º, *porción vacante*, ó en términos del art. 982, «que uno de los llamados muera antes que el testador ó que renuncie á la herencia ó sea incapaz de recibirla» (núm. 2.º, art. 982), con lo cual reduce á tres casos todos los que pudieran presentarse de falta de uno de los herederos instituidos conjuntamente. Estos dos requisitos, de los que bien pudiera decirse que el primero es *condición*, y el segundo *causa ocasional del derecho de acrecer*, conviene examinarlos separadamente.

La *conjunción* dejó ya de presentar las dificultades que en el Derecho anterior convirtieron esta materia en un verdadero mosaico de arqueología jurídica, cuya doctrina no se ajustaba siempre á soluciones racionales; y no es que el Código haya dado en sus preceptos una solución clara, precisa y categórica que no deje lugar á la más mínima duda á aquel intrincado problema, sino que han desaparecido las conjeturas que, á falta de una declaración expresa de la ley, se hacían; esa declaración la tenemos en los arts. 982, núm. 1.º, y 983. Según aquél, caracterizan la *conjunción*: 1.º, el llamamiento de dos ó más personas; 2.º, que esas dos ó más personas sean llamadas á una misma herencia ó á una misma porción de ella; 3.º, que á dichas personas no se les asigne parte especial en la herencia ó porción á que han sido llamadas.

¿Cuándo se entenderá que ha habido designación especial de partes? De resolver esta dificultad trata el art. 983, según el que se entenderá hecha tal designación «sólo en el caso de que el testador haya determinado expresamente una cuota para cada heredero». Con esto parece á primera vista que el legislador ha dado una solución más ó menos acertada, pero solución al fin, y, sin embargo, no sucede tal cosa; la solución no se encuentra hasta el final del párrafo siguiente. Es muy in-

determinado, muy poco preciso lo que el Código declara en las palabras transcritas; el señalamiento de cuota lo mismo puede significar la cuota *ideal*, por decirlo así, que se establece para cada heredero al nombrarles por *iguales partes*, verbigracia, que la determinada expresa y numéricamente, como si dijera: «con aplicación al tercio de libre disposición, instituyo herederos á X y á Z en la cantidad de 25.000 pesetas cada uno».

Por eso pretende el legislador dar más precisión á su concepto, y en el párrafo segundo del artículo lo declara diciendo: «la frase por *mitad* ó por *partes iguales*, ú otras que aunque designen parte alícuota no fijan ésta numéricamente ó por señales que hagan á cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado, no excluyen el derecho de acrecer» (párrafo 2.º, art. 983). Aquí está, como hemos dicho, la verdadera solución del problema: «existirá *conjunción* siempre que no se fije una cuota para cada heredero por señales que hagan á cada uno dueño de un cuerpo de bienes *separado*», sean esas señales de cantidad, de limitación de fincas, etc., etc. Esta regla proporciona un criterio claro para decidir las cuestiones que sobre materia tan complicada pudieran presentarse, sin recurrir á artificios y sutilezas más propias de controversias académicas que de la aplicación práctica del Derecho.

Claro es que siendo la voluntad del testador la autoridad suprema y la fuente de donde nacen estos derechos, bastará que la manifieste expresamente contraria al derecho de acrecer entre los herederos instituidos, para que éste no exista aunque haya *conjunción* en la forma indicada; y, por modo contrario, sin que se dé tal *conjunción* habrá derecho de acrecer cuando el testador así lo dispusiera, aunque en este último caso tendría más propiamente el carácter de una institución.

La *conjunción* no implica la necesidad de un solo testamento en el que sean instituidos los herederos conjuntos; puede hacerse la designación en dos ó más actos testamentarios, siempre que en los posteriores se mantengan las disposiciones de los otorgados anteriormente. Tampoco es necesaria la unidad de la disposición que exigen algunos Códigos extranjeros—el italiano y el francés; este último cuando la cosa no fuera indivisible—; los requisitos que el nuestro señala, son únicamente los ya citados del art. 983, núm. 1.º

Este carácter que la *conjunción* ostenta, según el Código, es decir, el llamamiento de dos ó más personas á las misma herencia ó porción de ella sin especial asignación de partes, ofrece una cuestión tratada con gran detenimiento por algunos comentaristas, que es la siguiente: el acrecimiento de los coherederos á la porción vacante, ¿debe considerarse como forzoso ó como voluntario? La respuesta no es difícil: demuéstrese la voluntariedad del acrecimiento no sólo por tratarse de un derecho, no de una obligación, derecho que es renunciable según el párrafo segundo del art. 4.º del Código civil, sino porque la única razón que podía

abonar la opinión contraria, la de que el causante no falleciera parte testado y parte intestado, hace tiempo que desapareció en nuestro Derecho. Además, si el acrecimiento tuviera carácter forzoso, se daría el caso inconcebible, por lo injusto, de poder aceptar ó no la parte de la herencia que á uno le correspondiera y no tener el mismo derecho respecto de aquella que le acreciese por falta de uno de los coherederos, viéndose compelido á suceder en todos los derechos y obligaciones que tendría el que no quiso ó no pudo recibir la herencia en virtud de lo dispuesto en el art. 984.

No se oponga que por la vocación de cada uno de los herederos instituidos conjuntamente al todo hereditario, una vez aceptada la herencia hacen suyas no sólo la parte que estrictamente les corresponde, sino la que en caso les perteneciera por derecho de acrecer, puesto que ni es posible prescindir en ese caso de la división en partes del caudal yacente, siquiera esta división sea ideal y no práctica y específicamente determinada, por lo que, al aceptar, cada heredero adquiere la parte que en esa forma le corresponde, ni á esta aceptación puede dársele más alcance del que en sí tiene, haciendo objeto de ella un derecho *eventual* y *contingente* que no fué previsto por el heredero en el momento de efectuarla, sin que pudiera, por tanto, extenderla á ese derecho, que más tarde se le ofrece, cuando con pleno conocimiento del mismo puede examinar libremente las ventajas que traerá consigo su aceptación.

Aunque la *conjunción* exista como base y condición indispensable del derecho de acrecer, éste no aparecerá mientras no resulte vacante una porción de la herencia, la cual ha de constituir el objeto de ese derecho; he aquí por qué se ha dicho anteriormente que la *porción vacante* podía ser considerada como la *causa ocasional* de aquél; entiéndase, no la porción vacante en sí misma, sino el hecho que la produce.

Como hechos que pueden producir esa porción vacante, cita solamente el Código, en el núm. 2.º del art. 982, los tres que á continuación se expresan: «que uno de los llamados muera antes que el testador, que renuncie la herencia, ó que sea incapaz de recibirla». Respecto al caso de premuerte del heredero, nada hay que decir. Sabido es, y hasta la saciedad se ha repetido, que los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte. En este instante aparece el derecho del heredero, y entonces precisa la existencia del sujeto á quien ha de atribuirse: la disposición testamentaria en que el causante designe al que ha de sucederle, adquiere á la muerte de aquél su fuerza y su vigor en Derecho; pero es indispensable que la persona nombrada por el testador exista en el momento que la sucesión se defiera, ya que de otro modo la disposición no podría tener efectividad por falta del sujeto favorecido con la institución.

Otro caso mencionado por el Código es el de renuncia de la heren-

cia; y claro es que el abandono, la dejación de un derecho, produce naturalmente, la vacante de ese derecho, es decir, la ausencia de alguien que lo disfrute, siempre que aquella dejación ó renuncia no se hiciera en favor de una tercera persona, lo cual sólo implicaría la sustitución de un sujeto de derecho por otro; y aplicando esta doctrina al caso presente, la repudiación de la herencia producirá la porción vacante de la misma, y será, por consiguiente, causa ocasional del derecho de acrecer, cuando dicha renuncia no se efectuase en favor de persona cierta y determinada.

El tercero y último de los casos que, según el Código, originan la porción vacante de la herencia, es el de incapacidad del heredero, que por su claridad no exige aquí, después de lo dicho (1), explicación alguna.

Pero no son estos tres los únicos hechos que pueden producir aquel resultado, y por ello encontramos deficientísima la redacción del Código. Al decir el art. 982: «Para que en la sucesión testamentaria tenga lugar el derecho de acrecer se requiere... 2.º Que uno de los llamados, muera antes que el testador, ó que renuncie la herencia, ó sea incapaz de recibirla», parece indicar que fuera de esos supuestos no puede darse aquél, por no existir porción vacante en ningún otro caso; y, sin embargo, no es así, puesto que hay otros varios, en las cuales la institución de heredero hecha á favor de persona determinada puede resultar sin efecto de la misma manera que en las hipótesis expresamente consignadas en el Código.

Así sucederá siempre que se extinga dicha institución, por cualquiera de las *causas específicas* que directamente pueden afectarla. Respecto á una de ellas, la falta de cumplimiento de la condición impuesta al heredero, la reconoce de un modo implícito el Código, en sus arts. 802 y 803, al disponer que la administración de los bienes de la herencia, cuando el heredero fuere instituido bajo condición suspensiva, se confiará al instituido ó á los instituidos sin condición, siempre que entre ellos y el heredero condicional hubiere derecho de acrecer.

Existe además otro caso especial, regulado por el Código, que da lugar á este derecho, al tratar de los efectos de la ausencia relativamente á los derechos eventuales del ausente, en sus arts. 196 y 197 (2), y á cuya explicación nos remitimos, bastando consignarlo aquí á los efectos de la exigencia lógica del plan trazado.

Por todo ello se demuestra que, como ya antes se ha dicho, la redacción de este art. 982 es muy poco feliz, tanto en el número primero, insuficientemente explicado, por lo que es preciso acudir á su complemento en el artículo siguiente, como en el número segundo, que, más que expresión de una de las condiciones ineludibles para que el derecho de acrecer exista, es una enumeración — la cual debe únicamente ser

(1) Núms. 38 á 80, cap. 5.º de este tomo.

(2) Explicados en el núm. 23, cap. 15.º, t. II, 2.ª edic.

tomada *ad exemplum* — de casos ó hipótesis semejantes que pueden originarla.

Resta únicamente observar en orden á esta materia, que, á pesar de darse los dos requisitos mencionados y explicados de *conjunción y porción vacante*, no existirá el derecho de acrecer en los casos de excepción determinados por la condición legitimaria del instituído que no llegó á heredar, en cuyo caso suplirán su puesto y su derecho á la herencia los que por derecho de representación sean llamados, con arreglo á la ley, ó por el nombramiento de un sustituto, que se subrogará en el lugar del primeramente instituído. Esto sin contar con el caso de renuncia en favor de persona determinada, que antes se ha mencionado.

Por lo que hace á los *efectos* del derecho de acrecer, establece el art. 984 que, «los herederos á quienes acrezca la herencia sucederán en todos los derechos y obligaciones que tendría el que no quiso ó no pudo recibirla», regla conforme con los principios de justicia, y con el Derecho anterior al Código. Ya se ha dicho que el derecho de acrecer, que dejó de ser producto de *ex necessitate iuris*, y quedó sólo fundado *ex præsumpta voluntate testatoris*, no es de aplicación forzosa por imposición legal en cada caso, como ocurría en el Derecho romano, y se rige por el principio de libre voluntad, proclamada para la aceptación ó repudiación de la herencia, por el art. 988 (1); y, en su consecuencia, la porción hereditaria que en virtud de él corresponda á los coherederos, pueden aceptarla ó no, simplemente ó á beneficio de inventario, pero una vez aceptada, se entiende hecha esta aceptación, no sólo en cuanto á los derechos que en la herencia correspondiera al primer heredero, sino también en las cargas y obligaciones que el mismo había de cumplir, exceptuando de estas últimas, como es natural, aquellas que, en su calidad de personalísimas, sólo pueden ser satisfechas por aquel á quien directamente obligan. Con arreglo á este precepto del art. 984, si el heredero fuese instituído condicionalmente y su parte acreciera á los coherederos, estarán éstos obligados á cumplir la condición impuesta.

El art. 985 hace referencia al derecho de acrecer entre herederos forzosos. En los bienes que por herencia se transmiten á éstos, pueden distinguirse dos grupos, según el título en virtud del cual los reciben, que son: bienes pertenecientes á la legítima y bienes que pertenecen á la parte de libre disposición. Pues bien, únicamente sobre estos últimos puede actuar el derecho de acrecer; es decir, que entre los herederos legítimos únicamente la porción de herencia *voluntaria* que á uno de ellos corresponda, según testamento, es la que, en caso de no poder ó no querer éste recibirla, acrecerá á los restantes, en la porción vacante de la legítima, que pertenece por ministerio de la ley, los herederos que

(1) Explicado en el cap. 26.º de este tomo.

tengan el carácter de forzosos, sucederán por su propio derecho y no por derecho de acrecer. Esto es claro; pero hay que tener en cuenta que el Código autoriza al testador para disponer de uno de los dos tercios que señala como legítima de los descendientes en favor de alguno ó algunos de ellos con exclusión de los demás; tercio que se llama de *mejora*, así como el otro tercio es el de *legítima* estricta, y ocurre preguntar: en el caso que un descendiente sea mejorado por el testador y esa mejora no la reciba aquél por cualquier causa, ¿sucederán en ella los demás descendientes coherederos por derecho propio ó por derecho de acrecer?

Ni el Código resuelve expresamente esta dificultad, ni dan unánime solución á la misma los comentaristas; y, sin embargo, á nuestro juicio, ésta no puede ser otra que la que se deduce de considerar la mejora, como lo que realmente es y representa en la arquitectónica legal de nuestro Derecho civil, como una *parte de la legítima*, que puede, sí, ser aplicada á uno ú á otro de los *herederos*, pero sin que pierda nunca su condición legitimaria que la sujeta á aquellas personas á que, según la ley, corresponde ese derecho, siquiera tal derecho pueda ser específico, y no general ó común, ni es lícito transportarle á otras esferas de libre determinación, por respeto á la voluntad del testador. Si el causante no dispone del tercio de mejora, éste forma parte de la legítima; y lo mismo sucede, si, aunque disponga de aquél, en favor de algún descendiente, la mejora no llega á tener efecto. La porción que la constituya debe pasar, por consiguiente, á los demás herederos legitimarios, que la adquirirán por su propio derecho y no por derecho de acrecer.

Termina esta materia estableciendo el art. 986 que, «en la sucesión testamentaria, cuando no tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del instituído, á quien no se hubiere designado sustituto, pasará á los herederos legítimos del testador, *los cuales la recibirán con las mismas cargas y obligaciones*»; adición, esta última, importante, en cuanto determina una sucesión legítima *especial*, en la que los herederos vienen obligados á cumplir las condiciones y cargas impuestas en el testamento por su causante, todo ello sobre la base del respeto á la voluntad del testador.

46. El segundo de los derechos que constituyen efectos secundarios de la institución de heredero que, como ya se ha dicho, es el de *transmisión*, no tiene destinados en el Código los artículos de un capítulo ó sección, como hemos visto sucede en el derecho de acrecer; por el contrario, las disposiciones que á él se refieren hállanse diseminadas en varios lugares, por lo que ha de procurarse sistematizarlos para explicar con la mayor claridad y el método conveniente, lo que sobre esta materia preceptúa el referido cuerpo legal.

Como disposición de carácter general, el art. 657, primero del título

de *sucesiones*, y que en su lugar fué explicado, establece que los derechos á la sucesión de una persona *se transmiten* desde el momento de su muerte; pero es necesario precisar cuándo esos derechos, con arreglo al Código, pueden considerarse *adquiridos* por el sucesor y *transmisibles* á sus herederos, ya que es principio de justicia universal que nadie puede transmitir á otro más derechos que los que hubiere adquirido; es decir, cuando la institución de heredero produce el efecto de transmitir á los sucesores del instituido los derechos que al mismo pertenezcan en la herencia de su causante, y por lo que á ello se refiere, nos sale al paso, en primer término, el art. 766, que dispone lo siguiente: «El heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia á la herencia, no transmiten ningún derecho á sus herederos, salvo lo dispuesto en los arts. 761 y 857.»

Tres supuestos ó hipótesis contiene ese artículo: el de premoriencia del heredero, el de incapacidad y el de renuncia á la herencia: de los tres, el primero refiérese únicamente al heredero voluntario; los otros dos, tanto al que tenga este carácter como al forzoso; y en todos ellos se entiende que los herederos nada han adquirido y nada transmiten á sus sucesores, con la excepción de lo dispuesto en los arts. 761 y 857. Estos son los términos del precepto legal que estudiamos, pero no pueden aplicarse así, de un modo absoluto; la palabra «voluntario», referida al heredero que muere antes que el testador, ó no significa nada ó quiere indicar que el heredero que no tenga esa condición, es decir, el heredero forzoso, está fuera del alcance de dicho artículo. ¿Y es esto verdad? De ninguna manera.

El heredero forzoso que premuere al testador, transmitirá, sí, á los suyos su derecho, pero sólo en el caso que éstos tengan el de representación, conforme á lo dispuesto por el Código, y lo que éste dispone es que «el derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, pero nunca en la ascendente, y en la colateral sólo en favor de los hijos de hermanos»—art. 925—; luego, si fallece el padre ó abuelo antes que el hijo ó nieto respecto del cual tuvieran la condición de herederos forzosos, ningún derecho transmiten á sus sucesores; sólo el descendiente, muerto antes que el testador, transmite á sus herederos el derecho que tuviere á la sucesión de aquél, *en cuanto á su legítima*. Lo mismo sucede en el caso de incapacidad; pero ya en este caso, el art. 766 se refiere á toda clase de herederos, con la excepción de lo dispuesto por el 761, que, en concordancia con el 929, salva en este caso los derechos de los descendientes del incapaz, que es á su vez descendiente del testador; que es lo que también acontece con la excepción del art. 857, que provee al caso de desheredación, la cual no se menciona en el art. 766, y todo ello indica que éste no debió redactarse en esta forma, sino en esta otra, por ejemplo, que es en la que recta-

mente ha de entenderse y aplicarse: «el heredero que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia á la herencia, no transmiten ningún derecho á sus sucesores, salvo en los casos que proceda con arreglo á la ley el derecho de representación».

Dos últimas observaciones sobre este artículo: primera, no debe entenderse, por término opuesto, de un modo absoluto, que el heredero capaz que sobreviva al testador transmitirá sus derechos á sus sucesores, pues siempre habrá que tener en cuenta lo que ya se dijo al explicar los artículos 759 y 799 respecto de los herederos bajo condición; segunda, siempre que se trata del derecho de transmisión del heredero forzoso á sus sucesores, se hace referencia exclusivamente á lo que por legítima le corresponda; en cuanto á lo demás, tiene la consideración de heredero voluntario.

Como ya antes se ha dado á entender, los arts. 761 y 857 son un corolario ó complemento del 929, según el cual, el derecho de representación de una persona viva existirá en los casos de desheredación é incapacidad, y ambos preceptos—sin precedentes en nuestra legislación civil—, obedecen al sano y justo propósito de no hacer extensiva á los hijos la incapacidad ó indignidad del padre ó la pena impuesta al mismo por el testador.

Tanto el uno como el otro establecen—el art. 761, para el caso de incapacidad y el 857, para el de desheredación—, que los hijos del incapaz ó del desheredado ocuparán el lugar de éste, adquiriendo sus derechos respecto á la legítima, pero sin que tenga el excluido de la herencia el usufructo y administración de los bienes que por la expresada causa hereden sus hijos.

Hay una diferencia de redacción del art. 761 al 857 que no debe pasar inadvertida: el primero se refiere al heredero incapaz que fuere *hijo ó descendiente del testador*, y el segundo dice solamente: «los hijos del desheredado ocuparán...», etc.». ¿Querrá esto significar que en el caso de desheredación todos los herederos que puedan ser objeto de ella transmitirán á sus sucesores los derechos que por legítima les correspondan en la herencia? Para contestar á esta pregunta es preciso no considerar á este precepto aislado, sino acudir á la doctrina legal donde tiene su fundamento y aplicarlo mediante ella. Y ya lo hemos dicho: esa doctrina no es otra que la del derecho de representación, en virtud del cual los parientes de una persona la suceden en todos los derechos que tendría si viviera ó hubiera podido heredar; ese derecho existe expresamente determinado por el Código en el caso de desheredación—art. 929—. En atención al mismo, el art. 857 coloca á los hijos del desheredado en su lugar, por lo que hace á la adquisición de sus derechos legítimos; luego en ese caso deben observarse las reglas del derecho de representación, que es el que faculta á los hijos para suceder en lugar del padre;