

Derecho de representación sucesoria y repudiación

Estudio sobre la operatividad del derecho de representación
en el Código civil español, en caso de repudiación del sujeto
llamado a una herencia

JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO

Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN

El ius repraesentationis es figura ideada por el Derecho romano para atender a los intereses de los descendientes del hijo que premuere a su padre, cuando a la muerte de este concurren a su sucesión intestada con otros parientes de grado más próximo al causante, y por tanto en principio con mejor derecho a su herencia. Pero en los últimos tiempos ha extendido su operatividad a otros supuestos: hijo que no puede heredar por causa de indignidad o desheredación, pero que tiene descendientes que también lo son por tanto del causante, aunque de grado más lejano. Y esto no solo en el ámbito de la sucesión intestada, que era el tradicional, sino también en el de la sucesión testada. Queda todavía, sin embargo, un último supuesto por alcanzar: el caso en que el sujeto inicialmente llamado a una herencia la repudia, teniendo descendientes que también lo son del causante aunque más lejanos, cuando a esa herencia concurren también otros parientes más cercanos. Este trabajo se centra en este supuesto. A resultados del cual se muestra que el derecho de representación es aplicable también a este caso de lege lata en nuestro Derecho actual, se señalan los requisitos para que proceda, y se precisa la medida del mismo.

PALABRAS CLAVE

Derecho de representación sucesoria; operatividad en caso de repudiación de herencia; razones a favor y en contra; requisitos para que proceda; medida de ese derecho en tal caso.

ABSTRACT

The ius repraesentationis is a figure designed by Roman law to attend the interests of the son's descendants in case he dies before his father, when at the death of this one those descendants stand with relatives who have a closer degree of kinship with the deceased, and therefore in principle a better right to his intestated succession. Nevertheless, this figure has in recent times spread its operational capacity to other cases: son who cannot inherit because of dishonesty, or of disinheritance, but that has descendants that are also descendants of the deceased, although in a more distant degree. And this extension of the figure is not regarded exclusively in the area of intestated succession—which was the traditional one—, but also in testated succession. There remains, however, another case to consider, which is the purpose of the present essay: that in which the one initially called to an inheritance repudiates it, having descendants that are also descendants of the deceased but in a more distant degree, and that stand with relatives with a closer degree with the deceased. This essay focuses on this hypothesis. As a result of it, it is shown that this right is also applicable in this case de lege lata in our current law, the requirements for it are identified, and it is settled its measure.

KEYWORDS

Ius repraesentationis; operativeness in case of repudiation of inheritance; reasons in favour and against; requirements for its application; measure of this right in that case.

SUMARIO: 1. Planteamiento de la cuestión.—2. Argumentos en contra de la operatividad del derecho de representación en caso de repudiación del sujeto primeramente llamado a una herencia. 2.1 Objeciones de naturaleza legal-positiva. 2.2 Objeciones de índole dogmática o de principio.—3. Argumentos a favor, y fundamento de la operatividad del derecho de representación en caso de repudiación. Refutación de los argumentos en contra. 3.1 Argumentos de naturaleza legal-positiva. 3.2 Argumentos de principio, o dogmáticos. A) Fundamento del derecho de representación. Necesidad de distinguir supuestos. B) La legítima y su valor en el Código civil, desde la perspectiva del derecho de representación. Derecho de representación en la herencia y derecho de representación en la legítima. Operatividad de este último en caso de repudiación. 3.3 Ponderación y relativización de las objeciones que se aducen en contra de la hipótesis estudiada. A) Objeciones de naturaleza legal-positiva. B) Objeciones de índole dogmática o de principio. 3.4 Conclusiones en este punto.—4. Derecho de representación y repudiación, en caso de sucesión testada. 4.1 Previo: sobre el juego del derecho de representación en la sucesión testamentaria. 4.1.1 Introducción. 4.1.2 Los argumentos de este debate: exposición y valoración de los mismos. A) Argumentos de Derecho positivo. B) Argumento de índole sistemática: la *sedes materiae* del derecho de representación en el Código civil. C) Argumento de índole dogmática: la naturaleza propia del derecho de representación. 4.1.3 Situación tras la reforma del Código civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. El nuevo art. 814.3 Cc: expli-

caciones propuestas sobre él y valoración de las mismas. Nuestra interpretación. A) Que se trata de un verdadero y propio derecho de representación. B) Que se trata de una sustitución vulgar establecida *ex lege*. C) Críticas a las anteriores explicaciones. D) Nuestra interpretación de la norma contenida en el art. 814.3 Cc. 4.2 Derecho de representación y repudiación, en caso de sucesión testada. Nuestra postura. 5. El derecho de representación como expediente hábil en caso de repudiación. Naturaleza jurídica y configuración funcional de aquel. 5.1 La naturaleza jurídica del derecho de representación. A) Exposición sucinta de las explicaciones propuestas, y de las críticas que se han hecho a las mismas. B) Nuestra valoración. Idea que adoptamos. 5.2 Consecuencias que de lo anterior se derivan para nuestro estudio: plena adecuación del derecho de representación en orden a su operatividad en caso de repudiación.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

En el ámbito de la sucesión por causa de muerte, el derecho de representación –así llamado, por razones históricas– es figura utilizada habitualmente en la praxis, y ampliamente conocida por los operadores jurídicos: expediente que en determinados casos permite, a los hijos o descendientes ulteriores de una persona, ocupar su lugar a fin de suceder a otra, cuando aquella no va a heredar a esta.

Como ocurre casi siempre, esta figura es susceptible de ser estudiada desde varias perspectivas. Entre ellas, una de las más frecuentemente empleadas en la doctrina, por su gran repercusión práctica, es la que atiende a su campo de aplicación.

En este sentido tenemos que, en los tiempos modernos, la figura ha ido ampliando su operatividad tradicional. Pues si volvemos la vista al último siglo y medio o dos siglos es fácil advertir una clara tendencia expansiva del derecho de representación, ya que ha venido a aplicarse a supuestos nuevos, distintos de aquel para el que fue originariamente ideado.

En efecto, es un hecho pacíficamente admitido que, en su origen, el hoy llamado derecho de representación fue figura creada por los romanos para dar respuesta aceptable al supuesto conformado por los hijos de una persona que premuere a su padre (abuelo de aquellos), cuando la sucesión de este se defiere más tarde de forma intestada y a ella concurren otros hijos del causante (hermanos del hijo premuerto, y tíos por tanto de aquellos nietos) vivos en ese tiempo. En este caso, habida cuenta que uno de los principios en que se asentaba el sistema sucesorio romano –y así sigue siendo hoy también en el nuestro: art. 921 Cc– era el de preferencia por

proximidad de grado¹, la única forma de hacer que aquellos nietos participaran en la herencia de su abuelo era crear un expediente que les permitiera colocarse *in locum patris sui* y así, al situarse en el mismo grado que los otros hijos del ahora fallecido, pudieran concurrir a esa sucesión *in stirpes* y tomar en ella la misma parte que hubiera correspondido a su padre premuerto².

Esta figura, así pues, fue creada por el Derecho romano como expediente para lograr, en caso de premoriencia de un hijo que a su vez deja hijos, el resultado que por consideraciones sociales, de justicia y de equidad, se estimaba adecuado³.

Y se mantuvo luego en las legislaciones de los distintos pueblos de Europa occidental de raíz romana⁴. Aunque en época del Dere-

¹ *Viciniores gradu ipsi reliquis praeponatur* (Nov. CXVIII, cap. 3, 1).

² *In proprii parentis locum succedere... tantam de hereditate morientis accipientes partem, quantumque sint, quantum eorum parens, si viveret, habuisset* (Nov. CXVIII, cap. 1).

³ Se dice que esta figura, en Roma, estaba ya contemplada incluso en las *XII Tablas*. Sin necesidad de apurar tanto, sí parece incontestable que en el Derecho romano antiguo, y luego en el pretorio, los descendientes *ex filio* venían a la sucesión de su abuelo y recibían la cuota que a su padre (de aquellos) hubiera correspondido, ya fuera en cuanto que *sui heredes* civiles (pues a la muerte de su padre pasaban a quedar bajo la potestad de su abuelo), ya en cuanto que *liberi* (según la clasificación del Edicto). Así llegó hasta los tiempos del emperador Justiniano, que mantuvo la figura, aunque introdujo dos modificaciones de relieve: por un lado, decretó la aplicación de la figura no solo a los descendientes *ex filio* sino también a los descendientes *ex filia* (Inst., lib. III, tit. I, § 6; Nov. CXVIII, cap. I); y por otro lado dispuso además su aplicación también a los hijos de hermanos germanos (*i.e.*, de doble vínculo) (Nov. CXVIII, cap. III). Sobre esto, *vid. TODARO*, «Studi sul diritto di rappresentazione», en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, t. XXXVIII, 1904, pp. 130 y ss.; y *Zoz*, voz *Rappresentazione (Diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVIII, Varese 1987, pp. 627-631.

⁴ En los pueblos de raíz germánica se partía de un sistema distinto. En los primitivos Derechos germánicos, la sucesión por causa de muerte se ordenaba básicamente a través del sistema de parentelas (*Parentelenordnung*), término con el que se hace referencia a grupos de parientes a los cuales –a los grupos, no a quienes los integran– la ley concedía una determinada preferencia, mayor o menor según el caso, en orden a la sucesión de una persona. Luego, dentro de cada grupo, las distintas personas que lo integraban estaban a su vez ordenadas según su grado de parentesco con el causante de la herencia, de forma que el más próximo excluía al más remoto, pero, fuera cual fuera ese grado, las personas que integran una determinada parentela siempre tenían preferencia sobre las personas que integran la parentela siguiente, de forma que hasta agotar enteramente la parentela preferente no se pasaba a la siguiente. Esas parentelas eran: primera, la de los hijos y nietos del causante. Segunda, la de los padres del causante y sus descendientes (hermanos y sobrinos del causante). Tercera, la de los abuelos del causante y sus descendientes (esto es, tíos y primos del causante). Cuarta, bisabuelos y sus descendientes. Y luego otras ulteriores. Con el tiempo, sin embargo, la figura del derecho de representación se fue introduciendo en los Ordenamientos germánicos, aunque inicialmente no fue una incorporación de la figura tal como estaba configurada en el Derecho romano, sino con variantes. En este sentido, explica FICKER que el Derecho germánico admitió una triple operatividad de esa figura, pero que no siempre y en todo supuesto tenía que concurrir: en primer lugar, permitía que un pariente más lejano concurreniera a la sucesión con otros parientes más cercanos al causante de la herencia (derecho de entrada: *Eintrittsrecht*); segundo, confería a determinados herederos la misma preferencia de que gozaba su ascendiente difunto, a quien iban a representar (derecho de preferencia: *Vorfolgerecht*); tercero, disponía que la división de la herencia se hiciera *in stirpes*, no *in capita* (*Stammrecht, Stammteil*) (*Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgermanischen Rechte*, vol. II, part. 1, Innsbruck 1893, núms. 431 y 432, pp. 102-109, cit. por

cho común vino a ser designada con el nombre con que ha llegado hasta nosotros –*ius repraesentationis*, derecho de representación–, a pesar de que el mismo no fue jamás empleado en las fuentes romanas, que solo hablaban de suceder los hijos *in locum patris sui*, *in locum praedefuncti parentis*, u otras similares.

Lo cual no fue una cuestión meramente terminológica, sino reflejo de un modo particular de entender la figura, que tuvo un alcance de gran calado. Pues con esa nueva denominación se expresaba la idea de que la representación sucesoria era una figura en razón de la cual los hijos de una persona vienen a la sucesión de su abuelo, no por vocación propia deferida a ellos sino representando a su padre que no va a suceder, entendido esto en el sentido de que esos representantes ejercitaban un derecho que les habría transmitido su padre premuerto. Lo cual llevaba aparejada una serie de consecuencias no formuladas, al menos de forma explícita, en el Derecho romano; entre otras, que no cabía representar a personas vivas (*viventis non datur repraesentatio*), que no cabía representar al hijo indigno (puesto que a este no corresponden derechos hereditarios), y que no podía representarse a quien hubiera repudiado la herencia⁵.

Sin embargo, en los dos últimos siglos, por obra de la doctrina⁶ y de la propia ley positiva, esta figura ha ido adquiriendo mayor operatividad, extendiéndose a supuestos distintos del de premoriencia.

Así, por ejemplo, se ha establecido su aplicación a los casos de indignidad y desheredación del pariente de grado más próximo que a su vez deja descendientes, lo que rompe con uno de los rasgos más tradicionales de esta figura, expresado en el apotegma antes dicho «*viventis non datur repraesentatio*»⁷. O a supuestos como

FUENMAYOR, «Estirpe única y representación hereditaria», en *Revista de Estudios Jurídicos*, t. IV, octubre-1942, pp. XLI y ss.). Sobre el sistema de parentelas, *vid.* PLANITZ, *Principios de Derecho privado germánico*, trad. esp., Barcelona 1957, pp. 347 y ss.; LEIPOLD, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, ed. 2004, Band 9, ad § 1924, RdNr 1 y 2; FUENMAYOR, «Estirpe única y representación hereditaria», en *Revista de Estudios Jurídicos*, t. IV, 1942, pp. XLI-XLIV; SALVADOR CODERCH, «La sucesión legítima y el sistema de parentelas desde la perspectiva de la reforma del Derecho sucesorio», en *Estudios Jurídicos en honor del Prof. Octavio Pérez-Vitoria*, Barcelona 1983, t. I, pp. 147 y ss.; STORTI, *voz Rappresentazione (Diritto intermedio)*, *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVIII, Varese 1987, pp. 633-634.

⁵ FUENMAYOR, *op. cit.*, pp. XXXIX-XL; CASTÁN, «El derecho de representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria», *RGLJ*, 1942, pp. 158-159; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Preterición y derecho de representación en el artículo 814.3 del Código civil*, Madrid 1991, pp. 31-33.

⁶ Una exposición general de las varias disputas que se produjeron en torno a las consecuencias dichas en el texto puede verse en TODARO, *op. cit.*, pp. 147 y ss.

⁷ En nuestro Código civil, arts. 924, 929, 761 y 857, aunque sus antecedentes se remontan al Proyecto de 1851. En Italia, el art. 734 de su *Codice civile* de 1865 decía que «*Non si rappresentano le persone viventi, eccetto che si tratti di persone assenti o incapaci di succedere*»; y hoy el art. 467 del *Codice* de 1942 dice que «*La rappresentazione fa subentrare i discendenti legittimi o naturali nel luogo e nel grado del loro ascendente*,

los de conmorienca de aquel a quien se va a representar y de aquel a quien se va a suceder, o de declaración de ausencia del llamado en primer lugar, que aunque cercanos no son exactamente coincidentes con el supuesto clásico de premoriencia del primer llamado⁸. O su posible juego en el campo de la sucesión testamentaria,

in tutti i casi in cui questi non può o non vuole accettare l'eredità od il legato». En Portugal el art. 2039 del Código civil de 1966 dice así: «*Dà-se a representação sucessória, quando a lei chama os descendentes de um herdeiro ou legatário a ocupar a posição daquele que não pôde o não quis aceitar a herança ou o legado*». Dentro de España hay disposiciones similares en el Derecho foral aragonés (Ley 1/1999, de Sucesiones por causa de muerte, arts. 21.1, 23.1 y 24.1 –en Aragón el derecho de representación se denomina «sustitución legal»–), en el navarro (Fuero Nuevo, Ley 308) y en el catalán (Ley 40/1991, de Sucesiones por causa de muerte, art. 328). En Francia, en cambio, el art. 744.1 del *Code* establece tajantemente que «*on ne représente pas les personnes vivantes, mais seulement celles qui sont mortes*». La doctrina francesa, sin embargo, critica eso, considerando que responde a premisas antiguas que deberían suprimirse en el Derecho (francés) actual, ya que conduce a consecuencias contrarias a la equidad: *vid.* MAZEAUD (*Leçons de Droit civil*, 4.^a ed. París 1982, t. IV.2, pp. 58-60); FLOUR et SOULEAU (*Les successions*, 3.^a ed. París 1991, pp. 39-40); MARTY et RAYNAUD (*Droit civil. Les successions et les libéralités*, París 1983, pp. 31-32 –discutiendo si la solución podría ser distinta según que el indigno estuviera vivo o no al tiempo de la muerte del causante de la herencia–); COLIN et CAPITANT (*Curso elemental de Derecho civil*, 3.^a ed. trad. esp. Madrid 1986, t. VI, pp. 34-35).

⁸ El caso de la ausencia estaba expresamente previsto en el art. 734 del *Codice* italiano de 1865, transcrito en la nota anterior. Y hoy entre nosotros en el Derecho foral aragonés (arts. 21.1 y 23.1 Ley 1/1999), y en el catalán (art. 328 Ley 40/1991). En el Código civil español no hay previsión paralela en este punto, si bien la doctrina mayoritaria –pero no unánime– admite la representación tanto en el caso de conmorienca como en el de ausencia declarada: *vid.*, entre otros, MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, 4.^a ed., Madrid 1914, t. VII, p. 78; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, Madrid 1948, t. II, p. 264; LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, t. I, *Parte general*, Barcelona 1971, p. 77, nota 1; GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Ederesa, Madrid 1989, t. XIII-1.º, pp. 178-184; MARTÍNEZ-CALCERRADA, *Comentario del Código civil*, dir. por Sierra Gil de la Cuesta, t. 5, Barcelona 2000, pp. 247-250 (aunque este autor tiene un trabajo monográfico más extenso sobre el tema –*La representación en el Derecho sucesorio*, Pamplona 1966– aquí vamos a seguir fundamentalmente aquel, por ser de fecha más reciente); VATTIER, *Comentario del Código civil*, del Ministerio de Justicia, Madrid 1991, t. I, p. 2228. Por nuestra parte entendemos que la postura a este respecto no se puede elaborar considerando ambos supuestos de forma unitaria, pues las circunstancias son distintas en cada uno de ellos.

Así, en caso de conmorienca parece fácil admitir la representación, pues no encuentra obstáculo ninguno para ello. No lo es, en efecto, aunque así lo hayan estimado algunos autores, el art. 33 Cc, pues la falta de transmisión de derechos de una persona a otra es precisamente la circunstancia que da pie a que entre en juego el mecanismo de la representación sucesoria: en este sentido, la conmorienca se asimila plenamente a la premoriencia. Y aunque no esté contemplada de forma explícita en los arts. 924-929 Cc, puede encajarse sin ningún problema en el art. 924 Cc, que admite la representación si el sujeto llamado en principio a una sucesión viviera o hubiera podido heredar.

En el supuesto de la ausencia, sin embargo, la cuestión es más complicada. Desde luego, en términos de equidad, negar la representación lleva a un resultado difícil de aceptar. Sin embargo, el problema surge en el plano positivo, por una combinación de factores: *a*) que en nuestro Derecho el ausente es persona que legalmente no se considera fallecida, aunque haya dudas al respecto (lo cual choca con la regla «*viventis...*»); *b*) que nuestro Código no contempla este caso como determinante de representación; *c*) que hay en el Código un precepto que contempla expresamente el caso aquí considerado, y ese precepto, al menos tomado literalmente, dista de ofrecer fácil encaje al expediente de la representación. Se trata del art. 191 Cc, que dice que «... abierta una sucesión a la que estuviere llamado un ausente, acrecerá la parte de este a sus coherederos, al no haber persona con derecho propio para reclamarla» (la expresión «al no haber...» no es inequívoca en este

lo que supone también romper con otro de los criterios tradicionales en tema de representación, que circunscribía su operatividad a los casos de sucesión intestada⁹.

Así las cosas puede entonces decirse que, aunque con mayor o menor aceptación según el caso, el derecho de representación ha ido con el tiempo extendiendo su campo de actuación a supuestos nuevos, distintos de aquel para el que fue originariamente ideado.

El último baluarte por conquistar en esa corriente expansiva es el caso del inicialmente llamado a una herencia que sin embargo decide no aceptarla sino repudiarla. Que es, precisamente, el que va a centrar nuestro estudio.

El supuesto discutido es el siguiente: un sujeto, A, tiene dos hijos, B y C, y este último es a su vez padre de un hijo, D (nieto por tanto de A). Si muere A, y C decide repudiar la parte que le corresponde en la herencia de su padre, ¿recibirá algo D en la herencia de A, o irá a parar toda a las manos de B?

Una interrogante semejante se plantea en el caso del sujeto que es padre de dos hijos, cada uno de los cuales tiene a su vez descendientes, y al tiempo de morir aquel uno de sus hijos ya le ha premuerto y el otro hijo repudia en forma legal la parte que en esa herencia le correspondiera. En este supuesto los hijos del hijo premuerto es claro que concurrirán a la herencia del abuelo (por representación, ocupando el lugar de su padre), pero ¿y los hijos del hijo repudiante? ¿Recibirán algo, o toda la herencia pasará a los nietos de la otra estirpe?

Tanto en un ejemplo como en otro, si no se admite el juego del derecho de representación los hijos del repudiante no podrán concurrir a la herencia del abuelo, pues eso solo lo pueden hacer a través de ese expediente.

La pregunta entonces es la siguiente: ¿es posible en tales casos que los descendientes del repudiante concurren a la sucesión del

sentido). Por todo esto, aun admitiendo que la propuesta de la doctrina mayoritaria no carece de razón de ser, nos parece también que su afirmación rotunda es discutible en el plano *de lege lata*. En Francia, el supuesto de la ausencia no estaba inicialmente regulado en el *Code*, lo que suscitaba dudas, que parecen sin embargo haberse resuelto en sentido favorable a la representación tras la ley 28-12-1977: *vid.* FLOUR et SOULEAU, *op. cit.*, p. 39; MARTY et RAYNAUD, *op. cit.*, p. 47; y MAZEAUD, *op. cit.*, p. 72.

⁹ En Italia, art. 467.2 del *Codice*-1942: «*Si ha rappresentazione nella successione testamentaria quando il testatore non ha provveduto per il caso in cui l'istituto non possa o non voglia accettare l'eredità o il legato, e sempre che non si tratti di legato di usufrutto o di altro diritto di natura personale*». En Portugal, el art. 2040 de su vigente *Código* dispone que «*A representação tanto se dá na sucessão legal como na testamentária, mas com as restrições constantes dos artigos seguintes*». En el Derecho foral aragonés, el art. 20.1 de la Ley 1/1999 dispone que «*la sustitución legal puede darse en la sucesión voluntaria y en la legal, así como en la legítima*». En Navarra, la Ley 309.2 del Fuero Nuevo establece que «*a falta de disposición del causante, el derecho de representación se dará tanto en la sucesión legal como en la voluntaria*».

causante de esa herencia en representación del repudiante, o no? Hoy no parece plausible desde ninguna perspectiva –ni lógica, ni sociológica, ni de equidad– que la negativa de un sujeto a aceptar la herencia que a él ha sido deferida primeramente se erija en obstáculo que cierre, siempre y necesariamente, el paso de la misma a sus hijos y descendientes (a la estirpe de la que él es cabeza, se suele decir también). Hoy se considera generalmente que lo justo y equitativo es lo primero. Pero aunque eso sea así desde esas perspectivas, ¿lo es también desde la perspectiva jurídica?

En el terreno del Derecho Comparado tenemos que, en nuestro entorno, esa posibilidad ha sido admitida ya a nivel positivo en algunos países¹⁰.

¹⁰ Así en Italia, cuyo *Codice* de 1942 establece en su art. 467.1 que «*La rappresentazione fa subentrare i discendenti legittimi o naturali nel luogo e nel grado del loro ascendente, in tutti i casi in cui questi non può o non vuole accettare l'eredità od il legato*». En Portugal, el Código civil actual establece en su art. 2039 que «*Dá-se a representação sucessória, quando a lei chama os descendentes de um herdeiro ou legatário a ocupar a posição daquele que não pôde ou não quis aceitar a herança ou legado*». Dentro de España, en Aragón la Compilación de Derecho foral de Aragón de 1967 establecía en su art. 141 que «salvo previsión en contrario del causante o causahabiente, en su caso, al heredero o legitimario premuerto o incapaz de heredar o renunciante a la herencia le sustituirán en la porción correspondiente sus hijos o ulteriores descendientes», aunque hoy la Ley 1/1999 (art. 26) ha invertido la norma. En Alemania, aunque la situación de partida es distinta, por ser Ordenamiento de raíz germánica, el tratamiento jurídico de este caso se orienta también en este sentido: así resulta de la interpretación conjunta de los §§ 1935, 1924 y 1953 B.G.B. Pues en el § 1935 se establece que «Si falla un heredero legítimo antes o después de la muerte del causante... se incrementa a consecuencia de ello la porción hereditaria de otros herederos legítimos...» (*Fällt ein gesetzlicher Erbe vor oder nach dem Erbfall weg... erhöht sich infolgedessen der Erbteil eines anderen gesetzlichen Erben...*). Pero en el § 1924.3 se dice que «En la posición de un descendiente que ya no vive al tiempo de la muerte del causante, entran los descendientes emparentados con el causante a través de él (sucesión por estirpes)» [*An die Stelle eines zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebenden Abkömmlings treten die durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge (Erbfolge nach Stämmen)*]. Y en el § 1953 (núms. 1 y 2) se dispone que «Si la herencia es repudiada, la adquisición provisional a favor del repudiante vale como no ocurrida. La herencia se defiende a aquel que estaría llamado si el repudiante no hubiese vivido al tiempo de la muerte del causante; la adquisición provisional vale como ocurrida con la muerte del causante» (*Wird die Erbschaft ausgeschlagen, so gilt der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt. Die Erbschaft fällt demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls nicht gelabt hätte; der Anfall gilt als mit dem Erbfall erfolgt*). Es decir, que el § 1935, como regla de partida, niega la representación al disponer que la cuota del repudiante acrecerá a los coherederos, pero luego en esos otros párrafos prevé excepciones a esa regla, siendo así que esa excepción en principio es única (§ 1924: premoriencia), pero luego se asimila a ella el caso de la repudiación (§ 1953). Sobre esos preceptos, *vid.* LEIPOLD, *op. cit.*, ad § 1924 (principalmente RdNr 1, 2, 28 y 29) y § 1953 (principalmente RdNr 1, 7, 9 y 10); WERNER, en *Staudingers Kommentar zum BGB*, 12.^a ed. Berlín 1989, ad § 1924 (núms. 14, 17, 18 y 19); OTTE y MAROTZKE, también en *Staudingers Kommentar zum BGB*, 12.^a ed. Berlín 1989, ad § 1953, quienes en el núm. 1 de ese párrafo afirman que «*dies gilt sowohl für den Fall der gesetzlichen als auch den der gewillkürten Erbfolge*».

Así pues, hoy, entre los principales Ordenamientos de nuestro entorno la negativa tradicional se mantiene únicamente en Francia: *vid.* art. 754 del *Code civil*, en el que se establece que «*On représente les prédécédés, on ne représente pas les renoncants*». O el art. 787 *Code*: «*On ne vient jamais par représentation d'un héritier qui a renoncé: si le renonçant est seul héritier de son degré ou si tous ses cohéritiers renoncent, les enfants*

¿Cuál es la situación en nuestro actual Derecho civil común?
 ¿Tiene entre nosotros juego el derecho de representación también en este caso, o por el contrario en nuestro Derecho actualmente vigente esa hipótesis se encuentra impedida?

De lege ferenda, aunque no puede hablarse de opinión pacífica, parece conforme con la realidad decir que existe en este punto un parecer relativamente extendido en el sentido de que la exclusión del derecho de representación en ese supuesto carece hoy de justificación, y que responde solo a razones históricas ya superadas¹¹.

En el plano *de lege lata*, sin embargo, nuestra doctrina mayoritaria se muestra contraria a admitir la hipótesis planteada¹².

Pero ¿son realmente así las cosas? En términos generales, la idea de que no se trata de una pretensión carente de razón de ser y de lógica jurídica se hace evidente al considerar la existencia en nuestro entorno de Ordenamientos que sí admiten la hipótesis planteada. ¿Se trata entonces de una pretensión que en nuestro Ordenamiento se ve impedida por razones de principio particulares de

viennent de leur chef et succèdent per tête». En nuestros Derechos forales la negativa se dispone hoy en Aragón (art. 26 Ley 1/1999) y en Navarra (Ley 311 del Fuero Nuevo).

¹¹ MARTÍNEZ-CALCERRADA, *op. cit.*, pp. 219 y ss.; CASTÁN, *op. cit.*, p. 159; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, 4.^a ed. Barcelona 1991, t. V.3, p. 302; GORDILLO, en *Comentario del Código civil*, del Ministerio de Justicia, Madrid 1991, t. I, ad art. 766, p. 1881; también hoy VATTIER, «El derecho de representación», en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil, Murcia 2006, pp. 543-548 (aunque en su obra monográfica *El derecho de representación en la sucesión mortis causa*, Madrid, que es de 1986, se mostraba contrario a ello, por la propia naturaleza de la figura). Vid. también, aunque *de lege ferenda*, STS. 27-11-1992 [R.J. 9597/1992]. Muy clara en este sentido es la *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile italiano* de 1942 (Roma, 1943), que dice (n.º 234, pp. 150-151) que «l'istituto della rappresentazione ha avuto nel Codice una disciplina più compiuta di quella che aveva nel progetto, perché ho ammesso la possibilità di rappresentazione anche nel caso di rinuncia. Il sistema tradizionale, che escludeva la rappresentazione in questo caso, aveva una giustificazione meramente storica». Y añade el siguiente razonamiento: «In verità, considerando la sostanza delle cose, sotto il punto di vista dell'opportunità pratica e dell'equità non è giustificata la diversità dei risultati ai quali può dar luogo la rinuncia, a seconda che il rinunciante sia solo nel grado o abbia altri concorrenti. Si pensi al caso di due figli... aventi ulteriori discendenti. Se uno dei figli rinuncia alla successione del padre, la sua quota si accresce all'altro fratello e restano esclusi i discendenti del rinunciante. Si pensi invece all'altro caso che il figlio chiamato alla successione sia uno solo. Se egli rinuncia, i suoi discendenti succedono per diritto proprio. Ora non si spiega la diversità degli effetti della rinuncia nei due casi. O la rinuncia deve pregiudicare tutti gli appartenenti alla stirpe, e allora, anche quando il figlio rinunciante sia unico, i suoi discendenti dovrebbero essere esclusi dalla successione; o la rinuncia non deve portare pregiudizio ai discendenti, e allora questi devono succedere anche se il rinunciante ha altri concorrenti nel suo grado».

¹² En algunos casos, los autores que *de lege lata* dicen no compartir esta idea –v. gr., VATTIER, *El derecho de representación en la sucesión mortis causa* cit.– nos parece que llegan a ese resultado forzados por las premisas que previamente han ido estableciendo en su construcción (más adelante: *infra* 5, explicaremos esto). Prueba de lo dicho es que, como hemos apuntado en la nota anterior, VATTIER hoy se muestra favorable a ello *de lege ferenda*, sin que a ello obste la naturaleza y configuración estructural del mismo, que en su día parecía constituir –al decir de este autor– la razón de ser de dicho obstáculo.

nuestro Derecho sucesorio, o por razones de tipo legal-positivo? Y si es solo una cuestión de tipo legal-positivo, ¿sería oportuno modificar esas concretas normas? O incluso, ¿cabría dar a las mismas una interpretación distinta, que permita concluir con un entendimiento de la situación también distinto?

A estas preguntas nos proponemos dar respuesta en este trabajo. Para lo cual resulta necesario analizar de forma global esa hipótesis.

Pasamos pues, una vez hecha esta introducción, a elencar las razones que se aducen en contra de la operatividad de la figura en ese caso, así como también las que se esgrimen a favor, para luego proceder a su valoración.

2. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA OPERATIVIDAD DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN CASO DE REPUDIACIÓN DEL SUJETO PRIMERAMENTE LLAMADO A UNA HERENCIA

Pretendemos aquí recopilar los argumentos que en nuestro Derecho actual se aducen en contra de la operatividad del derecho de representación en caso de repudiación del sujeto llamado a una herencia. Advirtiéndole que ahora vamos simplemente a apuntarlos, dejando su valoración para más adelante¹³, pues para ser posible esa valoración es preciso contar con otros datos, que habremos por tanto de considerar previamente.

Para proceder con un cierto orden en la exposición, nos parece conveniente separar esos argumentos en dos apartados, uno para recoger las objeciones de naturaleza legal-positiva, el otro para las consideraciones que presentan índole más dogmática.

2.1 Objeciones de naturaleza legal-positiva

Los preceptos del Código civil de los que resultan estas objeciones (en el entendimiento que de ellos tienen quienes los aducen en este sentido, claro está) son los siguientes¹⁴:

¹³ Vid. *infra* punto 3.3 del trabajo.

¹⁴ Puesto que el rechazo a la hipótesis planteada, en el plano *de lege lata*, es hoy entre nosotros postura absolutamente dominante, entendemos que no es necesaria una cita exhaustiva de autores o de jurisprudencia para corroborarla, sino que basta con exponer con algún detalle los pilares positivos en que la misma se sustenta y hacer aquí solo una indicación general a título ilustrativo, salvo cuando convenga una referencia puntual por su especial relevancia. En el sentido dicho, *vid.* MORELL: «¿Heredan los nietos por representación en caso de renuncia del padre?», *RGLJ*. 1905, pp. 343-352; MANRESA, *op. cit.*, pp. 53 y ss; LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, t. I, *Parte general*, Barcelona 1971, p. 77; GUILARTE

a) Art. 924 Cc: «*Llámanse derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar*».

Es este el precepto con que nuestro Código abre la sección que dedica específicamente a la regulación del derecho de representación (Libro III, Título III, Capítulo III, Sección Tercera). Del cual destaca, por lo que aquí interesa, que el juego de esta representación se supedita al acaecimiento de una de las dos circunstancias siguientes: que la persona a quien se pretende representar no viva, o no pueda heredar, cuando la sucesión de otra persona se abre y los llamamientos a la misma se hacen actuales y efectivos.

La primera circunstancia –la premoriencia de quien hubiera sido llamado a esa sucesión de forma preferente, por su mayor proximidad de parentesco con el causante– es la que configura el supuesto originario y tradicional de representación, y por su claridad no precisa comentario.

La segunda circunstancia –que la persona en cuestión no hubiera podido heredar–, en cambio, no es tan inequívoca, por lo que para su concreción requiere el desenvolvimiento de alguna actividad hermenéutica. No es esta, ahora bien, estrictamente necesaria en este momento: aquí basta con destacar que el supuesto de quien repudia no parece encajable ahí, pues repudiación significa que un sujeto que estaba llamado a una herencia, pudo efectivamente aceptarla y, sin embargo, no quiso. Esto es lo que arguyen quienes aducen este precepto en contra de la hipótesis objeto de estudio en este trabajo.

b) Art. 929 Cc: «*No podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad*».

Este precepto del Código civil es novedad radical, a nivel de ley positiva, en nuestro Derecho¹⁵. Pues con su introducción el tradicional aforismo «*viventis non datur repraesentatio*» dejó de ser regla, al menos absoluta, en nuestro Derecho.

Con este artículo parece que viene el Código a explicitar lo dispuesto en el inciso final del art. 924 Cc: «... *o hubiera podido here-*

ZAPATERO, *op. cit.*, pp. 105-106, 111-116, 122-123, 173-175, 216-218; MARTÍNEZ-CALCERRADA, *op. cit.*, pp. 219-226. En la jurisprudencia reciente, *vid.* la STS 27-11-1992, FD 4.º (RJ 9597/1992).

¹⁵ Su antecedente, pero prelegislativo, se encuentra en el Proyecto de GARCÍA GOYENA: art. 758: «*No se puede representar a una persona viva, salvo los casos designados en los artículos 623 y 673*». Los arts. 623 y 673, a los que se remitía, decían así. Art. 623: «*Si el excluido de la herencia por indignidad o incapacidad es hijo o descendiente del testador, y tiene hijos o descendientes, tendrán estos derecho a la legítima del excluido, en el caso de haber otros herederos testamentarios*». Art. 673: «*Los hijos del desheredado que sobrevive al testador, ocupan su lugar y derechos de herederos forzosos respecto a la legítima, sin que el padre desheredado tenga el usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden*».

dar». En efecto, este inciso, que antes decíamos requiere de una cierta interpretación a fin de precisar su alcance, parece que queda concretado a los casos que en el art. 929 se señalan: incapacidad (que en esta materia es pacíficamente admitido debe entenderse como indignidad) o desheredación del llamado de grado preferente. Esto puede además entenderse confirmado por lo dispuesto en los arts. 761 y 857 Cc.

Lo que se concluye significa, desde la óptica que aquí interesa, que la repudiación del sujeto primeramente llamado a una sucesión no está contemplada en nuestro Derecho como excepción admitida a la regla tradicional «*viventis...*», y no permite por tanto el juego de la representación a favor de los hijos y descendientes del repudiante.

c) Arts. 922 y 981 Cc: «*Si hubiere varios parientes de un mismo grado, y alguno o algunos no quisieren o no pudieren suceder; su parte acrecerá a los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar*», dice el primero de esos preceptos; el segundo, por su parte, establece que «*en las sucesiones legítimas la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre a los coherederos*».

El art. 922 Cc es norma que combina una doble proposición relevante a nuestros efectos. Pues principia diciendo que si de los parientes primeramente llamados a una herencia, alguno o algunos —esto es, no todos— no quisiere o no pudiere suceder, su parte acrecerá a los demás que hubiere del mismo grado —lo que parece que excluye el juego del derecho de representación—, pero luego en el inciso final deja abierto un portillo al mismo, al decir que eso será así salvo cuando deba tener lugar el derecho de representación. El precepto, por tanto, no es diáfano en este sentido, ya que del mismo no resulta cuándo tiene lugar el derecho de representación que excluye el acrecimiento.

Es necesario, pues, acudir al auxilio que puedan proporcionar otros artículos. En este sentido, uno de los más socorridos y utilizados es el art. 981 Cc. En efecto, a la vista de su tenor literal se considera por la común doctrina que este precepto, aunque pueda ser susceptible de críticas por otras razones¹⁶, en lo que hace al

¹⁶ V. gr., porque la repudiación no es el único supuesto determinante del acrecimiento, ya que también se da en los casos de premoriencia o indignidad cuando no proceda el derecho de representación. En cuanto a la razón de que en el art. 981 Cc no se contemplen esos otros casos como eventuales (*i.e.*, no siempre, pero sí posibles) determinantes de acrecimiento, GUILARTE ZAPATERO (*op. cit.*, pp. 112-115) considera que la explicación es distinta, según se trate de un caso u otro. La omisión de la indignidad considera es debida a un mero olvido del legislador. En el caso de la premoriencia, la explicación es más elaborada. Esa explicación pasa por entender que en la sucesión intestada, a diferencia de lo que ocurre en la testamentaria (por eso el art. 982.2 Cc sí contempla este caso), no hay llamamiento previo a la muerte del causante sino simultáneo a esta, lo que justifica que en caso de premoriencia de alguno de los parientes que por su grado hubieran sido llamados a heredar

tema aquí considerado resulta muy claro, pues al establecer como solución única (*siempre*) el acrecimiento excluye la representación (que queda entonces para el caso de que los parientes no pudieren suceder).

Concluyéndose entonces que si para la concreción del art. 922 Cc es necesario acudir a otros preceptos y proceder a una interpretación sistemática, el art. 981 Cc sirve plenamente a ese fin y posibilita la debida inteligencia de aquel, la cual resulta además conforme con el entendimiento tradicional y dominante en este punto, esto es, que en caso de repudiación de uno de los varios parientes primeramente llamados a una herencia el derecho de representación no tiene lugar, sino que su parte acrecerá a los demás del mismo grado.

d) Art. 923 Cc: «*Repudiando una herencia el pariente más próximo, si es solo, o, si fueren varios, todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante*».

Se trata de uno de los principales preceptos de referencia en este tema, pues es el que más directamente contempla el caso estudiado, y su tenor literal, al menos a primera vista, es llamativamente contundente.

En cuanto a su supuesto de hecho, se advierten en él dos diferencias con respecto al art. 922 Cc: una, que no contempla el caso de parientes que no pueden suceder, sino solo el caso de parientes que no quieren hacerlo, esto es, que repudian; y otra, que aquí la norma pide que no sean solo alguno o algunos los parientes de grado más próximo que no quieran suceder, sino que sean todos los que haya los que repudien la herencia que les ha sido deferida.

Pues bien, siendo ese el supuesto de hecho previsto en el art. 923 Cc, la consecuencia jurídica que se le señala parece, al menos en principio y en el terreno literal, inequívoca: «*heredarán los [parientes] del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante*». A la vista de

en primer lugar no se produzca delación a su favor y no se origine por tanto porción vacante que redirigir. En este caso piensa que la herencia es deferida solo a los parientes que son efectivamente llamados a la misma por estar vivos al tiempo de la apertura de la sucesión, sin tener en cuenta a los parientes premuertos, no habiendo entonces necesidad ninguna de plantear el tema del acrecimiento. ALBALADEJO (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, Madrid, 1998, t. XIII-2, pp. 424-426), por su parte, aunque considera correcta en pura lógica la explicación anterior, entiende sin embargo que no es la que el Código sigue, pues según dice, en este supuesto para el Código hay identidad de razón entre sucesión intestada y sucesión testada, por lo que debe concluirse que también hay llamamiento en la sucesión intestada en este caso. Por ello, ALBALADEJO explica lo dispuesto en el art. 981 Cc diciendo que la referencia exclusiva que en él se hace a la repudiación, omitiendo los casos de premoriencia e indignidad, se debe a que, a diferencia de lo que ocurre en aquel, en estos últimos cabe todavía el derecho de representación, cuando concurren algunas otras circunstancias, por lo que el acrecimiento es en ellos solo una posibilidad, no una solución forzosa e imperativa.

lo cual se concluye que la posición de nuestro legislador en este tema es clara, estableciendo taxativamente que la sucesión a favor de los parientes del grado siguiente, que se afirma, no tendrá lugar sin embargo a través del expediente de la representación sino por derecho propio¹⁷.

Esto, además, según un parecer relativamente extendido entre nuestros autores, permite explicar el distinto tenor literal de los arts. 932 y 933 Cc. El primero de ellos dice que «*los hijos del difunto le heredarán siempre por su derecho propio...*»; el segundo, que «*los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación...*». De donde resulta que los hijos del causante de una herencia, descendientes de primer grado, pueden recibirla o no según el caso y las circunstancias, pero que en el supuesto de hacerlo lo harán *siempre por derecho propio*, nunca por derecho de representación. Los nietos –descendientes de segundo o ulterior grado–, en cambio, *no* se dice que *heredarán siempre por derecho de representación*, como sin embargo cabría pensar en base a una contraposición fácil. ¿A qué se debe esto? Según la explicación sostenida por un sector de la doctrina, la razón es que los nietos (o ulteriores descendientes del causante de la herencia), aunque en la mayoría de las ocasiones concurrirán a esa herencia en representación de su padre, no siempre, sin embargo, lo harán así¹⁸. Esto ocurrirá, precisamente, en caso de que el padre o padres o ascendientes del mismo grado que hubieran sido llamados primeramente a esa herencia la repudien (todos): en esta tesitura, aunque los nietos vengan a esa herencia y la reciban, no será por medio del expediente de la representación sino, según lo que antes hemos visto, por su propio derecho¹⁹. He aquí, se dice, por qué el legislador ha omitido en el art. 933 Cc la palabra «*siempre*», que sin embargo emplea en el precepto inmediato anterior.

2.2 Objeciones de índole dogmática o de principio

Agrupamos en este apartado las varias consideraciones que se aducen en contra del derecho de representación en caso de repudia-

¹⁷ El origen y significado de la expresión «por derecho propio» es de carácter fundamentalmente histórico. No es necesario aquí, sin embargo, entrar en esto: basta destacar que, según este artículo, no será por derecho de representación.

¹⁸ *Vid.*, por todos, MANRESA, *op. cit.*, p. 100; SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado*, 4.^a ed., 1900, t. XVI, pp. 306 y ss; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, 2.^a ed., Madrid, 1910, t. VI.3, pp. 1694 y ss.

¹⁹ Así lo afirma también GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, Madrid, 1863, t. III, pp. 589-590, quien sin embargo consideraba en este sentido, junto al caso de la renuncia, también el de indignidad del llamado, lo cual es significativo de que, en la época que él escribía, la ampliación del derecho de representación propuesta en el Proyecto de 1851 no era todavía más que eso, una propuesta, y novedosa.

ción y que tienen en común el no estar sustentadas en datos de índole legal-positiva. Aunque advertimos que no son todas de la misma naturaleza, pues unas son de estricto orden técnico-jurídico mientras que otras pueden calificarse como más sentimentales.

a) Que el descendiente primeramente llamado, al repudiar la herencia a él deferida ha hecho uso de su derecho (aunque en sentido negativo), por lo que es la propia esencia del *ius delationis* la que excluye la operatividad del derecho de representación en este caso.

Para explicar esta objeción, lo mejor es transcribir las palabras de quienes así piensan. «¿Por qué el art. 929... –se pregunta uno de los sostenedores de esta idea– no ha incluido entre sus excepciones el caso de repudiación de herencia? (...) ¿Por qué esta diferencia? ¿Es eso justo?» Y se contesta del modo siguiente: «Nuestro Código se atiene al rigor de los principios. En los casos de incapacidad o desheredación, la ley presume que el pariente no existe a los efectos de la sucesión: ¿por qué no presume lo mismo en caso de renuncia? Porque en aquellos casos resultaría castigada una posteridad inocente (...). En caso de renuncia, las circunstancias son distintas; la ley no puede presumir que no existe un pariente que, dando pruebas de su existencia, se presenta a renunciar el derecho que la misma ley le concede. Se ha hecho uso del derecho, y al ejercitarlo el padre, no es la ley, es el mismo padre el que desposee a sus hijos. Estos ya no pueden representarle en aquella herencia, porque el padre la renunció voluntariamente en uso de su derecho, y nadie puede transmitir lo que no tiene»²⁰.

En una línea similar, el resultado señalado se ha venido a justificar en los últimos tiempos con una explicación más técnica. La razón de que la repudiación excluya el derecho de representación, se ha dicho, radica en que, «verificada la repudiación... se agota o consume el llamamiento hereditario deferido al representado, lo que impide que el *ius delationis* pueda pasar a los representantes; la herencia del *de cuius* no es en esta hipótesis una herencia deferida sino que ha entrado ya en la fase definitiva de herencia repudiada, con lo que no se da el presupuesto necesario para que pueda operar... el derecho de representación»²¹. «El fundamento de la solución que incorpora el Código –se ha dicho también–... técnicamen-

²⁰ MANRESA, *op. cit.*, pp. 79-80. Una explicación prácticamente igual –incluso en su literalidad, lo que lleva a concluir que uno la tomó del otro, si bien no hemos podido averiguar cuál fue primero en el tiempo– la ofrece MORELL, *op. cit.*, pp. 343-344. También DE DIEGO (*Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, 1932, t. III, p. 290); ROCA SASTRE (*Estudios de Derecho Privado cit.*, pp. 283-284), y VATTIER (*El derecho de representación en la sucesión mortis causa cit.*, pp. 256-257).

²¹ VATTIER, *El derecho de representación en la sucesión mortis causa cit.*, p. 256.

te radica en la propia esencia, finalidad y funcionamiento del *ius delationis*; en su virtud, se faculta al heredero llamado para que acepte o repudie la herencia, y cualquiera que sea el sentido de la declaración de voluntad del titular de aquélla, la consume y extingue. Frente a lo que expresa... con escasa fortuna el artículo 924, cuando se refiere a todos los derechos que la persona tendría *si viviera o hubiera podido heredar*, con una alusión clara y evidente a derechos no ejercitados, en la hipótesis de la renuncia, este [el *ius delationis*] lo ha sido por quien aparece legitimado para ello, con la consiguiente consecuencia de extinguirlo para él y sus descendientes...»²². La representación sucesoria, se nos dice luego, «nace con el fin de evitar, en casos muy concretos, el funcionamiento del principio de exclusión por la proximidad de grado y facilitar que los descendientes de quien no pudo beneficiarse del ejercicio de un derecho que, cuando murió, no existía, no se vean perjudicados por una situación que se considera injusta y contraria a la naturaleza de las cosas y que, de haber vivido el premuerto, no se habría dado. Mientras que en el caso de la renuncia, el legitimado para aceptar por ser titular del *ius delationis* se encuentra en condiciones de impedir que dicha situación se produzca. Si renuncia, en el ejercicio legítimo de la facultad que le corresponde, es porque vive y ha podido heredar»²³.

En resumen: que el derecho de representación no puede tener operatividad en caso de repudiación, porque el no suceder del primer llamado se produce a resultas de una decisión suya enteramente voluntaria, ya que el sujeto que repudió una herencia pudo aceptarla, si así lo hubiera querido.

b) Que los supuestos de representación de persona viva admitidos en el Código civil –indignidad (art. 761) y desheredación (art. 857)– tienen carácter excepcional, por lo que son de interpretación restrictiva.

Es otro de los argumentos que se emplean en este tema. Se parte de la premisa de que en nuestro Derecho histórico no se admitió nunca la representación en caso de persona viva, cual es (entre otros) el caso del repudiante.

Y sobre esa base, se considera entonces que los supuestos admitidos en ese sentido en nuestro Derecho actual –indignidad o desheredación del pariente de grado más próximo– vienen establecidos en normas de carácter excepcional, y por tanto que las mismas han de ser objeto de interpretación restrictiva, no pudiendo

²² GUILARTE, *op. cit.*, pp. 175-176.

²³ GUILARTE, *op. cit.*, p. 176.

extenderse bajo ningún concepto al caso de repudiación, pues en relación con este no hay base positiva en que fundamentarlo²⁴.

c) Que en caso de indignidad o desheredación la razón de que el descendiente de grado más próximo no herede es una falta que, por ser personal suya, no debe repercutir en sus descendientes, mientras que en caso de repudiación no se da esa circunstancia.

Parece oportuno comenzar aquí apuntando la idea que movió a García Goyena a apartarse de la regla tradicional (*viventis non datur repraesentatio*) y a proponer su derogación parcial, introduciendo en el Proyecto de 1851 dos excepciones sobre las que hoy no hay discusión en cuanto a su vigencia y operatividad: los casos de indignidad y desheredación del pariente de grado más próximo. En este sentido, la exposición de su pensamiento es fácil: la representación a favor de los descendientes del hijo indigno o desheredado, decía García Goyena, aunque sea contraria al Derecho romano y al Derecho histórico patrio debe admitirse, por ser «muy conforme a equidad y justicia» así como a razones de humanidad, pues en esos casos «la falta es personal [del padre], y no debe dañar al inocente [sus hijos y descendientes]»²⁵.

A esta idea, mantenida en lo esencial, se han añadido luego, en algunos casos, consideraciones o reflexiones de tono más sentimental. «El hijo indigno o desheredado –se ha dicho en este sentido– se ha enajenado justamente el cariño de sus padres, ha muerto para ellos; la ley o la voluntad paterna le privan de la herencia; pero ¿qué culpa tienen los hijos de ese hijo para ser envueltos en la misma causa de desafección y en el mismo castigo? Antes al contrario, el abuelo debe quererles aún más, por pesar sobre ellos la desgracia de tener tal padre. Excluirlos de la herencia, equivaldría a considerarlos también como indignos o desheredados, a imponer castigo sobre una posteridad inocente, y por eso nuestro Código... iguala la desheredación y la incapacidad con la muerte, y concede derecho de representación a los hijos del indigno y del desheredado»²⁶. «El derecho de representación –se ha escrito también– tiene... lugar cuando la persona a quien ha de representarse no existe real o legalmente, o sea en caso de muerte o presunción de muerte, y en caso de incapacidad, indignidad o desheredación. En esto no existe duda alguna: el hijo desheredado y el hermano indigno no existen ante la ley que les castiga con una privación del

²⁴ Vid. MANRESA, *op. cit.*, p. 54; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, 2.^a ed., Madrid, 1910, t. VI.3, p. 1708; DE DIEGO, *op. cit.*, pp. 288-289; CÁMARA, *op. cit.*, p. 35; MENA-BERNAL, *La indignidad para suceder*, Valencia, 1995, p. 118.

²⁵ *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, t. II, arts. 623 y 673, pp. 74 s y 119 s. Recoge y hace suya esta razón, *de lege ferenda* (en su día), GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 412.

²⁶ MANRESA, *op. cit.*, pp. 77-78.

derecho de suceder, y su puesto, como en el caso de muerte, lo ocupan sus inocentes hijos»²⁷.

Pues bien, frente a esta idea se destaca que en caso de repudiación no se da la circunstancia referida –que la causa de que el llamado en primer lugar se vea privado de heredar sea una falta personal suya e imputable solo a él, por lo que no debe trascender a sus descendientes–, y por consecuencia se considera está justificado y hace bien el Código en no admitir entonces la representación.

d) Que el repudiante es jefe de su estirpe, por lo que los efectos de su actuación (repudiación) trascienden a esta.

La postura contraria a la hipótesis que estamos estudiando se ha justificado también, a veces, con un argumento muy plástico e intuitivo: que el padre es en cierta forma jefe de su estirpe, y por tanto que «al ejercitar su opción hereditaria en sentido negativo, actúa como tal jefe, y renuncia a la sucesión para sí y los suyos»²⁸. Desde otra perspectiva, se ha dicho también que «el repudiante, de ordinario, trata de desprenderse de la herencia para él y los suyos, acaso porque el acervo es aleatorio y se halla peligrosamente cercano a la insolvencia o comporta problemas para cuya solución no se halla preparado el llamado a la sucesión: tanto menos sus descendientes»²⁹.

Llegados aquí puede darse por realizada la exposición de los argumentos, tanto de naturaleza legal-positiva como de orden dogmático o de principio, que entre nosotros se acostumbra a considerar sustentan el rechazo al juego del derecho de representación en caso de repudiación del llamado de grado preferente.

A la vista de los cuales, nuestra común doctrina concluye que la repudiación es un supuesto en el que el derecho de representación no puede jugar en nuestro Ordenamiento.

3. ARGUMENTOS A FAVOR, Y FUNDAMENTO DE LA OPERATIVIDAD DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN CASO DE REPUDIACIÓN. REFUTACIÓN DE LOS ARGUMENTOS EN CONTRA

Pasamos en este punto a considerar las razones, tanto a nivel positivo como de principio, que permiten afirmar en nuestro Dere-

²⁷ MORELL, *op. cit.*, p. 343; SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 260.

²⁸ LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, t. I, *Parte general*, Barcelona 1971, p. 77.

²⁹ VATTIER, *El derecho de representación en la sucesión mortis causa*, cit., p. 12. También MORELL, quien dice que «ni aun en el terreno de la conmiseración es la idea [de admitir el derecho de representación en caso de repudiación] defendible, porque cuando el padre renuncia voluntariamente la herencia a que le llama la ley, y priva de ella a sus hijos, razones poderosas deben impulsarle, y tal vez les hace más beneficio que perjuicio con su conducta» (*op. cit.*, p. 346).

cho actual –*de lege lata*, no solo *de lege ferenda*– que los descendientes de una persona que ha repudiado la herencia a la que ha sido primeramente llamado pueden acudir al derecho de representación como expediente para poder participar de algún modo en esa herencia. Hecho lo cual, procederemos luego también a valorar críticamente las objeciones que en contra de ello se han formulado, que han quedado expuestas en el punto anterior.

3.1 Argumentos de naturaleza legal-positiva

Para el propósito que guía este trabajo, no es lo más adecuado enfocar el tema desde una perspectiva de Derecho positivo. Sin perjuicio de que en ocasiones se hayan apuntado también algunos datos de esa naturaleza, nos parece que esta perspectiva no es la que más juego da para sostener la pretensión estudiada. Lo cual no significa que carezca de apoyos de esa índole. Los hay, pero no son directos e inmediatos. Por esta razón, para sostener la idea que pretendemos son mucho más provechosas las consideraciones de principio o dogmáticas.

Eso no obstante, empezamos el desarrollo de este punto considerando los datos de tipo legal-positivo que en ocasiones se piensa pueden encontrarse en el Código civil en apoyo de esa idea, advirtiendo que, a diferencia de lo que hemos hecho con los argumentos en contra, en el caso de los datos y argumentos a favor no vamos aquí solamente a exponerlos, sino que además vamos a valorarlos. Estos datos positivos son los siguientes.

a) Artículo 766 Cc: «*el heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia, no transmiten ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857*».

Se trata de un precepto introducido en el Código que, considerado desde el punto de vista histórico, constituye novedad absoluta en nuestro Derecho, pues no tiene antecedente ninguno, ni siquiera equivalente en el Proyecto de 1851. Se gestó en el Anteproyecto de 1882-1888, con una redacción inicial semejante (no idéntica³⁰), aunque no se conocen las razones que motivaron su introducción. Sea como fuere, el hecho es que finalmente aparece en el Código civil con la redacción que, sin alteración desde la promulgación de este, sigue manteniendo hoy.

³⁰ Art. 767 del Anteproyecto: «*El heredero voluntario que muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición, el incapaz o indigno de heredar y el que renuncia a la herencia, no transmiten ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en el artículo 760*». El art. 760 del Anteproyecto era equivalente al actual art. 761 Cc.

Las críticas de que el mismo ha sido objeto son muy numerosas y compartidas por la común doctrina, aunque en ellas se pueden distinguir dos tipos: uno, las derivadas de sus incorrecciones técnicas, y otro, las que destacan su carencia de sustancia normativa propia.

Las incorrecciones técnicas han sido resumidas con total precisión y concisión del modo siguiente: «es incorrecto el precepto en su redacción al llamar heredero a quien premuere al testador; vuelve a ser incorrecto, ahora en su técnica jurídica, al presentar el derecho de representación como una excepción a la normal no transmisión de derechos sucesorios por el premuerto, incapaz o renunciante: es obvio que tampoco transmite nada el representado (art. 928) cuando juega el derecho de representación; finalmente, es incorrecto en su construcción lógica al referirse en la excepción a la hipótesis de la desheredación (art. 857), previamente no incluida entre los supuestos comprendidos en el efecto general a excepcionar»³¹.

Estas incorrecciones gramaticales y técnicas, ahora bien, aunque ciertas no son tan graves que fuercen a desechar el precepto como si de un absurdo lógico se tratara. Pues por lo que hace al primer defecto denunciado cabe entender «que la incorrección de llamar heredero a quien premuere al testador deja de serlo si —situada como está la norma, en sede de institución de heredero— se sobreentiende el término "instituido" antes de la referencia hecha al heredero: El instituido heredero que muere antes...»³². En relación con el segundo, basta con aducir la mezcla confusa que en tema de representación ha habido tradicionalmente en este punto —no solo en este artículo—, hablándose indistintamente de suceder al causante y al representante, de sucesión y de transmisión, de *ius delationis* y de *ius transmissionis*...; a título de ejemplo puede señalarse en este sentido el tenor del propio art. 924 Cc, siendo así que es el precepto con que el Código abre la Sección dedicada específicamente a este tema. Y en relación con el tercer defecto apuntado puede argüirse «que la aparición de la desheredación en la segunda parte del precepto, no obstante su omisión en la primera, podría justificarse por la similitud global existente entre sus causas y las de la indignidad...»³³.

Más importante es el otro defecto denunciado, esto es, la carencia de sustancia normativa de este precepto. Lo que se ha resumido señalando «que quien nada adquiere nada puede transmitir es una

³¹ GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 1879.

³² GORDILLO CAÑAS, *op. et loc. cit.*

³³ GORDILLO CAÑAS, *op. et loc. cit.*

obviedad que no requiere esta declaración normativa; [y que] por otra parte las excepciones establecidas por remisión a los arts. 761 y 857 encuentran ya en ellos previsión legal y regulación suficiente»³⁴.

A diferencia de la anterior, esta segunda crítica es de calado. Contra ella, ahora bien, puede argüirse que tal vez cabe dar a este precepto un contenido sustantivo propio, aunque sea a través de una elaboración compleja que precisa desarrollar por fases.

¿Cuál es el sentido que puede darse a esa norma? Para responder a esto debemos antes analizar el supuesto de hecho de este precepto. ¿Qué hipótesis comprende? Hay aquí varias interpretaciones.

Una es la de quienes entienden que los tres casos que en él se contemplan –premorienca, incapacidad (pacíficamente entendida como indignidad) y renuncia (que debe entenderse como repudiación)– tienen como denominador común estar referidos todos ellos a un heredero voluntario, destacando además que no cabe considerar el término «voluntario» como sinónimo o equivalente a heredero testamentario. Para que así fuera –dicen– «sería necesario entender modificado dicho art. 766 del Código en el sentido de que donde dice *voluntario*, es que dice *testamentario*, cosa imposible de admitir, porque cada una de dichas palabras tiene un sentido bien caracterizado»³⁵.

Otra explicación es la de quienes distinguen, señalando que «para el supuesto de premorienca el articulado habla explícitamente de *heredero voluntario*, sin que sea defendible ni tenga fundamento alguno la opinión de que esa frase no se opone a *heredero forzoso* sino que su sentido es sinónimo de heredero *designado en testamento* [... pero que] Dada la literal redacción del precepto, al no enlazar los tres supuestos que comprende por la disyuntiva *o*, la lógica interpretación es que... los casos de incapacidad y renuncia pueden referirse así a los herederos forzosos como a los voluntarios...»³⁶.

³⁴ GORDILLO CAÑAS, *op. et loc. cit.*

³⁵ ESCOBAR DE LA RIVA, «El derecho de representación en la herencia testada», RDP, 1954, pp. 206-207.

³⁶ La frase transcrita es de SIERRA BERMEJO («El derecho de representación en la sucesión testada», *AAMN*, 1948, t. IV, pp. 451-452), que la formula como idea de principio aunque luego desvirtúa su valor en tema de derecho de representación con las consideraciones que hace en p. 453 (*vid infra* texto y nota 41). Sí hace enteramente suya la idea ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. X-1.º, Madrid, 1987, pp. 323-324, quien añade el siguiente razonamiento: «que son esos tres casos, de heredero voluntario que premuere, o de heredero voluntario o forzoso que o es incapaz o renuncia, los que contempla el artículo,... se sigue necesariamente de que con la referencia del final del artículo a los artículos 761 y 857, relativos a herederos forzosos, no cabe pensar que el precepto exprese la idea de solo “heredero voluntario” que premuere, sea incapaz o renun-

Y por último está la idea de quienes sostienen que en el art. 766 Cc la expresión «heredero voluntario» debe entenderse como «heredero testamentario», y que este entendimiento debe referirse a todos los supuestos contemplados en el precepto³⁷.

Son, como puede verse, explicaciones diversas, que presentan diferencias sustanciales entre sí. Ninguna de ellas, sin embargo, nos convence totalmente.

Por nuestra parte nos inclinamos a favor de la solución con la que algunos autores han terciado recientemente en esa polémica, proponiendo que «todo el precepto se refiere al instituido heredero que, al mismo tiempo que testamentario, es heredero forzoso; concretamente, y en razón de lo dispuesto en la salvedad final, al legitimario descendiente que, a su vez, tiene descendientes»³⁸. Lo que entendemos se justifica de este modo.

Que se trata de heredero testamentario se deriva, en primer lugar, de la sede en que el art. 766 está situado en el Código civil: Libro III, Título III, Capítulo II, Sección segunda, cuya rúbrica es «*De la institución de heredero*», siendo así que «instituir» e «institución» son términos que se utilizan solo en el ámbito de la sucesión testada. Y en segundo lugar porque, sea cual sea la acepción que se tome de la expresión «heredero voluntario» –el que ha sido instituido como tal mediante negocio sucesorio otorgado por el causante, y el que no es considerado por la ley como heredero forzoso o legitimario–, en todo caso la equiparación en el art. 766 Cc de heredero voluntario a heredero testamentario es cosa obligada habida cuenta de que «voluntario» es adjetivo que no puede nunca cuadrar con una sucesión abintestato. La primera consideración dicha vale para todos los supuestos considerados en el precepto –premorienza, indignidad y repudiación–; la segunda, aunque pueda entenderse que no tiene esa generalidad porque no se refiere al incapaz (indigno) o al renunciante (repudiante), en todo caso no contradice a la anterior sino que la refuerza. A la vista de lo cual es

cie». También MADRIÑÁN VÁZQUEZ, *El derecho de representación en la sucesión testada*, Pamplona, 2009, p. 159.

³⁷ GIMÉNEZ ARNAU, quien, interpretándolo a la luz del art. 890 del *Codice* italiano de 1865, atribuye al art. 766 Cc el valor de establecer que el derecho de representación existe en la sucesión testamentaria (voluntaria) y con la misma extensión que en la sucesión intestada, salvo en cuanto a los derechos que el heredero que falte (el representado) hubiese recibido como manda o mejora («El derecho de representación en la sucesión voluntaria», *RCDI*, 1940, pp. 29-30). Apunta también la idea de asimilar en este artículo la sucesión voluntaria a la sucesión testamentaria CRUZ AUÑÓN («Un caso frecuente de preterición», *AAMN*, 1946, t. III, p. 548), aunque a efectos meramente dialécticos, ya que cree que el precepto es poco útil, «pues de su desgraciada redacción no se pueden sacar grandes consecuencias».

³⁸ GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 1880; LANZAS GALVACHE y RODRÍGUEZ LÓPEZ, «El derecho de representación del artículo 814, párrafo tercero, del Código civil», *RCDI*, 1988, p. 936.

forzoso concluir que este precepto se refiere a una sucesión en que la voluntad del causante ha tenido juego, y más concretamente a una sucesión testamentaria, pues en Derecho civil común, salvo contadísimas excepciones, esa es la forma de deferir voluntariamente una sucesión³⁹.

Y que se refiere además, este precepto, al instituido en testamento que al mismo tiempo sea descendiente y heredero forzoso, se sustenta en el inciso final del precepto, que remite a lo dispuesto en los arts. 761 y 857 Cc, que claramente aluden a tal caso.

Así pues, reiteramos el sentido que desde este punto de vista debe darse, a nuestro juicio, al art. 766 Cc: «se refiere al instituido heredero que, al mismo tiempo que testamentario, es heredero forzoso; concretamente... al legitimario descendiente que, a su vez, tiene descendientes»⁴⁰.

Ahora bien, si ese es el supuesto de hecho del precepto, ¿cuál es su consecuencia jurídica? La norma establece que el sujeto instituido heredero que premuere al causante, es indigno para sucederle o repudia la herencia, «no transmiten ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857». ¿Qué significado y alcance tiene esto? Se pueden aquí considerar varias posibles respuestas.

La primera, apuntada por un sector de la doctrina y atendida en buena medida a la letra del precepto, es considerar que el artículo 766 «nada tiene que ver con el derecho de representación, ni está dictado con vista al mismo (...). Lo que regula y reglamenta el art. 766 –se ha dicho– es el fenómeno de la transmisión del derecho hereditario, que no tiene destinados en el Código civil los artículos de un capítulo o sección... sino que las disposiciones que a él se refieren hállanse diseminadas», estableciendo entonces el citado art. 766 Cc «que el heredero que premuere, el incapaz y el renunciante, como nada adquieren nada pueden transmitir. Ni tiene otra finalidad el precepto, ni puede ni

³⁹ En este mismo sentido, y sin perjuicio de haberlo incluido antes entre quienes distinguen entre heredero solo voluntario en caso de premoriencia, y heredero forzoso o voluntario en casos de indignidad y desheredación, ALBALADEJO entiende que el carácter testamentario del heredero resulta del hecho de que «el artículo se dicta dentro de la sucesión testada (en la Sección II, De la institución de heredero, del cap. II) y a la vista del nombramiento hecho por el causante, así que testamentariamente, o de desheredación, luego también disposición testamentaria (art. 849)» (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, t. X-1, Madrid, 1987, p. 324, aunque eso no obstante añade que la idea que en este artículo se contiene, de que el que no sucede no transmite a sus herederos nada sino en los casos de los artículos 761 y 857, alcanza a toda sucesión, sea testada o intestada). ROCA SASTRE, por su parte, entiende que en este precepto sobra la palabra «voluntario», pero también la de «testador», que «debería ser sustituida por la de causante, ya que el art. 766 es igualmente aplicable a la sucesión testada que a la intestada» (*Estudios de Derecho Privado*, cit., p. 295).

⁴⁰ GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 1880.

debe extenderse su radio de acción a materias que nada tienen que ver con la transmisión del derecho hereditario»⁴¹.

No nos parece a nosotros, sin embargo, acertada esa interpretación del precepto en clave de *ius transmissionis*. Pues la transmisión o no transmisión del derecho hereditario, aunque pueda ser de un modo no pleno ni perfecto, en todo caso está ya suficientemente regulada en el art. 1006 Cc, por lo que resulta innecesario reiterarla en el art. 766 Cc. Y además porque el resultado de esa interpretación, aun siendo cierto, es tan obvio y resulta con tanta claridad del conjunto de nuestro Derecho sucesorio que haría esta norma superflua, hasta tal punto que nada pasaría si se omitiera, pues nada cambiaría ni se perdería por ello⁴². Por estas razones, entendemos que esta interpretación no debe aceptarse.

Es preciso buscar otra, más adecuada. Para lo cual puede ser adecuado distinguir, dentro del precepto, las dos proposiciones que lo integran: la primera afirma que el heredero que premuere al testador, el incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia, «*no transmiten ningún derecho a sus herederos*»; la segunda exceptiona lo anterior en algunos casos, estableciendo que eso será así «*salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857 del Código civil*». ¿Qué valor y significado tienen cada una de esas proposiciones?

En cuanto a la primera, y sin perjuicio de lo dicho unas líneas más arriba, hay que reconocer que tomada aisladamente permite un entendimiento de la misma en clave de *ius transmissionis*. Aunque no puede tampoco descartarse totalmente otra explicación. Nótese así que la interpretación apuntada se sustenta exclusivamente en un criterio hermenéutico literal, cuyo resultado además no es inequívoco. Pues si lo que en este artículo se está considerando es si en los supuestos contemplados los nietos pueden o no recibir lo que al hijo había destinado el padre en su testamento, hablar de transmisión de derechos, aunque sea para negarla, no tiene sentido, ya que

⁴¹ SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, p. 453 (en p. 452 dice también: «la consecuencia clara y lógica del texto es esta: Si el heredero voluntario premuere al testador, si hay incapacidad o renuncia del instituido, sea heredero voluntario o forzoso, no hay transmisión de derechos, produciéndose una porción vacante en la herencia, que dará lugar unas veces al derecho de acrecer entre los coherederos y otras a la apertura del abintestato»). ROCA SASTRE, por su parte, afirma que «este precepto niega... el *ius transmissionis* en estos casos [premorienencia, incapacidad, repudiación], pero ello nada tiene que ver con el derecho de representación sucesoria,... pues en el supuesto de actuación de este último derecho la estirpe entra en la herencia intestada, no por vía de transmisión del derecho de su ascendiente... sino... llamada directamente por la ley» (*Estudios de Derecho Privado cit.*, p. 269). En la misma línea se pronuncian CRUZ AUÑÓN (*op. cit.*, pp. 548-549), CÁMARA (*op. cit.*, pp. 15-16) y MADRIÑÁN VÁZQUEZ (*op. cit.*, pp. 160-161).

⁴² Así lo tiene que reconocer CÁMARA, a pesar de su posición referida *supra* (texto y nota anterior), cuando dice que «el artículo 766 proclama un principio de derecho sucesorio que probablemente podría haberse silenciado, ya que... no es más que un corolario de las normas que regulan la delación y adquisición de la herencia» (*op. cit.*, p. 16).

nadie puede transmitir lo que no tiene y en esos supuestos es claro que el hijo no tiene nada de esa herencia porque no la ha adquirido previamente (por premoriencia, indignidad o repudiación). Por tanto, atribuir tal significado a este inciso, además de hacerlo redundante e innecesario –pues esa conclusión ya resulta de otros preceptos, y en general del conjunto del sistema– lo convierte en incorrecto desde un punto de vista literal, en tanto que el resultado que se excluye no sería nunca por derecho de transmisión. Por esto cabe afirmar que la interpretación dicha, aunque literalmente posible, no es inexorable ni lógica.

En cuanto a la segunda proposición, ahora bien, la única interpretación que se presenta fácil y natural es la que se produce en clave de *ius repraesentationis*⁴³, pues así resulta de la referencia que en ella se hace a lo dispuesto en los arts. 761 y 857 Cc⁴⁴.

¿Cuál es, entonces, el sentido que se debe dar al art. 766 Cc? Aunque es evidente que nos encontramos ante una norma cuyo significado, a causa de su deficiente redacción, resulta difícil de precisar, podemos decir que caben aquí dos opciones.

En primer lugar, dar a cada una de las proposiciones de ese precepto un contenido distinto –esto es, considerar que la primera trata de *ius transmissionis*, y la segunda de *ius repraesentationis*–, y entender que lo que el art. 766 Cc dispone es que el sujeto instituido heredero que premuere al causante, es indigno o repudia, no adquiere lo que a él estaba inicialmente destinado ni puede por tanto transmitirlo a sus herederos, sin perjuicio de lo cual estos pueden en tales casos concurrir a aquella herencia con arreglo al mecanismo de la representación y a la medida dispuesta en los arts. 761 y 857 Cc.

Pero en segundo lugar cabe interpretar las dos proposiciones del art. 766 Cc en una misma clave –y esto solo resulta posible hacerlo en clave de derecho de representación–, entendiendo que lo que este precepto dispone es que en caso de que el sujeto instituido heredero premuera al causante, sea indigno o repudie, sus descendientes no tienen derecho de representación para concurrir a la

⁴³ A favor de entender el art. 766 Cc en clave de *ius repraesentationis*, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, p. 131, y allí cita de autores. La STS 6-12-1952 (RJ 2430/1952), capital en este tema, parece que se pronuncia también en este sentido, si bien que de una forma no del todo clara, pues eso lo trata de conjugar con la –a su juicio– improcedencia del derecho de representación en la sucesión testada. *Vid.* el Cdo. 6.º de esa Sentencia, en el que se establece que el artículo 766 del Código civil, «si de una parte alude al *ius transmissionis*, propio de la herencia ya deferida y no del derecho de representación (...), bien puede entenderse, de acuerdo con criterio comúnmente admitido, que se ha querido aludir al “*ius repraesentationis*”, pues para no admitir en los supuestos que prevé el derecho de transmisión sería estéril o innecesario decir que no transmite derechos quien no los ha adquirido».

⁴⁴ De estos preceptos y su significado trataremos más adelante.

herencia del causante en los términos y con la amplitud que se establece en los arts. 924 ss Cc, sino solo en la medida dispuesta en los arts. 761 y 857 Cc. O, dicho en positivo: que en caso de que el sujeto instituido heredero premuera al causante, sea indigno o repudie, sus descendientes tienen derecho de representación para concurrir a la herencia del causante pero solo en la medida dispuesta en los arts. 761 y 857 Cc.

En realidad, aunque muy próximas en sus efectos, entre esas dos opciones sería más lógico decantarse por la segunda, porque es la que permite una construcción armónica y coherente de la norma⁴⁵.

Es, esta segunda, una interpretación muy progresiva y arriesgada, pero que si se admitiera tendría trascendencia sustancial, pues supondría extender la aplicación del derecho de representación, en los términos que en ese precepto se señalan, al ámbito de la sucesión testada, y dentro de esta a los casos de premoriencia, indignidad y repudiación del descendiente instituido que tiene a su vez descendientes.

La atendibilidad de esta segunda interpretación se ha propuesto de la siguiente forma⁴⁶. El derecho de representación es figura que históricamente ha estado condicionada en su operatividad por la regla *viventis non datur repraesentatio*. Entre nosotros fue propuesta la derogación parcial de esa regla por García Goyena, que introdujo en este sentido, en el Proyecto isabelino de Código civil, los arts. 758, 623 y 673. Pero sin perjuicio de esto, la figura de la repre-

⁴⁵ Esta opción parte de la premisa de rechazar que lo dispuesto en el art. 766 Cc se deba a un pensamiento fragmentado, inconexo y descoordinado del legislador. Nótese, en este sentido, que de otro modo resultaría que el precepto mezcla en su supuesto figuras distintas: el *ius transmissionis* y el *ius repraesentationis*. Así lo han reconocido también los autores que sostienen se refiere al derecho de transmisión. En cuanto a la causa de esa confusión, se ha apuntado que es de índole fundamentalmente histórica: «lo que ocurre —afirma SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pp. 453-454— es que la denominación impropia de derecho de representación (...) dio lugar a la concepción equivocada de la representación hereditaria como un derecho a virtud del cual los descendientes entran en la sucesión de un ascendiente, no por vocación propia sino ejercitando un derecho transmitido por el padre premuerto. Con este matiz aparece la institución en el artículo 924 y solo por este erróneo concepto se justifica la salvedad que el final del artículo 766 marca, con su referencia a los artículos 761 y 857 [pues] nada hay en ellos por donde pueda vislumbrarse que constituyen excepciones a la no transmisión del derecho hereditario», ya que en ellos se regula el derecho de representación en esos casos. Esto es lo que explica, se dice, la mezcla confusa que en este precepto existe. Sea de eso como fuere, ahora bien, por nuestra parte entendemos que de esa confusión hay que salir, y que su superación es tarea del intérprete. Y en este sentido no es descabellado discrepar de la fórmula propuesta por los autores que propugnan interpretar todo el precepto en clave de *ius transmissionis*, e inclinarse por interpretarlo en clave de derecho de representación. En este sentido, la explicación dada al inciso final del art. 766 Cc por quienes defienden su interpretación en clave de *ius transmissionis* no parece atendible, por resultar excesivamente forzada. Las salvedades que en ese inciso final se hacen a la regla sentada en el primer inciso se explican mejor entendiendo que todo el precepto se mueve en un mismo orden de cosas: la representación sucesoria.

⁴⁶ GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, pp. 1879-1881.

sentación sucesoria siguió concibiéndose en términos generales desde la hipótesis de premoriencia⁴⁷. Este es el contexto en que aparece el polémico art. 766 Cc, cuya razón de ser sería la siguiente: «El Anteproyecto de 1882-1888 –se dice– no va a conformarse con los arts. 623, 673 y 758 del Proyecto de 1851, que mantiene, sino que, además, va a formular expresa y específicamente [el art. 766]. ¿Cómo, en defecto de otra explicación, reconstruir su sentido y finalidad? Tras haber marcado el límite que las legítimas imponen al poder dispositivo del testador (art. 763),... quiere ahora determinar el Código cómo pueden influir las circunstancias y hechos personales del heredero voluntario, que al mismo tiempo es legitimario, en la legítima que la ley establece a favor de los hijos y descendientes (art. 807.1.º) del causante. (...) ¿Y qué es lo que... dispone? Que cuando el heredero instituido no llega a heredar (por premoriencia, incapacidad o renuncia) se observará lo dispuesto para los casos de incapacidad y desheredación; esto es: que le representarán sus descendientes. La virtualidad del precepto estaría en extender la comunidad de efectos prevista en los arts. 761 y 857 a todos los casos en que el instituido heredero no llega a heredar»⁴⁸.

¿Es esta una interpretación plausible? Antes de pronunciarnos al respecto conviene hacer algunas reflexiones que ayuden a comprender debidamente el alcance de lo dicho. En este sentido, procede separar los varios casos considerados en el art. 766 Cc. Tenemos así lo siguiente.

En primer lugar está el caso del indigno (incapaz), en relación con el cual la interpretación propuesta aporta poco o nada. Pues habiendo sido contemplado ya este supuesto en el art. 761 Cc, no parece fuera necesario ni útil volver a considerarlo cinco artículos después, y menos en un precepto de redacción tan defectuosa y poco clara como el art. 766 Cc.

El supuesto de premoriencia, sin embargo, es distinto. Para este caso no se había previsto en el Código precepto que lo regulara expresamente, porque las normas generales sobre representación sucesoria (arts. 924 ss) se ha entendido comúnmente que circunscriben su juego al campo de la sucesión intestada (recuérdese

⁴⁷ Vid. art. 753 del Proyecto de 1851, cuyo tenor literal era el siguiente: «*La representación da á un pariente vivo los derechos que tendría otro ya difunto, si viviera, en cuyo lugar, grado y derechos se subroga.*»

⁴⁸ GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 1880. En una línea semejante parece apuntar SCAEVOLA al comentar el art. 766 Cc, cuando dice lo siguiente: «El artículo empieza distinguiendo al heredero voluntario del forzoso. Nada transmite a sus sucesores el heredero voluntario que no sobrevive al testador; *a sensu contrario*, el heredero forzoso lo transmite. Ninguna novedad ofrece esto. Los hijos, por ejemplo, del heredero forzoso, en la sucesión del antecesor común no pueden perder por muerte de su padre, como no lo pierden por incapacidad, el derecho a suceder en la legítima correspondiente...» (*Código civil...* cit., t. XIII, Madrid, 1897, pp. 381-382).

que el art. 766 Cc se refiere a un caso de sucesión testamentaria). Se podía pensar entonces, para salvar esa situación, en forzar las normas reguladoras del derecho de representación de tal modo que cupiera aplicar esta figura también a ese caso, aun siendo de sucesión testamentaria. Pero esta fórmula no fue admitida por un sector muy importante de la doctrina, que entendía que la solución solo podía pasar por aplicar las normas reguladoras de la preterición (art. 814 Cc), sobre la base de considerar que en tal caso los descendientes del descendiente premuerto se convertían en legitimarios directos y sin embargo no habían sido considerados por el causante en su testamento⁴⁹. Esta solución, ahora bien, no podía tampoco reputarse idónea, por las dificultades prácticas que conllevaba (estas dificultades, de hecho, fueron las que motivaron que con ocasión de la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981 se modificara el art. 814 y se introdujera en él un párrafo nuevo que dice que «*los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a este en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos*»⁵⁰). Pues bien, esto sentado, se apunta entonces por un muy prestigioso autor lo plausible de dar al art. 766 Cc la interpretación antes dicha (admitir en este caso el derecho de representación a favor de los descendientes del descendiente premuerto, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 761 y 857 Cc), que además de evitar la inutilidad del precepto lo situaría, ya en su origen, en la línea marcada después por la reforma del año 1981⁵¹.

Queda entonces el caso que más propiamente nos interesa: el de repudiación (renuncia) del sujeto instituido heredero en testamento. ¿Cabe pensar que el art. 766 Cc dispone la operatividad

⁴⁹ Vid., entre otros, ALBI AGERO, «Derecho de acrecer entre herederos forzosos», *RDP*, 1942; ROCA SASTRE, «Observaciones críticas sobre la tendencia expansionista del derecho de representación sucesoria», *RGLJ*, 1943, p. 606; CRUZ AUÑÓN, *op. cit.*; SIERRA BERMEJO, *op. cit.*; CÁMARA, *op. cit.*

⁵⁰ En este sentido, dicen LANZAS GALVACHE y RODRÍGUEZ LÓPEZ que con este precepto se evita «la anulación total o parcial del testamento o de la institución de heredero; [se] elude la apertura de una sucesión intestada; [se] soslaya el en otro caso necesario recurso a la declaración judicial de heredero; y [se] permite... que la partición por contador se desarrolle normalmente, al poder apreciar aquel este especial derecho y desarrollar adecuadamente sus efectos» (*op. cit.*, pp. 949-950). Lo sigue MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, p. 76. En realidad estos autores emplean ese argumento para defender la interpretación del art. 814.3 Cc en clave de derecho de representación cuyo ámbito objetivo abarca todo lo que el causante hubiera destinado en su testamento a favor del descendiente premuerto, pero se pueden emplear aquí sus palabras como reflejo de las dificultades prácticas que la solución anteriormente propuesta suponía. El nuevo art. 814.3 Cc, en todo caso, es un precepto no exento de polémica, como más adelante veremos. Aquí basta con poner de manifiesto que mediante él los descendientes del descendiente premuerto pero instituido en testamento pueden concurrir a la herencia del ascendiente causante, aunque no hayan sido mencionados en su testamento, sin tener que acudir a la preterición [sobre la explicación del art. 814.3 Cc trataremos más adelante en el trabajo (infra 4.1.3)].

⁵¹ GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 1879.

de la representación sucesoria también en este caso, aunque limitada a la medida de la legítima que correspondiera al repudiante? Históricamente la respuesta que se ha dado a esta pretensión ha sido negativa, y así lo sigue considerando hoy en el plano *de lege lata* la doctrina dominante entre nosotros, aunque hay voces que denuncian lo inadecuado de esa solución y que han propuesto la modificación del Código en ese sentido, sobre todo a partir de que tal posibilidad fuera acogida en el *Codice* italiano de 1942. Pero la cuestión es: esa pretensión, en nuestro Derecho actual, ¿puede de algún modo considerarse que tiene acogida *de lege lata*, o por el contrario es una propuesta formulable solo *de lege ferenda*? «Si fuera verdad –se apunta como reflexión a considerar seriamente– que el Anteproyecto de 1882-1888 quiso dar un paso adelante, extendiendo a las tres circunstancias enunciadas en la primera parte del art. 766 lo que el Proyecto de 1851 solo admitía en la incapacidad y desheredación, ni siquiera serían necesarias tales propuestas. ¿Impediría esta posibilidad el art. 929? No absolutamente –se dice–, si se interpreta que la norma es pura prolongación del art. 758 del Proyecto de 1851, inadvertidamente no adaptada a la norma posterior y específicamente introducida para determinar la extensión del derecho de representación en la legítima de los hijos y descendientes: el art. 766»⁵². Y no es solo esto sino que además, puesto que los arts. 766, 761 y 857 Cc constituyen un caso de remisión normativa, la pregunta formulada podría también tener una respuesta positiva acudiendo a una interpretación sistemática de esos preceptos, considerando incluido en el supuesto de hecho de las normas a las que se hace remisión –los arts. 761 y 857 Cc, que tratan de derecho de representación– el caso de repudiación, contemplado explícitamente en el supuesto de hecho de la norma remitente.

⁵² GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 1881. ALBALADEJO, por su parte, aunque de palabra y en términos generales no admite en nuestro Ordenamiento actual la representación en caso de repudiación, al comentar este artículo afirma sin embargo que este precepto «está dictado para todo caso de heredero que el testador instituye, sea voluntario que muera antes que él, sea voluntario o forzoso pero que no pueda heredar por ser incapaz, o que no hereda por renunciar» (*op. cit.*, pp. 323-324); «el artículo viene a significar –añade ALBALADEJO– que nada corresponde de una herencia a los herederos del llamado a la misma que no llega a heredar él, salvo que si al morir el causante era descendiente legítimo de este, pasa a sus (del legítimo) propios descendientes el derecho a esa legítima» (p. 324). Se trata sin duda de afirmaciones hechas sin querer atribuirles el alcance que aquí estamos considerando, pero que nos plantean si, aunque sea en el subconsciente, no está más extendida de lo que parece la idea de que el Código no es tan refractario a nivel positivo de la hipótesis que estudiamos. También O'CALLAGHAN se mueve en esta línea, pues primero comprende en el supuesto de la norma el caso del repudiante, aunque luego al hablar –escuetamente– de sus consecuencias se refiere solo al indigno y al desheredado, omitiendo sin más al repudiante (*Comentario del Código civil*, dir. por Sierra Gil de la Cuesta, t. 4, Barcelona 2000, p. 564).

Con lo dicho queda expuesto el argumento extraído del art. 766 Cc en favor de la pretensión que estudiamos en este trabajo. ¿Qué decimos nosotros a este respecto?

Aunque se trata de una idea ajustada en cuanto a su resultado a esa pretensión, y aunque se trata de una interpretación extraordinariamente sugestiva de ese precepto, por nuestra parte, sin embargo, no nos atrevemos a hacerla enteramente nuestra. Dos son las dificultades que vemos para ello.

Una, el muy deficiente tenor literal de la norma, que hace que la interpretación propuesta no resulte, ni mucho menos, inequívoca.

Y otra, la consideración de que los autores del Anteproyecto de 1882-1888 (que es donde el precepto aparece por vez primera), y lo mismo los del Código civil, no parece tuvieron consciencia de introducir con ese artículo una norma con el significado dicho, y mucho menos cabe decir que tuvieron en su mente esa intención. Pues el precepto en cuestión, de redacción tardía y sin antecedentes, fue introducido de forma precipitada⁵³, sin plena consciencia de su operatividad y de su alcance, y sin una precisa finalidad.

Por lo cual, aunque muchas de las reflexiones que al hilo de este precepto se han hecho nos parecen acertadas y aprovechables (más adelante lo veremos), parécenos también que sustentar en él la pretensión aquí estudiada es excesivo.

b) Art. 970 Cc: *«Cesará la obligación de reservar cuando los hijos de un matrimonio, mayores de edad, que tengan derecho a los bienes renuncien expresamente a él...».*

Art. 973 Cc: *«Si el padre o la madre no hubiere usado, en todo o en parte, de la facultad que le concede el artículo anterior [el art. 972 Cc⁵⁴], los hijos y descendientes del primer matrimonio sucederán en los bienes sujetos a reserva conforme a las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente, aunque a virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto o hubiesen repudiado su herencia. / El hijo desheredado justamente por el padre o por la madre perderá todo derecho a la reserva, pero si tuviese hijos o descendientes se estará a lo dispuesto en el artículo 857 y en el número 2 del artículo 164».*

Son preceptos que por su materia se pueden reunir en un mismo apartado, aunque los vamos a considerar sucesivamente.

b') En relación con el art. 970 Cc, se han planteado algunos autores qué ocurre si alguno de los hijos del padre primeramente

⁵³ GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 1879.

⁵⁴ Art. 972 Cc: *«A pesar de la obligación de reservar, podrá el padre, o la madre, segunda vez casado, mejorar en los bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio, conforme a lo dispuesto en el artículo 823».*

muerto renuncia expresamente, no a la herencia de este sino al derecho que le corresponda en los bienes reservables, teniendo descendientes vivos en el momento en que hace esa renuncia. La cuestión está en si esa renuncia del hijo repercute o no en sus descendientes, y por tanto si esos nietos recibirán o no los bienes objeto de esa reserva.

Varios autores afirman que en tal caso esos descendientes de segundo grado recibirán los bienes reservables⁵⁵. La explicación que se da es la siguiente: «El derecho a los bienes reservables con la obligación de reservarlos en el abuelo que contrajo segundas nupcias no lo adquieren de su padre premuerto e hijo de aquel, por ser sus herederos, sino que les corresponde como propio y directamente reconocido por la ley a su favor en el concepto de descendientes, a falta de hijos»⁵⁶. Y esto, en tanto que el expediente a través del cual los descendientes de segundo grado recibirían los bienes reservados no puede ser otro que el derecho de representación, puede pensarse significa un argumento positivo en pro de su operatividad en caso de repudiación.

Otros autores sostienen sin embargo la solución contraria, esto es, que la renuncia a la reserva (en situación de pendencia) hecha por los hijos supone que el cónyuge bñubo quede liberado de la sujeción a la reserva, y que esto repercute en los nietos, que quedan sin derecho en ese sentido a los bienes reservables⁵⁷. Lo que, por hipótesis, excluye totalmente la utilidad de esta norma en relación con el derecho de representación.

Por nuestra parte consideramos que la solución procedente es la última que se acaba de apuntar, esto es, que la renuncia de los hijos les deja, a ellos mismos y a los nietos, sin derecho a la reserva, aunque no por cuestiones de representación sino de régimen de la reserva. Esto es así porque la renuncia de que habla ese artículo no se refiere a los bienes reservables –aunque tal sea lo que dice la letra del precepto– sino a la sujeción del reservista, esto es, a exigir la vinculación a la reserva de los bienes (a los bienes no se renuncia, ni se podría renunciar antes de consumada la reserva: sería renuncia a herencia futura)⁵⁸.

⁵⁵ SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, t. VI.3, p. 1916; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, Valladolid, 2.ª ed. 1921, t. V, p. 473; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. VI.1, 9.ª ed. Madrid, 1989, pp. 251-252.

⁵⁶ SÁNCHEZ ROMÁN, *op. et loc. cit.*

⁵⁷ VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios del Código civil*, del Ministerio de Justicia, Madrid 1993, t. I, ad art. 970, pp. 2303 ss, y allí citas.

⁵⁸ VALLET DE GOYTISOLO, *op. et loc. ult. cit.* Esa renuncia, en todo caso, no excluye que el renunciante, o sus descendientes, puedan recibir esos bienes en su día, pero no por razón de la reserva sino a través de la herencia del reservista.

Y por tanto, si eso es así, podemos dejar de lado este artículo al objeto de este trabajo.

b´) En relación con el art. 973 Cc hay que separar nítidamente los dos supuestos que en él se contemplan, porque cada uno de ellos es distinto, nada tienen que ver entre sí, y su reunión en un mismo precepto es motivo de confusión.

Pues el inciso primero considera el caso de repudiación a la herencia del progenitor primeramente muerto hecha por uno de sus hijos, estableciendo que eso no impide que los hijos o descendientes ulteriores de este reciban (en su momento: cuando muera el reservista) los bienes sujetos a reserva. ¿Cómo es esto posible? Si los reservatarios reciben los bienes reservados conforme a las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente, esto es, intestada, la repudiación de la herencia del progenitor premuerto hecha por uno de sus hijos debería conllevar –con arreglo a los postulados tradicionales– el no recibimiento de los bienes reservables por parte de los hijos de ese hijo, pues el expediente por el que en su caso recibirán esos bienes es el derecho de representación. Sin embargo, el criterio que se sanciona en el art. 973 Cc es el contrario. Esto, según plantea algún autor, puede deberse a que la repudiación no excluye, al menos en este caso, el derecho de representación⁵⁹. Lo cual sería un dato positivo a favor de la operatividad en nuestro Ordenamiento del derecho de representación en caso de repudiación.

La valoración apuntada de este inciso primero, ahora bien, aunque sugestiva no nos parece atendible. Pues esa interpretación se sustenta en la idea de que los reservatarios reciben los bienes reservados del padre premuerto⁶⁰, siendo así que el entendimiento de este punto ampliamente dominante en nuestra doctrina considera sin embargo que cuando los reservatarios reciben los bienes reservados no lo hacen sucediendo al padre premuerto, sino al reservista⁶¹. Sentado lo cual, resulta entonces claro que la repudiación a la herencia del progenitor primeramente muerto –no a la del reservista– no plantea ninguna dificultad para que el repudiante pueda adquirir los bienes objeto de la reserva; es más, ni siquiera hay necesidad de acudir aquí al mecanismo de la representación. Resulta

⁵⁹ CRUZ AUÑÓN, *op. cit.*, p. 549. Plantea este entendimiento, aunque sea como posibilidad que él no comparte, GUILARTE, *op. cit.*, p. 168. Para GUILARTE la razón, aunque sea tributaria de un entendimiento erróneo, es que el legislador estimó que cuando los hijos renuncian no tienen todavía ningún derecho sobre los bienes objeto de reserva (este no nacería sino con el fallecimiento del reservista), y por tanto que la renuncia a ellos del reservatario, en ese momento, es ineficaz. Y así, que cuando llegue el momento (cuando muera el reservista) los hijos del reservatario renunciante podrán recibir esos bienes.

⁶⁰ GUILARTE, *op. cit.*, p. 168.

⁶¹ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, *Comentario del Código civil cit.*, art. 973, pp. 2311 ss.

tando así que, a los efectos de nuestra pretensión, el inciso primero del art. 973 Cc no sería dato de apoyo.

Distinto ocurre sin embargo en relación con el inciso segundo de este precepto. Pues este considera el caso de desheredación a uno de los hijos hecha por el progenitor reservista, estableciendo que aunque ese hijo pierde por esa causa todo derecho a la reserva, si tiene a su vez hijos estos podrán concurrir en ese sentido con arreglo a lo dispuesto en el art. 857 Cc. Desde la perspectiva que aquí interesa parece un precepto claro a grandes rasgos, pudiéndose decir a los efectos de nuestro trabajo que este inciso abunda en la idea del art. 857 Cc, y permite por tanto reiterar las consideraciones que un poco más adelante haremos al tratar de este, a las que remitimos.

3.2 Argumentos de principio, o dogmáticos

¿Qué razones dogmáticas o de principio hay para pretender que la operatividad del derecho de representación en caso de repudiación tiene cabida en nuestro Derecho actualmente vigente? A dar respuesta a esa cuestión, y otras, procedemos a continuación. Para lo cual debemos empezar viendo cuál es el fundamento, o cuáles son las razones que sustentan el derecho de representación⁶².

Antes de pronunciarnos a este respecto, ahora bien, conviene hacer un inciso para destacar que el derecho de representación constituye una opción de política legislativa, una figura cuya causa próxima se encuentra en una decisión adoptada por el legislador para dar respuesta a la situación que en determinados casos se plantea. Se trata, pues, de una figura de naturaleza enteramente legal, cuyo fundamento próximo radica en una decisión del legislador.

Cuestión distinta, aunque conexa, son las razones que han movido al legislador a establecer esta figura. Estas razones o consideraciones no son la causa en sentido propio del derecho de representación, sino las motivaciones que llevaron al legislador a decidir en el sentido en que lo hizo⁶³. Aunque esto dicho hay que reconocer que no es infrecuente, por razones de brevedad, designar como

⁶² GUILARTE considera que esta es una cuestión «de escaso interés práctico, habida cuenta del incuestionable reconocimiento del instituto en nuestro Código» (*op. cit.*, p. 137). A nuestro entender, desde la perspectiva que estamos investigando la respuesta es justamente la contraria; en las páginas siguientes esperamos demostrar por qué.

⁶³ VATTIER (*El derecho de representación en la sucesión mortis causa* cit., pp. 181-182), por su parte, apunta la necesidad de distinguir lo que son los principios o criterios de política legislativa en que esta figura se sustenta, y lo que es el fundamento técnico de la misma. El fundamento de principio para este autor es único, y no varía en función del caso: es el que apuntaremos en texto y notas 65 y 70. El fundamento técnico lo cifra en ser un tipo especial de sucesión *mortis causa* sujeto a un régimen particular y preferente, una sucesión indirecta, con

causa o fundamento a esas razones, consideraciones o motivaciones, haciendo elipsis del basamento legal. Pensamos que no hay problema en hacerlo así (de hecho, nosotros mismos lo haremos a veces), siempre que se entiendan debidamente las cosas.

A) *Fundamento del derecho de representación. Necesidad de distinguir supuestos*

En este tema existen dos grandes explicaciones, que se pueden calificar, una como subjetiva y la otra como objetiva. Dentro de la objetiva, ahora bien, se deben distinguir variantes, pues cada una de ellas presenta matices particulares importantes que justifican su consideración separada. A continuación procedemos a describir cada una de esas tesis, para luego valorarlas.

La tesis subjetiva –quizá la más antigua– sostiene que el fundamento del derecho de representación se ha de buscar en la voluntad presumible del causante, que se cifra en considerar que si ese causante hubiera otorgado testamento lo habría hecho llamando a concurrir a su herencia, en sustitución y ocupando el lugar de quien llegado el momento no puede hacerlo por haber premuerto, a los descendientes de este. Esa voluntad se extrae del afecto que el causante tiene normalmente por los descendientes de aquel a quien por su más cercano grado de parentesco hubiera correspondido la herencia en primer lugar, si hubiera estado vivo al abrirse esa sucesión⁶⁴.

Las tesis objetivas, por su parte, tienen un denominador común: que no explican el derecho de representación en base a la voluntad presumible del causante sino por consideraciones desconectadas de esa idea. Pero luego dentro de este grupo existen, como hemos dicho, variantes claramente diferenciables entre sí, que justifican su estudio separado; en cuanto a su denominación, no encontramos

determinación del *quantum* deferido por la ley a los representados a través del mecanismo de la división por estirpes (sobre esto, *vid. infra* 5.1.e).

⁶⁴ «El derecho de representación –dice MANRESA, *op. cit.*, p. 54–, aunque quebranta el rigor de los principios, se funda en la misma naturaleza humana, obedeciendo... a la presunta voluntad del causante. Los nietos reemplazan en el corazón del abuelo al hijo que perdió; el cariño inmenso que hacia este sintió, y que trascendía a aquellos, se concentra en los mismos cuando la muerte le arrebató al hijo (...). En su afección se equiparan los hijos que aún viven con los nietos que quedaron huérfanos, y esto... aunque en menor escala, tiene también lugar respecto a un hermano con los hijos de sus hermanos». GARCÍA GOYENA: «El amor y la ternura crecen a medida que descenden en línea recta, y crecen más cuando una muerte prematura ha roto el grado intermedio; el nieto ó viznieto huérfanos son más queridos del abuelo ó visabuelo que se ve avanzado por ellos en la carrera de las generaciones: la compasión, el cariño y hasta la vanidad conspiran a un mismo objetivo. La ley que excluyera la representación en la línea recta descendente, sería una ley impía y antinatural» (*Concordancias, motivos y comentarios cit.*, art. 754, t. II, p. 173). En el mismo sentido SÁNCHEZ ROMÁN (*op. cit.*, t. VI.3, pp. 1703 ss). Igualmente GUILARTE se muestra claramente proclive a esta explicación (*op. cit.*, pp. 138-139 y 149), aunque reconozca también, pero con menos intensidad (pp. 146-147 y 159), el argumento objetivo tradicional.

nosotros ninguna que les encaje fácilmente, por lo que vamos a exponerlas sin darles nombre propio.

Tenemos así, en primer lugar, la tesis objetiva tradicional, que fundamenta la figura estudiada apuntando razones de tipo familiar o social: la conveniencia o necesidad de proteger económicamente a los descendientes del representado, evitándoles el perjuicio añadido que supondría para los hijos sumar, al dolor de haber perdido a su padre premuerto, el impedirles concurrir a la herencia de su abuelo⁶⁵.

La segunda variante dentro del grupo objetivo fundamenta el derecho de representación en la consideración de la estirpe como destinataria del llamamiento a la herencia⁶⁶. Según esta tesis, hay que partir de la base de que cuando alguien es llamado a una herencia en calidad de hijo o hermano del difunto, no se le llama propiamente a título personal o individual sino sobre todo como cabeza de su estirpe (del grupo familiar que ha formado en derredor suyo, de la serie de generaciones que han surgido y descienden de él), para que acepte y reciba esa herencia no solo en su particular interés sino en el de toda su estirpe. Él es llamado en primer lugar simplemente porque, dentro de su estirpe, es el de grado más próximo al causante. Por ello, cuando por las razones que sea no recibe esa herencia, esta pasa a deferirse a los integrantes de la estirpe de grado siguiente (y así sucesivamente), pues la estirpe está ahí y por tanto debe poder concurrir a esa herencia y recibirla, tomando como módulo cuantitativo la porción que hubiera recibido la cabeza⁶⁷. El derecho de representación –se dice– es el expediente técnico a través del cual se articula el llamamiento a la estirpe, ya que

⁶⁵ GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, 13.ª ed., Madrid 1881, t. II, p. 105; ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio mortis causa*, Sevilla, 1951, p. 191; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, t. V, *Derecho de Sucesiones*, 5.ª ed. Barcelona, 1993, p. 49. También VATTIER, aunque este autor a las consideraciones objetivas dichas añade la idea de tutelar a la generación actual (*op. cit.*, pp. 187-188 y 196). Y ROCA SASTRE (*Estudios de Derecho privado cit.*, pp. 282-283), aunque luego afirma que las consideraciones objetivas son acertadas en el caso de premoriencia pero no en caso de indignidad: se trata de una idea orientada a justificar su propuesta de llegar en ese caso a un resultado enteramente semejante pero a través de un expediente distinto al derecho de representación –la *successio graduum*–, reservando aquel solo para el caso de premoriencia. Sobre esto trataremos *infra* 5.3.

⁶⁶ Esta tesis tuvo su defensor primero en KOHLER (*Repraesentationsrecht. Gesamelte Abhandlungen*, Mannheim 1882, pp. 367 ss, según cita de FUENMAYOR, quien por su parte parece encontrar válida la idea: *op. cit.*, p. XLV), y ha sido luego actualizada y perfilada por BARASSI (*Le successioni per causa di morte*, 3.ª ed. Milán, 1974, p. 67).

⁶⁷ Llevando estas premisas a su más acabado desenvolvimiento, BARASSI explica y justifica la admisión que el Cc italiano de 1942 ha hecho de la operatividad del derecho de representación en caso de repudiación del primer llamado: «vi è una ragione più oggettiva a giustificare anche in caso di rinuncia del figlio o del fratello a succedere al defunto la successione dei rispettivi discendenti per rappresentazione: la presenza di una estirpe, che è per sé buona promessa per una feconda gestione nell'alone della solidarietà familiare» (*op. cit.*, p. 72).

este es en realidad un llamamiento colectivo, aunque dentro de la estirpe funcione el criterio de proximidad de grado⁶⁸.

La última variante objetiva explica el derecho de representación acudiendo a la idea de conservación del patrimonio del causante en el círculo de su familia, destacando además que los representantes pertenecen a la generación siguiente al representado (u otra ulterior)⁶⁹, lo que permite hipotizar el propósito de ayudar a los parientes que integran la generación más joven como el principio de política legislativa a que responde la figura en cuestión⁷⁰.

Han quedado, con lo anterior, expuestas las varias consideraciones apuntadas por la doctrina para explicar el fundamento y razón de ser del derecho de representación. ¿Qué valoración nos merecen esas tesis?

A nuestro entender la tesis de la estirpe, en los precisos términos en que ha sido expuesta, no es posible darla por válida en nuestro Ordenamiento, pues no se ajusta a sus directrices. Ya que en él el llamamiento sucesorio ab intestato no se hace de forma colectiva a la estirpe sino con arreglo a los dictados de un sistema lineal y de forma individual, y a ello se acomoda también el derecho de representación, sin perjuicio de su intrínseca peculiaridad. En nuestro Derecho el llamamiento sucesorio intestado se defiende a favor de sujetos concretos, que ciertamente tienen relación de parentesco con el causante pero que en ningún caso se organizan en forma de colectivo o parentela (lo cual por otra parte es fácilmente comprensible, pues este derecho no se configura entre nosotros con arreglo al modelo germánico sino a la concepción romana). Esta explicación, por tanto, sin negar el carácter sugestivo que el sistema de parentelas puede tener en el plano teórico⁷¹, no puede darse por válida en nuestro Ordenamiento.

Tampoco es posible dar por válida en nuestro Derecho la tesis que apunta como fundamento del derecho de representación la pretensión de conservar el patrimonio en la familia del causante, favoreciendo a los parientes de la generación más joven. Pues la idea de conservar los bienes relictos en la familia del causante no estuvo presente «en el pensamiento del legislador de 1889 ni deriva su

⁶⁸ Esta tesis, como por otra parte es lógico habida cuenta de su origen, participa claramente de las ideas de condominio familiar y de sistema de parentelas, de raíz germánica.

⁶⁹ PINO, «Limiti di applicazione del diritto di rappresentazione», en *Giurisprudenza italiana*, 1947, cc. 323-330, aunque en realidad esta tesis no está tan lejos de la anterior, como lo evidencia que PINO cite entre sus sostenedores a BARASSI.

⁷⁰ VATTIER, aunque no la suscribe plenamente, parece verla con agrado (*op. cit.*, pp. 187-188 y 196).

⁷¹ Sobre esto, *vid.* SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, pp. 147 ss. «La ventaja que principalmente se atribuye a este sistema –dice ROYO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 256-257– es que conduce con mayor facilidad los bienes a poder de parientes más jóvenes, pues no fuerza a agotar la línea ascendente antes de llegar a la colateral».

existencia del propio régimen legal sancionado en la materia»⁷², y además si ese hubiera sido el objetivo ello no exigiría acoger el derecho de representación, pues eso se conseguiría igualmente por aplicación estricta del principio de proximidad de grado. Y la idea de favorecer a las generaciones más jóvenes no la tuvo tampoco presente nuestro legislador, siendo así que el carácter de posibles representantes que el Código confiere a los descendientes en línea recta sin límite y a los hijos de hermano en línea colateral, excluyendo la línea recta ascendente y la colateral más allá del caso dicho, se explica mejor con el argumento (de rancio abolengo histórico) de que el cariño desciende, no asciende, y que en la línea colateral el afecto no se proyecta con suficiente intensidad más allá de los sobrinos *ex fratre*⁷³.

Nos quedan entonces la tesis subjetiva y la tesis objetiva tradicional, cada una de las cuales presenta puntos de acierto pero también defectos, por lo que ninguna de ellas puede ser acogida en su totalidad. En realidad estas dos tesis, más que incorrectas, pensamos que, tomadas cada una por separado, son parciales. Por lo siguiente.

Empezando por la tesis subjetiva, consideramos que esta, tomada en términos estrictos, adolece del mismo defecto que comúnmente se acostumbra a señalar a quienes pretenden explicar el régimen de la sucesión intestada con base en una voluntad presunta del causante, que el legislador plasmaría en la ley. Esto parece hoy claro que no es así, pues ni esa voluntad existe (por hipótesis), ni existe tampoco base legal que permita sustentar tal presunción⁷⁴. Por tanto, la traslación de esa explicación al derecho de representación, aunque se comprenda fácilmente por la proximidad sistemática de ambas regulaciones y por el carácter legal de ambos fenómenos, no puede darse por válida. El derecho de representación, al igual que la sucesión intestada, viene establecido por el legislador como expediente singular para dar la respuesta que considera adecuada a la situación que en determinados casos se plantea. Se trata, como se ha dicho más arriba, de una figura de naturaleza enteramente legal; acudir aquí a una voluntad tácita o presunta del cau-

⁷² GUILARTE, *op. cit.*, p. 139.

⁷³ GUILARTE, *op. cit.*, p. 139; MANRESA, *op. cit.*, p. 54. En el panorama europeo la limitación del derecho de representación en la línea colateral ha sido y es objeto de debate doctrinal y de distinto tratamiento legal: una exposición del tema puede verse en VATTIER (*op. cit.*, pp. 187 ss y 203-204). En general juega en este tema un papel importante la consideración de que cuanto más numerosos sean los sujetos a quienes se confiere tal derecho, más se posibilita el fraccionamiento de la herencia, que es un resultado poco aconsejable desde un punto de vista económico.

⁷⁴ VATTIER, *op. cit.*, pp. 185-186.

sante no es necesario, ni adecuado⁷⁵. Aunque esto no obstante entendemos también que esta tesis pone de relieve un enfoque de la cuestión merecedor de ser tenido en cuenta. Unas líneas más adelante explicaremos por qué.

En relación con la tesis objetiva tradicional pensamos que las razones que apunta son correctas pero insuficientes, por no reflejar en su totalidad las consideraciones que llevaron al legislador a establecer el derecho de representación. En este sentido, nada tenemos que objetar a las consideraciones familiares o sociales que esta tesis señala: proteger económicamente a los descendientes del representado. Pero nos parece que incurre en el defecto, tal vez por un exceso de purismo, de cerrar los ojos a otra motivación que también tuvo en cuenta el legislador: la consideración de que esa era, a juicio de los codificadores sin duda, la voluntad presumible del causante en esos casos. «Con independencia de que el legislador acertara o no al tomar en cuenta tal razón –se ha dicho atinadamente–... el reconocimiento que hace del derecho de representación obedece básicamente a... consideraciones subjetivas..., no solo por los precedentes históricos del Código en este punto, sino también por las ideas imperantes en la doctrina del momento»⁷⁶. Prueba de ello es que autores tan importantes como García Goyena, Sánchez Román o Manresa, anteriores o coetáneos a la elaboración del Código, se manifestaron claramente en este sentido⁷⁷. Se peca por tanto de insuficiencia, si no se admite esta consideración. Aunque esto dicho tal vez haya que rebajar el tono de esta objeción, pues si bien se mira parece fácil advertir que la consideración subjetiva no está tan lejos de esta tesis, en tanto que la voluntad presumible del causante es en cierta medida reconducible a la idea de protección de la familia⁷⁸. La tesis subjetiva y la tesis objetiva tradicional, en verdad, cabe pensar que son solo distintas perspectivas de una misma realidad, pues cada una de ellas lleva implícita la otra⁷⁹.

Llegados a este punto, concluimos entonces que la postura más acertada en este tema pasa por situar el fundamento del derecho de representación en una opción de política legislativa, en una deci-

⁷⁵ Así parece ser lo decía, ya en su tiempo, BARTOLO: *Quod filius succedat in locum patris, non habet a patre, sed ex dispositione legis*.

⁷⁶ GUILARTE, *op. cit.*, p. 138.

⁷⁷ *Vid. supra* nota 64.

⁷⁸ Así lo sostenía hace ya algún tiempo BEUDANT, *Cours de Droit civil français*, 2.^a ed. París, 1936, t. V, p. 184. Admiten esta idea hoy entre nosotros VATTIER, *op. cit.*, pp. 184-185, y PUIG BRUTAU, *op. cit.*, t. V.3, p. 299.

⁷⁹ En este sentido, se ha dicho que entre una y otra hay circularidad: así Enrico MOSCATTI, «I limiti della successione per rappresentazione nella linea collaterale (Profili storici e costituzionali)», *Rivista di Diritto Civile*, 1977-I, p. 539.

sión del legislador establecida para dar respuesta adecuada a la situación que en determinados casos se plantea, y que a esa decisión llega tras ponderar varias razones, entre las cuales están consideraciones familiares y sociales –proteger económicamente a los hijos o descendientes de quien no va a suceder, permitiéndoles concurrir en su lugar a la herencia de un pariente ahora abierta– pero también la consideración –a juicio del legislador de la época, repetimos– de que el llamamiento a concurrir a una herencia, a los descendientes de quien llegado el momento no puede hacerlo por haber premuerto, habría sido la voluntad que el causante habría tenido, si hubiera otorgado testamento.

Esos son, a nuestro modo de ver, el fundamento y las razones a que responde el derecho de representación, tal como nuestro Ordenamiento civil común lo configura con carácter general.

Este entendimiento de la figura, o uno sustancialmente semejante, es de hecho el que sostienen los autores que militan en este tema en la llamada tesis sincrética, que cuenta con defensores importantes en nuestra doctrina⁸⁰.

Dicho lo anterior, ahora bien, debemos analizar si ese fundamento es único y siempre el mismo, o si por el contrario varía en función del caso concreto de representación de que se trate. Esta cuestión se justifica por cuanto que el régimen y contenido de esta figura, tal como en nuestro Derecho se establece, no es siempre el mismo sino que varía, y con una variación no nimia sino cuantitativa y cualitativamente sustancial.

Para responder a esto debemos partir del art. 924 Cc, según el cual «*llámase derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que ten-*

⁸⁰ Así por ejemplo CASTÁN (siguiendo al portugués SANTOS CRUZ): «el fundamento del instituto de la representación... es dar a los bienes el destino más conforme con la voluntad precisa del *de cuius*, que se entiende es la de asegurar la continuidad económica de toda su estirpe» (*op. cit.*, p. 159); «El derecho de representación –dice luego en pp. 161-162–... no se funda solo en razones subjetivas (la presunta voluntad del causante), sino en consideraciones objetivas, de orden familiar, social y humanitario. Desde el punto de vista familiar y social, la representación tiene la finalidad misma de la sucesión por estirpes, o sea la de proteger los vínculos de familia, consagrando y asegurando... la participación igualitaria de las diversas columnas o estirpes y de sus descendientes en la sucesión del autor común. Desde el punto de vista humanitario, la representación hereditaria satisface un sentimiento de piedad muy respetable, reparando en lo posible el perjuicio que la muerte prematura del padre podría originar a los huérfanos, al unir, al dolor de haberlo perdido, el de excluirse de los bienes que habría heredado si hubiera vivido». En el mismo sentido SCAEVOLA: «¿A qué es debido este fenómeno [el derecho de representación]? A la circunstancia de que lo que en la esfera legal es una repulsa de la regla común [el principio de preferencia por proximidad de grado], en el orden natural constituye, por el contrario, una determinación de la ley de la sangre, de la realidad fisiológica y psicológica. (...) Ya sea el amor, que descendiendo de hijo en hijo se hace más vivo, ya lo exija el orden familiar y social, o por estas razones reunidas como yo creo...» (*Código civil comentado...*, t. XVI, pp. 248-249). También SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pp. 460-461; y MADRIÑÁN, *op. cit.*, pp. 75-78.

dría si viviera o hubiera podido heredar». Este precepto es el primero de los varios específicamente dedicados por el Código civil a regular la representación sucesoria, y en unión con los dos artículos que le siguen –925 y 926– forma la tríada que recoge el entendimiento tradicional de la figura, que constituye a su vez el pilar sobre el que esa se dibuja hoy en el Código con carácter general. Pues en ellos se da una idea general del significado y operatividad de la figura, se la delimita desde el punto de vista subjetivo al decir quiénes pueden ser representantes, y se la concreta desde la perspectiva objetiva al decir que los representantes recibirán todo lo que el representado habría recibido si viviera pero no más, por lo que en su caso la división de la herencia se hará por estirpes y por cabezas⁸¹.

Sobre esta base tenemos entonces que, en el supuesto clásico y arquetípico de derecho de representación –la premoriencia del pariente de grado más próximo–, las consideraciones antes apuntadas como fundamento del mismo encajan perfectamente. Pues a través de ese expediente el legislador evita las consecuencias indeseables que de otro modo se producirían a resultas del acaecimiento de un suceso tan fortuito como es la premoriencia de un hijo a su padre, o de un hermano a otro (en defecto de hijos de aquel), cuando dejan a su vez hijos. Posibilitando que los hijos del hijo o del hermano premuerto, nietos o sobrinos de quien ahora es causante de la herencia, concurren a ella junto con otros hijos o hermanos vivos que ese causante tenga al tiempo de su muerte, ocupando el lugar de su padre y tomando la misma porción que a este hubiera correspondido de no haber sido por ese suceso. Con este expediente, se ha escrito, nuestro Ordenamiento mantiene el *statu quo* que se hubiera dado si la falta del llamado de primer grado no se hubiera producido⁸². Por eso hemos dicho que en este caso la decisión del legislador de acoger el derecho de representación y darle el régimen y contenido con que en esos preceptos del Código civil –arts. 924, 925 y 926– se dibuja, responde tanto a consideraciones familiares y sociales –proteger los intereses económicos de los hijos y descendientes del representado– como a la voluntad presumible de este.

Sin embargo, las cosas no son siempre así. Pues el Código permite también el juego del derecho de representación en otros casos

⁸¹ Si los representantes son varios, la porción que hubiera correspondido al representado se dividirá entre ellos por cabezas. Por esto el sistema de división por estirpes no permite que esos representantes, en caso de ser varios, resulten beneficiados. O, visto desde la perspectiva contraria, que los otros llamados de primer grado se perjudiquen por esa causa.

⁸² SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 250.

—en los que el pariente más próximo al causante está vivo al abrirse la sucesión pero no puede heredar, por indignidad (art. 761 Cc) o desheredación (art. 857 Cc)—, pero con una medida distinta a la que hemos visto hace un momento: lo que en concepto de legítima hubiera correspondido al representado.

Antes de entrar a fondo en esta cuestión conviene que nos detengamos un momento a considerar la medida de la representación que en esos casos se atribuye a los representantes.

Los arts. 761 y 857 Cc fueron introducidos como novedad en nuestro Derecho positivo en el año 1889 por obra del Código civil, aunque su propuesta primera se hizo en el Proyecto de 1851⁸³. Y desde siempre han sido considerados en paralelo, casi como si fueran siameses, entendiéndose que ambos contienen la misma disposición normativa aunque uno la refiere al caso de indignidad del descendiente más próximo y otro al caso de desheredación con justa causa. En estos casos, el resultado que se producía con los postulados tradicionales (*viventis non datur repraesentatio*) era que no solo el pariente más próximo (el afectado por la indignidad o la desheredación) quedaba excluido de suceder, sino también sus descendientes. Este resultado, sin embargo, al tiempo de elaborar el Código no se consideró aceptable, lo que se evitó introduciendo los arts. 761 y 857 Cc, que establecen en esos casos derecho de representación a favor de los descendientes de segundo o ulterior grado.

Aunque la interpretación de los mismos no es del todo pacífica en algunos puntos, aquí nos vamos a centrar en la medida de la participación en la herencia que esos preceptos confieren a los descendientes del descendiente indigno o desheredado. En este sentido, son dos las posibilidades que existen.

La que cuenta con un respaldo minoritario parte de la base de interpretar esos preceptos en clave de preterición. Para quienes así piensan, lo que esos artículos hacen es afirmar que los hijos del hijo indigno o desheredado se convierten, a resultas de la indignidad o desheredación de su padre, en legitimarios ellos mismos con respecto a su abuelo, y por tanto que en caso de no haber sido mencionados por este en su testamento resultan preteridos⁸⁴. Y así,

⁸³ El art. 623 del Proyecto de 1851 decía así: «*Si el excluido de la herencia por indignidad o incapacidad es hijo o descendiente del testador, y tiene hijos o descendientes, tendrán estos derecho a la legítima del excluido, en caso de haber otros herederos testamentarios*». Por su parte, el art. 673 de ese mismo Proyecto decía lo siguiente: «*Los hijos del desheredado que sobrevive al testador, ocupan su lugar y derechos de herederos forzosos respecto a la legítima, sin que el padre desheredado tenga el usufructo y administración de los bienes que por esta causa heredan*».

⁸⁴ ALBI AGERO, *op. cit.*, pp. 117-118; CÁMARA, *op. cit.*, pp. 35 ss; SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pp. 454-455; CRUZ AUÑÓN, *op. cit.*, pp. 546 ss.

dicen, la solución no es atribuirles derecho a recibir lo que a su padre hubiera correspondido en concepto de legítima en esa herencia, sino aplicarles el régimen legal de preterición contenido en el art. 814 Cc (en su redacción anterior a la reforma de 13-5-1981⁸⁵, ya que todos los autores que sostienen eso escriben con anterioridad a esa fecha). Lo que supone la anulación total de la institución de herederos que en el testamento en cuestión (el del abuelo) se hubiera hecho y el deferimiento de esa herencia con arreglo a las normas de la sucesión intestada, correspondiendo entonces a los descendientes del descendiente indigno o desheredado, por representación, toda la cuota que a estos hubiera correspondido en esta sucesión. Esto significa que lo que reciban los hijos del hijo indigno o desheredado ninguna relación tiene con la legítima, pudiendo ser –de hecho, se dice, así será en la mayoría de los casos– una cantidad superior⁸⁶.

La interpretación que goza del favor mayoritario de la doctrina considera, sin embargo, que la medida de lo que se atribuye a los descendientes del descendiente indigno o desheredado viene dada por lo que en concepto de legítima hubiera correspondido a este en esa herencia⁸⁷.

¿Cuál es la solución correcta? Para decidir, hay que recurrir a los antecedentes de esos preceptos. Aunque hemos dicho que son

⁸⁵ La redacción original del art. 814 era la siguiente: «*La preterición de alguno ó de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento ó sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas. / (...) / Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto*». Este precepto se modificó por Ley de 24-4-1958, quedando su párrafo primero –que es el que aquí interesa– con la siguiente redacción: «*La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas*».

⁸⁶ Aunque no contemplada directamente por estos autores –lógico, ya que su afán es rechazar la aplicación del derecho de representación a la sucesión testada–, igual solución parece habría de aplicarse en caso de que la herencia en cuestión se hubiera deferido abintestato.

⁸⁷ CASTÁN, *op. cit.*, p. 148; SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, VI, 3, pp. 1708-1709; SCAEVOLA, *op. cit.*, pp. 284-287; VALLET, *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, t. I, *Las legítimas*, en *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, INEJ., vol. LVIII, Madrid, 1974, p. 628; ROCA SASTRE, *Notas al Derecho de Sucesiones de Kipp*, 2.ª ed., Barcelona, 1976, t. I, p. 50; ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. X-1.º, Madrid, 1987, art. 761 Cc, pp. 286-287; MARTÍNEZ CALCERRADA, *La representación en el Derecho sucesorio*, Pamplona, 1966, pp. 351-352; VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, t. II, Madrid, 1984, pp. 346 ss; ESPEJO, *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Madrid, 1996, pp. 106-116 (del mismo autor: *Alcance cuantitativo del derecho de representación sucesorio en los casos de indignidad y desheredación*, en *Libro-homenaje al Prof. Manuel Albaladejo García*, Murcia, 2004, t. I, pp. 1471 ss); O'CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 555; DÍAZ-ALABART, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, art. 761, p. 1871. En la Jurisprudencia, entre otras, *vid.* STS 6-12-1952 (RJ 2430/1952).

paralelos, para mayor claridad expositiva vamos a continuación a considerarlos por separado.

Y así, en relación con el art. 761 Cc tenemos que en el Proyecto de 1851 la norma equivalente (art. 623⁸⁸) no era susceptible de aplicación general, pues conforme a su inciso final se aplicaba solo al caso que cumpliera los requisitos que en ella iban implícitos, esto es, que la sucesión se hubiera deferido por vía de testamento y que el hijo indigno no fuera el único instituido heredero⁸⁹. Lo que significaba que, en ese caso, lo que los descendientes del hijo indigno recibían se reducía a lo que por legítima hubiera correspondido al hijo indigno. Pero significaba también que, en otro caso –v. gr., herencia intestada, o cuando el hijo indigno hubiera sido instituido heredero único–, lo que recibían los descendientes de segundo grado no se limitaba a la legítima sino que alcanzaba a todo lo que a aquel se hubiera deferido⁹⁰. Esa norma, ahora bien, aunque se mantuvo prácticamente inalterada en el Anteproyecto de Código de 1882-1888⁹¹ sufrió una modificación sustancial al ser trasladada al definitivo Código civil, ya que en la redacción del actual art. 761 se suprimió el inciso final «*en el caso de haber otros herederos testamentarios*», quedando con el tenor literal que tiene ahora. A resultas de lo cual es claro que la atribución que en el art. 761 Cc se dispone hoy a favor de los hijos del hijo indigno se limita siempre, en todo caso, a lo que en concepto de legítima hubiera correspondido al indigno, no a toda la cuota de herencia que eventualmente hubiera estado destinada a él. Su letra y sus antecedentes –tomados *a contrario*– así lo confirman, y así lo estima la doctrina dominante, a la que nos sumamos en este punto⁹².

⁸⁸ Vid *supra* nota 83.

⁸⁹ Vid. MENA-BERNAL, *op. cit.*, pp. 92 ss; ESPEJO, *op. cit.*, pp. 114-115.

⁹⁰ Así, frente a la solución adoptada en el Código sardo (albertino), en el que la representación en caso de indignidad se limitaba siempre a la legítima, fueran cuales fueran las circunstancias, GARCÍA GOYENA explicaba el sentido del art. 623 del Proyecto –del que él mismo había sido autor– diciendo que «como la incapacidad o indignidad tienen también lugar en las herencias sin testamento, los hijos del incapaz o indigno sucederán en ellos por las reglas generales del título siguiente [*i.e.*, de la herencia intestada: *vid.* arts. 742 y 743], sin atenerse a la rigurosa legítima, pues que no les obsta la espresa voluntad del testador» (*Concordancias, motivos y comentarios cit.*, t. II, p. 76; también p. 167). Un planteamiento semejante lo sostienen hoy GUILARTE (*op. cit.*, pp. 194-195) y REY PORTOLÉS [«Comentario a vuela pluma de los artículos de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», *RCDI*, 1982, pp. 300-301].

⁹¹ Art. 760 del Anteproyecto: «*Si el excluido de la herencia por indignidad o incapacidad fuere hijo o descendiente del testador, y también tuviere hijos o descendientes, adquirirán estos su derecho a la legítima en el caso de existir otros herederos testamentarios*».

⁹² Aunque el art. 761 Cc sigue hablando de testador, esta norma es igualmente aplicable a la sucesión intestada. Sobre esto, *vid. infra* punto 4.1.2.A.h).

En relación con el art. 857 Cc, la solución es la misma. Esto es, que lo que se atribuye a los descendientes del desheredado es derecho a percibir lo que en concepto de legítima hubiera correspondido a su padre en esa herencia, nada más⁹³. Lo que se justifica porque tal solución es la que se acomoda mejor a la letra del precepto y a su interpretación en paralelo con el art. 761 C.c.⁹⁴. Y porque cuenta además con el respaldo de García Goyena –cuya interpretación es casi auténtica, ya que fue él quien introdujo el equivalente de esta norma en el Proyecto de 1851–, pues en sus comentarios respecto al caso de desheredación, a diferencia de lo que hace en el caso de indignidad, no contempla siquiera la posibilidad de que la representación pueda abarcar todos los derechos intestados⁹⁵.

⁹³ No resulta aceptable la solución propuesta por GUILARTE ZAPATERO (*op. cit.*, pp. 193-194), quien estima que en los casos en que la desheredación desemboque en una sucesión intestada (esto es posible, pues el testamento en que se establezca la desheredación puede tener un contenido limitado exclusivamente a desheredar, en cuyo caso cuando llegue el momento la herencia del desheredante se deferirá conforme a las reglas de la sucesión legal) es preciso distinguir dos supuestos. Uno, cuando el testamento se limita a ser meramente desheredatorio, sin contener institución de heredero ni ningún otro tipo de disposición en orden a la distribución del caudal hereditario. Y otro cuando el testamento en cuestión, aparte de desheredar a uno de los descendientes contiene disposición de los bienes que componen la herencia del causante, pero no disposición total sino parcial (o cuando alguna de las disposiciones que en ese testamento se contienen resulta ineficaz por alguna razón). Afirmando que en el primer caso la estirpe del desheredado recibirá por representación únicamente lo que a su padre desheredado hubiera correspondido por legítima, defiriéndose el resto conforme a las reglas de la sucesión intestada pero sin que a ella puedan concurrir, ni el desheredado ni sus descendientes. Mientras que en el segundo caso, en la parte no dispuesta en testamento (o en la que haya sido objeto de disposición que por alguna razón resulte luego ineficaz) se aplicarán las reglas de la sucesión intestada, todas, también las del derecho de representación, de tal forma que a ella concurrirán no solo los no desheredados sino también los descendientes del desheredado, sucediendo aquellos por cabezas y estos por estirpes, por referencia al padre desheredado pero en toda la cuota intestada, sin limitación a la legítima (aunque esta, naturalmente, haya de cumplirse). Esta distinción de supuestos, sin embargo, no puede aceptarse, sino que la solución debe ser siempre la misma, ya que los datos de diferencia señalados entre un supuesto y otro no son relevantes en este sentido. Pues aunque el significado más directo e inmediato de la desheredación sea que el desheredado no perciba lo que por legítima le hubiera correspondido en esa sucesión, es idea pacíficamente admitida que tampoco percibirá lo que en la misma le hubiera podido corresponder aplicando las normas de la sucesión intestada, en caso de que esta sea la forma por la que esa herencia, o parte de ella, se defiera. Esta idea es casi unánimemente compartida por la doctrina (*vid.*, por todos, VALLET: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer* cit., pp. 708 ss). Aplicándola directamente al caso del derecho de representación, *vid.* ESPEJO, *op. cit.*, pp. 110 ss.

⁹⁴ GARCÍA GOYENA, al comentar el equivalente de esos preceptos en el Proyecto de 1851, ponía de relieve el paralelismo entre ellos (*Concordancias, motivos y comentarios* cit., ad arts. 623 y 673).

⁹⁵ *Concordancias, motivos y comentarios* cit., ad arts. 623, 673 y 743. No es óbice para lo dicho que al comentar el art. 743 del Proyecto GARCÍA GOYENA mezcle en algún momento el número de los artículos. Sus palabras son las siguientes: «en el caso de nuestro artículo 623... hay una voluntad espresa del testador contra el desheredado (...): de consiguiente, no puede heredarse ab-intestato, y harto se favorece a los hijos del desheredado con darles el derecho que se da en el artículo 645 al heredero forzoso a quien por cualquier título se deja menos de la legítima» (*op. cit.*, ad art. 743, t. II, p. 167). Pensamos, tal como decíamos antes, que se produjo ahí un error de número, y que el precepto

La solución correcta es, por tanto, limitar a la legítima la medida de lo que los arts. 761 y 857 Cc atribuyen a los descendientes del descendiente indigno o desheredado. Sin que sea posible aceptar la interpretación sostenida por la doctrina minoritaria. Pues si la idea querida por el legislador hubiera sido calificar esos supuestos como casos de preterición y aplicarles el régimen propio de esta, hubiera sido lo propio decirlo claramente. Pretender que el no haberlo hecho así se debe a error o descuido del legislador, repetido además en preceptos paralelos pero separados como son los arts. 761 y 857 Cc, es difícil de aceptar⁹⁶.

Dicho esto, retomamos el hilo del discurso donde lo dejamos: que el Código permite el juego del derecho de representación, además de en caso de premoriencia también en los casos de indignidad y desheredación, aunque con una medida distinta que en aquel: en estos otros casos, limitándolo a lo que en concepto de legítima hubiera correspondido al representado. Y entonces nos preguntamos: ¿por qué es esto así? ¿Cuál es el fundamento del derecho de representación en estos casos? Contrástemoslo con las varias posibles explicaciones que más arriba quedaron expuestas.

Sin necesidad de detenernos en ellas, podemos aquí volver a desechar tanto la tesis que señala a la stirpe como destinataria de la herencia intestada como la que apunta la idea de conservar el patrimonio en el círculo de la familia (y favorecer a las generaciones más jóvenes), pues por las mismas razones que dijimos cuando las analizamos, tampoco en los casos ahora considerados resultan

al que se refería no era el art. 623 sino el art. 673, pues este trata de la desheredación y aquel de la indignidad.

⁹⁶ En este sentido, y para mayor rebatimiento de esta interpretación, podemos destacar que la misma, si bien inicialmente puede considerarse coherente al desenvolverse termina sin embargo en un callejón sin salida. Pues si se procede primero a aplicar la regulación de la preterición y ello lleva a anular la institución de heredero y a reconducir el caso al régimen de la sucesión intestada, ello supone que los hijos del hijo indigno o desheredado habrán de concurrir a la herencia del abuelo junto con sus tíos, que son descendientes de primer grado, y por tanto a través de representación. Pero entonces tenemos que para este caso el art. 929 Cc no remite al art. 924 Cc, que habla de suceder «en todos los derechos que tendría (el representado)», sino a los arts. 761 y 857 Cc, que hablan de adquirir «derecho a la legítima». [Así debe entenderse el art. 929 Cc, pues así resulta a la vista de su antecedente en el Proyecto de García Goyena (art. 758), que era más claro en este sentido en tanto que hacía referencia directa a preceptos señalándolos por su número. El art. 758 del Proyecto de García Goyena rezaba así: «No se puede representar a una persona viva, salvo los casos designados en los artículos 623 y 673», el primero de los cuales era paralelo del actual art. 761 Cc, y el segundo del actual art. 857 Cc (vid. el lacónico comentario al mismo de GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios* cit., t. II, p. 177)]. Lo cual supone un círculo vicioso sin salida. Tanto es así, que los autores que militan en esta tesis minoritaria se limitan a afirmar su idea –que hay preterición y que por consecuencia, por aplicación de las reglas de la sucesión intestada, los hijos del indigno o desheredado recibirán la cuota intestada que a su padre hubiera correspondido–, pero sin desarrollarla, porque no encuentran vías para articularla.

atendibles. Nos centramos, pues, en la tesis subjetiva y en la objetiva tradicional.

En relación con la tesis subjetiva, ahora bien, además de su intrínseca debilidad tenemos que en los casos de indignidad y desheredación, a diferencia de lo que ocurre en el caso de premoriencia, no es posible decir que el legislador haya atendido a una voluntad presumible del causante de dejar, lo que el llamado en primer grado no ha podido recibir por causa de indignidad, a los descendientes de este; o de dejar, lo que explícitamente no ha querido dejar al que ha desheredado, a sus descendientes. La idea de la voluntad presumible del causante, aunque no sea correcta en sentido estricto, dijimos antes que se debe admitir como una de las varias consideraciones tenidas en cuenta por el legislador de la época para justificar en líneas generales el derecho de representación. Pero no puede, sin embargo, mantenerse en los supuestos de indignidad y desheredación, a menos que haya expresa disposición (testamentaria) del causante en ese sentido⁹⁷: en estos supuestos la «voluntad presumible» del causante, de haberla, en todo caso sería más bien de sentido contrario⁹⁸. Esta explicación, por tanto, hay aquí que rechazarla.

Queda entonces la tesis objetiva tradicional, que como sabemos apunta a consideraciones familiares o sociales concretadas en dispensar protección económica a los descendientes de quien va a ser representado. Tampoco esta explicación, sin embargo, puede darse por buena en los casos de indignidad y desheredación. Para evidenciarlo basta señalar la distinta entidad cuantitativa que el derecho de representación tiene en el caso de premoriencia y en los casos que ahora estamos viendo. ¿Cómo es posible entonces explicar en estos casos el derecho de representación, con la limitación cuantitativa a lo que en concepto de legítima hubiera correspondido al sujeto representado que en ellos existe, con el mismo fundamento que se aduce para justificar el derecho de representación en caso de premoriencia, en el que se da a los representantes derecho a recibir todo lo que el representado hubiera recibido si hubiera vivido? Si la idea es proveer al sustento de los hijos y descendientes del representado, ¿acaso los del indigno o desheredado precisan menos protección económica que los hijos y descendientes del premuerto? No parece que sea así. Tal vez incluso más, pues la falta que ha dado lugar a la desheredación o indignidad del padre puede no ser sino una manifestación más del talante de esa persona, que no es

⁹⁷ Advertimos aquí, de nuevo, que los arts. 761 y 857 Cc son aplicables tanto en caso de sucesión testada como intestada: sobre esto, *vid. infra* punto 4.1.2.A.h).

⁹⁸ ESPEJO, *op. cit.*, p. 109; GUILARTE, *op. cit.*, p. 149.

desatinado pensar se traducirá en otros actos reprobables o perjudiciales, en relación con sus hijos y descendientes.

Esta tesis, por tanto, no es aceptable. Y no se diga, como sin embargo se dice a veces, que en esos casos verdaderamente no hay restricción del derecho de representación porque los representantes reciben lo que al representado hubiera correspondido por ley –la legítima–, y que lo que excede de la misma solo se debe a la libre voluntad del causante y por tanto no es un derecho de aquellos. Este argumento no puede admitirse. Por lo pronto, porque si se trata de sucesión intestada la distinción entre parte legal y parte voluntaria no resulta procedente en absoluto. Pero además, aunque se trate de sucesión testada, porque el argumento dicho, si bien no plantearía dificultad en caso de desheredación (por hipótesis), no cuadra sin embargo en el de indignidad, en el que puede suceder perfectamente que el causante muera desconociendo la causa de indignidad que concurre en su hijo y habiendo otorgado testamento en el que le deja más de lo que por legítima le corresponde, y esto no obstante, una vez sea descubierta y declarada la indignidad de ese hijo, sus descendientes no recibirán todo lo que a él había destinado su padre sino solo lo que por legítima le corresponda. Esto mismo ocurre si el causante muere intestado, pues en este caso lo que en principio correspondiera al hijo en base a las normas reguladoras de este tipo de sucesión, llegado el momento se verá también reducido a la legítima.

Llegados a este punto, resulta entonces claro que las razones que sustentan el derecho de representación no pueden ser iguales en todos los casos en que este se admite. Pues unas mismas razones no permiten explicar el distinto tratamiento que luego dispensa el legislador a cada uno de esos casos.

Es necesario por tanto distinguir, a estos efectos, dos grandes grupos: por un lado el constituido por los casos de premoriencia, y por otro el integrado por los casos de indignidad y desheredación.

En los casos de premoriencia –hipótesis tradicional de representación–, el fundamento o razón que sustenta este derecho hemos visto ya que se reconduce a las ideas de procurar protección económica a los hijos y descendientes de quien va a ser representado, y de acomodo a la voluntad presumible del causante.

Pero en los casos de indignidad y desheredación el fundamento o razón de ser de la figura ha de ser distinto. ¿Cuál es este?

Sobre la base de una idea muy extendida en nuestra doctrina, se puede apuntar una explicación basada en el carácter personal de la falta cometida por el sujeto representado –la que lo ha convertido en indigno para suceder o ha permitido al causante desheredarlo–,

considerando que esa falta es lógico tenga efectos sobre quien la ha cometido, pero que por su carácter personal no debe sin embargo proyectarlos sobre los descendientes de aquel, por lo que es justo y oportuno atribuir a estos derecho de representación.

Esta explicación, ahora bien, no es válida en este sentido. Esa explicación está tomada de Pothier⁹⁹, pero si en él podía ser correcto lo que decía, su importación a nosotros en este punto, sin embargo, no lo es. Veamos por qué.

Empieza Pothier planteándose si los hijos de un hijo indigno o desheredado pueden representarle en la herencia del abuelo, cuando ese hijo indigno o desheredado está vivo al tiempo de la muerte de aquel. Pregunta a la cual responde tajantemente en sentido negativo: ello se deriva, dice, del principio –tradicional en la figura, y que Pothier acepta plenamente– de que no se puede representar a una persona viva. En este caso, el hijo desheredado o indigno ha sido excluido de la sucesión de su padre por una razón particular, pero está vivo y ocupa su lugar propio en la familia del difunto. Por tanto, los hijos de ese hijo desheredado o indigno no pueden representarlo y ocupar su lugar, ya que este no está vacante.

Sentado lo cual, pasa entonces Pothier a introducir una variante en esa cuestión, planteándose si pueden los hijos de un hijo desheredado o indigno representarle, cuando este ha muerto ya al tiempo en que la sucesión de su padre (abuelo de aquellos) se abre. Aquí la respuesta de Pothier es contraria a la del caso anterior: sí pueden representarle. La razón, dice, es que siendo el hecho que ha determinado la desheredación o la indignidad una falta personal del hijo, la sanción debe también ser personal, por lo que debe entenderse que la misma se extingue con la muerte del sujeto en cuestión. Y entonces, si ese evento (la muerte del hijo desheredado o indigno) sobreviene antes de que la herencia de su padre se abra, llegado este momento los hijos de aquel podrán representarle y ocupar su lugar en la herencia del abuelo, pues ese lugar estará vacío.

Esto significa que en el pensamiento de Pothier la representación es posible en ese caso fundamentalmente porque no entra en conflicto con el principio «*viventis non datur repraesentatio*». La referencia de Pothier al carácter personal de la falta, y sobre todo de la pena, tienen aquí un valor secundario. La hace para responder a quienes alegaban que aunque la representación se admitiera en ese caso sería inútil, porque carecería de consecuencias prácticas. El pensamiento de estos últimos era el siguiente: la representación es un expediente que hace situarse a los representantes en el lugar de la persona repre-

⁹⁹ *Oeuvres*, 9.^a ed. París 1827, t. VII, *Traité des Successions*, pp. 48-49.

sentada, para así recibir en la sucesión de un pariente la misma porción que hubiera recibido la persona representada si hubiera vivido en el momento en que esa sucesión se abre. Pero el desheredado o indigno –objetan estos–, si hubiera estado vivo en ese momento no habría recibido nada en esa sucesión, a causa de su desheredación o indignidad, por lo que sus hijos, aunque lo representaran, no recibirían nada tampoco¹⁰⁰. Pues bien, a esto es a lo que responde Pothier con el argumento antes expuesto: que la falta y la sanción son personales y por tanto no se proyectan sobre los descendientes del afectado, de modo que si en el caso estos pueden acudir al mecanismo de la representación sucesoria –porque el desheredado o indigno ya ha muerto cuando la sucesión se abre–, aquella circunstancia no debe suponer obstáculo en ese sentido¹⁰¹.

A nuestro entender, la separación de supuestos que hace Pothier y la distinta respuesta que a cada uno de ellos da pueden ser correctos desde la premisa de que él parte, condensada en la máxima *viventis non datur repraesentatio*¹⁰². Pero no es correcta la traslación que nuestros autores han hecho de la idea de Pothier a nuestro Derecho. Y no lo es porque aquí esa idea se ha empleado para justificar la introducción del derecho de representación en los casos de indignidad y desheredación, sin advertir que el enfoque que nuestro Código da a esto es distinto del que postulaba Pothier, en tanto que en nuestro Derecho se establece su aplicación no solo cuando el hijo indigno o desheredado haya muerto antes que su

¹⁰⁰ Vid. TODARO, *op. cit.*, pp. 180 ss y allí citas. Aunque seguramente de forma inconsciente, pensamos que a esta idea no es ajeno ROCA SASTRE cuando dice (*Estudios de Derecho Privado cit.*, pp. 282-283) que «el derecho de representación (...) parte siempre del supuesto... [de que los bienes] hubieran hecho tránsito a la estirpe del hijo llamado a heredar una vez hubieran sido adquiridos por este; es decir, siempre se presupone que dicho hijo hubiera podido heredar tales bienes. Por consiguiente, como el hijo indigno no puede heredar, de aquí que falta la premisa indispensable para que la indignidad pueda dar lugar al derecho de representación. (...) Dentro de la tónica del derecho de representación –sigue diciendo ROCA SASTRE–, una razón de causalidad impide... que pueda aquel actuar en materia de indignidad sucesoria. Según Molina, Cancer y otros autores, la razón de no conceder el derecho de representación al hijo cuyo padre vive, pero no puede heredar, consiste en que *causam habens ab aliquo, non potest esse melioris conditionis quam ille, a quo habet causam*, ya que *non possit plus iuris esse in causato, quam in influenti potentia causae*».

¹⁰¹ Esta idea es la que se encuentra en la base del art. 730 del *Code* francés, aunque se considere que en él no hay –la inteligencia de la norma es discutida: *vid.* autores citados *supra* nota 7– un supuesto de representación: «*Les enfants de l'indigne* –dice este precepto–, *venant à la succession de leur chef, et sans le secours de la représentation, ne sont pas exclus pour la faute de leur père...*».

¹⁰² Aunque queda la duda de cuál era, a juicio de Pothier, la medida de lo que el derecho de representación permite en esos casos recibir a los descendientes del indigno o desheredado premuerto: ¿solo lo que a estos hubiera correspondido como legítima en la herencia del causante, o todo lo que les hubiera sido deferido en la misma? (esta pregunta, obviamente, solo tiene sentido en caso de indignidad, porque en el de desheredación no se le ha dejado nada).

padre sino también aunque esté vivo en ese momento. El razonamiento de Pothier, por tanto, está mal trasladado.

Pero además, y sobre todo, la idea dicha no vale en nuestro Ordenamiento como fundamento del derecho de representación en los casos de indignidad o desheredación porque si la razón es que la falta, o la sanción, son algo personal del indigno o desheredado, ¿qué valor tiene eso para explicar que los hijos del indigno o desheredado reciban menos de lo que con carácter general se establece para la representación en los arts. 924 ss Cc? Más bien habría de ser lo contrario, pues si se destaca tanto el carácter personal e intransferible de la falta y de la pena lo consecuente sería que los hijos del indigno o desheredado, que no son en absoluto responsables de ello, no se vieran afectados. Y sin embargo así es¹⁰³.

Por tanto, tampoco esta razón puede admitirse como explicación válida del derecho de representación en estos casos. Todo lo más podrá ser considerada, de modo semejante a lo que ya se ha dicho de otras explicaciones, como un pensamiento (aunque no sea acertado) que tuvo el legislador para decidirse a regular el derecho de representación en esos casos¹⁰⁴, pero no puede erigirse en un

¹⁰³ A esta objeción puede añadirse además que, si esa fuera la explicación, no se entendería que lo dispuesto en el art. 761 Cc se circunscribiera exclusivamente a la línea recta descendente, pues «el hijo de un hijo es tan inocente de la indignidad o incapacidad de su padre como el hijo de un hermano» (MANRESA, *Comentarios...* t. VI, 5.^a ed. Madrid, 1921, p. 81). Esta consideración no puede extenderse al art. 857 Cc porque los hermanos, al no ser legitimarios, no pueden ser desheredados. Ahora bien, aunque sea una digresión coyuntural podemos apuntar aquí que en relación con este precepto es cuestión discutida la determinación de su supuesto de hecho. Pues ateniéndonos a su letra, la norma lo dibuja limitándose a hacer alusión a «*los hijos o descendientes del desheredado...*». Lo cual plantea la siguiente pregunta: ¿restringe la norma su campo de actuación solo al caso de que el desheredado sea hijo o descendiente del testador, o puede aplicarse también a los ascendientes desheredados? Desde luego, si atendemos estrictamente al tenor literal del precepto cabría responder en sentido favorable a la mayor amplitud del supuesto (y esta ampliación podría alcanzar incluso al cónyuge, pues este también es legitimario; no vamos aquí sin embargo a considerar este caso por ser un supuesto de legítima muy singular –personalísimo y en usufructo–, que además no se ha planteado siquiera la doctrina desde la perspectiva que estamos considerando). Pero si aplicamos los criterios hermenéuticos del art. 3 Cc vemos que esa respuesta amplia no puede admitirse sino que hay que inclinarse por restringir lo dispuesto en el art. 857 Cc solamente al caso del desheredado que es hijo o descendiente del testador. Pues así resulta si consideramos que lo que los hijos del desheredado hacen suyo en este caso lo reciben por derecho de representación, que no tiene lugar nunca en la línea recta ascendente (ni tampoco a favor del cónyuge) (art. 925 Cc). [Que los descendientes del desheredado reciben por representación se deriva del art. 929 Cc, que se remite al art. 857 Cc, aunque más claro era el antecedente del art. 929 Cc en el Proyecto de García Goyena (el art. 758), que hacía remisión directa a preceptos señalándolos por su número: artículos 623 (equivalente al actual art. 761 Cc) y 673 (equivalente al actual art. 857 Cc)]. Y lo mismo resulta si relacionamos el art. 857 Cc con el art. 761 Cc –ya se ha dicho que son paralelos–, que está claramente referido al indigno que es hijo o descendiente del causante, por lo que aquí hay que llegar a la misma conclusión, por haber identidad de razón. Sobre esto, *vid.* VALLET, *Limitaciones de Derecho sucesorio* cit., pp. 713-714; MANRESA, *Comentarios...*, t. VI, pp. 650-651; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, t. VI-2, pp. 1125 ss; MENA-BERNAL, *op. cit.*, pp. 211-212.

¹⁰⁴ Este es, de hecho, el enfoque con que propiamente lo han empleado algunos de los autores que entre nosotros recogen esta consideración: *vid.* GARCÍA GOYENA, *Concor-*

plano teórico o de principio como verdadera razón que sustenta el derecho de representación en ellos.

Ahora bien, eso dicho, seguimos sin saber cuál es la razón que sustenta el derecho de representación en los casos de indignidad y desheredación. A nuestro entender, para resolver esto hay que centrar la atención en el contenido objetivo de la representación en esos supuestos. Pues cualquiera que sea la razón que se apunte habrá luego que contrastarla con la consecuencia que en los preceptos en cuestión (arts. 761 y 857 Cc) se dispone para esos casos, y solo la que cuadre bien con ella será la explicación correcta.

La consecuencia jurídica, como sabemos, es la atribución a los descendientes del descendiente indigno o desheredado de lo que en concepto de legítima hubiera correspondido a este en la sucesión del causante.

Pues bien, este resultado, como ya hemos apuntado páginas atrás, además de insostenible con la tesis subjetiva (por las circunstancias propias del caso) es inconciliable con las explicaciones que apuntan a proteger económicamente a los descendientes ulteriores o a no repercutir sobre ellos las consecuencias de la falta personal del descendiente de grado más próximo, porque si así fuera, lo que se les atribuye no debería limitarse a la legítima¹⁰⁵. Esas razones, por tanto, no pasan de ser mera retórica para justificar el resultado establecido en esos casos, pues no tienen concordancia real con las normas concretas.

La explicación verdadera, a nuestro juicio, pasa por considerar que la clave de esos preceptos radica en una decisión del legislador de garantizar a los descendientes de segundo (o ulterior) grado la percepción del mínimo que la ley reserva a los descendientes: la legítima. A nuestro modo de ver, esto es lo que de los arts. 761 y 857 Cc resulta por encima de cualquier otra cosa, y lo que constituye la razón que explica y fundamenta el derecho de representación en estos casos. Pues esa explicación es la única que encaja perfectamente con la consecuencia jurídica prevista para esos casos en aquellos preceptos: como ya hemos visto, lo que en ellos se establece es que cuando el descendiente más próximo al causante, no obstante estar vivo al tiempo de su muerte, no va a sucederle por causa imputable a él (indignidad, desheredación), la ley posibilita a sus descendientes (que lo son a su vez, aunque de segundo o ulterior grado, del causante) la percepción de la legítima que a su padre (hijo del causante) correspon-

dancias, motivos y comentarios cit., ad arts. 623 y 743; GUTIÉRREZ, *op. cit.*, t. III, p. 412; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *op. cit.*, p. 61, nota 1; SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, t. VI.3, p. 1708; SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 260.

¹⁰⁵ Desechamos otras explicaciones que ya sabemos son claramente inaceptables.

día en esa herencia¹⁰⁶. Por tanto, esta es la explicación del derecho de representación que debe aceptarse en esos casos.

B) *La legítima y su valor en el Código civil, desde la perspectiva del derecho de representación. Derecho de representación en la herencia y derecho de representación en la legítima. Operatividad de este último en caso de repudiación.*

Llegados a este punto, si lo que se acaba de decir es así, podemos entonces preguntarnos si esa idea se puede predicar también del caso del descendiente de grado más próximo al causante que repudia la herencia a él deferida, cuando tiene a su vez hijos o descendientes. Pues en este caso, al igual que en los arts. 761 y 857 Cc, se trata también de representación de una persona viva. Para responder a esto debemos centrar la atención en la legítima.

«Legítima –dice el art. 806 Cc– es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos»¹⁰⁷.

Sentado lo cual hay que ver entonces quiénes, en nuestro actual Derecho, tienen conferida cualidad de herederos forzosos o legitimarios. La norma de referencia en esta cuestión es el art. 807 Cc, que establece lo siguiente: «*Son herederos forzosos: 1.º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. 2.º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. 3.º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código*».

De esos tres tipos de legitimarios aquí vamos a ocuparnos exclusivamente de los primeros, esto es de los hijos y descendientes. Lo que es lógico, puesto que estamos tratando de la legítima desde el punto de vista del derecho de representación, y este, según dispone el art. 925 Cc, «*tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, pero nunca en la ascendente*», y en la colateral, *ex art.* 927 Cc, solo a favor de los hijos de hermanos, que no son legitimarios.

¹⁰⁶ Así parece entenderlo también MENA-BERNAL, *op. cit.*, p. 119. Y, aunque tal vez sin plena conciencia, ESCOBAR DE LA RIVA, *op. cit.*, pp. 206-207.

¹⁰⁷ La definición que nuestro Código da de esta figura adolece de cierta inexactitud, como es comúnmente admitido. Pues ni el causante tiene prohibido totalmente disponer de la parte de su herencia que constituye legítima, ni los legitimarios han de ser forzosamente herederos, ya que la legítima se puede satisfacer por varios títulos. Requiere por ello esa definición, para reflejar debidamente el concepto y el modo de actuar de la legítima en nuestro Derecho, perfilarse con diversos matices. Esto no obstante, en este trabajo podemos excusarnos de precisar su concepto, dándolo por sobreentendido.

Tenemos así que, a los efectos que aquí interesan, legitimarios de una persona son sus hijos y descendientes. Pero esta afirmación no es suficiente para tener una idea precisa a este respecto, pues en caso de ser varios los descendientes que una persona deje al tiempo de su muerte, ¿quiénes serán en concreto legitimarios, en qué medida y de qué forma? Esta pregunta tiene especial interés para nosotros en caso de que los descendientes no sean todos del mismo grado.

La regulación que el Código dispone en sede específica de legítimas¹⁰⁸ ofrece muy poca o ninguna respuesta a esas cuestiones. Por ello es idea pacífica en la doctrina la procedencia, para salvar esa laguna, de acudir a las normas del Código reguladoras de la sucesión intestada, aplicando a aquella los criterios y soluciones previstos para esta, por entenderse que existe en este punto identidad de razón que justifica la analogía.

Esto se traduce en acudir a lo dispuesto en el art. 921 Cc, que a efectos de atribución de la herencia intestada establece que «*el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar*».

Aplicándolo a nuestro tema, lo dicho supone que en caso de ser varios y de diferente grado los descendientes que una persona deje al tiempo de su muerte, la cualidad de legitimarios, de personas con derecho actual y efectivo a legítima, se concretará entre todos los descendientes en aquellos que lo sean de grado más próximo, sin perjuicio de lo que resulte de aplicar el derecho de representación en los casos en que este deba tener lugar.

El criterio para resolver este tema resulta, pues, integrado por dos factores. El primero –la proximidad de grado– no plantea especial dificultad. Es el que se formula en segundo lugar y con carácter eventual en el que nos debemos centrar: el derecho de representación. ¿Cuándo tiene lugar ese llamamiento a descendientes de grado ulterior, en relación con la legítima?

En primer lugar, naturalmente, en caso de premoriencia del descendiente de grado más próximo al causante. Este es el supuesto clásico de representación, y aunque el Código lo contempla propiamente desde la perspectiva de la sucesión abintestato –esto es, pensando en la porción íntegra que al premuerto hubiera correspondido en esa herencia, por entender que la misma será mayor, en términos cuantitativos, de lo que en concepto de legítima le correspondería– no hay duda ninguna de que ese llamamiento a la cuota intestada lleva implícito y absorbe un llamamiento a la legítima.

¹⁰⁸ Libro III, Título III, Capítulo II, Secciones quinta (De las legítimas: arts. 806-822) y sexta (De las mejoras: arts. 823-833).

Pues la legítima también existe y es operativa en la sucesión abintestato: que la misma vaya embebida habitualmente en la cuota intestada no significa que se diluya absolutamente y deje de tener consistencia propia. Prueba de ello es que si por las razones que sea la cuota intestada no resulta en algún caso suficiente para cubrir la legítima, esta resurgirá con autonomía y podrá jugar su papel específico, de modo que el descendiente de segundo grado podrá utilizar las acciones que para su defensa regula el Código¹⁰⁹.

En segundo lugar, como ya hemos visto, en los casos en que el descendiente con un grado de parentesco más próximo con el causante no puede sucederle por causa de indignidad o desheredación: son los supuestos contemplados en los arts. 761 y 857 Cc.

Sentado lo cual, nos volvemos a hacer la pregunta que más arriba dejamos simplemente planteada: ¿hay en nuestro Derecho actual base para extender esa misma solución al caso del descendiente de grado más próximo al causante que repudia la herencia deferida a su favor, cuando tiene a su vez descendientes?

A nuestro entender, sí, si tomamos plena consciencia de que el llamamiento que se hace en los supuestos de indignidad y desheredación solo se explica en razón del valor que la legítima tiene hoy en nuestro Ordenamiento como derecho que se confiere a los descendientes de segundo o ulterior grado para recibir (como mínimo) la porción que en concepto de legítima hubiera correspondido a su padre en esa herencia, y que este no va a recibir por causa imputable a él.

Esto es lo que resulta inequívocamente, como hemos dicho más arriba, del régimen con que el Código civil regula el derecho de representación en esos casos. Y lo que a nuestro juicio permite extender esa misma solución al caso de repudiación, procediendo por analogía sobre esos preceptos.

Porque, aunque no hay identidad entre los supuestos de hecho de esos dos preceptos y el caso del descendiente que repudia –los actos constitutivos de causa de indignidad o desheredación y el acto de repudiación son todos actos voluntarios, pero en aquellos la voluntariedad se predica del acto realizado considerado en sí mismo, no de su consecuencia (que incluso puede no ser conocida), mientras que en este la voluntad se proyecta directamente sobre las consecuencias de ese acto–, el derecho o interés que se preserva en los

¹⁰⁹ Esta idea debe tomarse como cierta y segura. El hecho de que no se destaque habitualmente por los autores no se debe a que la rechacen, sino a que la relación entre legítima y sucesión intestada es un tema tradicionalmente poco estudiado, lo que a su vez se explica porque habitualmente no se plantean litigios al respecto, en tanto que la cuota intestada suele ser mayor que la legítima. Sobre esto, *vid.* el trabajo fundamental de ESPEJO LERDO DE TEJADA: *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Madrid, 1996.

casos de indignidad y desheredación sí es el mismo que está en juego en el caso de repudiación: el de los descendientes de grado ulterior a recibir la legítima correspondiente. Lo que permite extender a este, por analogía, la solución prevista para aquellos.

Contra esta pretensión se ha dicho que los arts. 761 y 857 Cc son normas que tienen carácter excepcional y por consiguiente que deben someterse a interpretación restrictiva, por lo que no puede incluirse en su ámbito de regulación ningún otro supuesto aparte de los expresamente contemplados¹¹⁰.

Esta idea, ahora bien, tomada en sus estrictos términos no es correcta. Porque los arts. 761 y 857 Cc son, simplemente, normas que regulan ciertos efectos de la indignidad sucesoria o la desheredación¹¹¹, disponiendo que cuando el indigno o desheredado sea hijo o descendiente del causante y tenga (aquel) hijos o descendientes (que lo son a su vez del causante, aunque en segundo o ulterior grado), estos recibirán lo que a aquel hubiera correspondido como legítima en esa herencia. Y esto, considerado en sí mismo no puede decirse constituya una norma de carácter excepcional. Este carácter no se desprende del solo art. 761 Cc, ni del solo art. 857 Cc. Tal vez de los arts. 924 y 929 Cc¹¹², o de la combinación de aquellos y estos, pero esa es otra cuestión, de la que nos ocuparemos un poco más adelante¹¹³. Aquí basta con decir que de la mera contemplación de las normas contenidas en los arts. 761 y 857 Cc no se desprende su carácter excepcional, ni su consecuente forzosa interpretación restrictiva.

Es posible decir que esas normas están dictadas propiamente para los casos de indignidad y desheredación, y que en las mismas no se contempla el caso de repudiación, pero no más. Y esto no es obstáculo insalvable en este sentido si consideramos que ello pudo deberse simplemente a que los codificadores estaban aún bajo el peso de la tradición histórica y abrumados por las novedades normativas que introducían en nuestro Derecho –en los arts. 924 *in fine*, 929, 766, 761 y 857 Cc–, por lo que no fueron conscientes de que, lo explicitaran o no, en todo caso con esos cambios concretos que introducían desaparecía el obstáculo principal que tradicional-

¹¹⁰ Así, entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, t. VI.3, p. 1708; CÁMARA, *op. cit.*, p. 35; MENA-BERNAL, *op. cit.*, p. 118; MANRESA, *op. cit.*, p. 54; DE DIEGO, *op. cit.*, pp. 288-289.

¹¹¹ Así, en relación con el caso de indignidad, ESPEJO, *op. cit.*, p. 113.

¹¹² Ya que el art. 924 Cc habla de representar a persona viva en caso de que el primer llamado «hubiera podido heredar», que no es el de quien repudia una herencia, ya que este pudo haberla aceptado y recibido: «la repudiación –dice el art. 988 Cc– es un acto enteramente voluntario y libre». Y luego el art. 929 Cc afirma que «no podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad».

¹¹³ *Infra* 3.3.A).

mente había impedido la representación sucesoria en caso de repudiación (la imposibilidad de representar a una persona viva), siendo así además que esa representación venía ahora demandada por el valor y el régimen que la legítima tiene atribuidos en el sistema del Código civil¹¹⁴.

En efecto, en el sistema establecido en el Código civil la cuestión se plantea sobre bases distintas a las de nuestro Derecho tradicional¹¹⁵, y esas bases nuevas permiten y justifican una solución también nueva y distinta al tema estudiado.

Pues el Código atribuye a los descendientes de segundo (o ulterior) grado derecho a recibir la legítima cuando el descendiente de grado más próximo no la hace suya, aunque esté vivo al tiempo de abrirse esa sucesión¹¹⁶ y la causa de que no la vaya a recibir sea debida a un comportamiento suyo¹¹⁷. De modo que en esos casos los descendientes de segundo (o ulterior) grado tienen reconocido sobre esa legítima, no una mera expectativa sino un derecho actual¹¹⁸. Esto se debe hoy considerar como criterio rec-

¹¹⁴ Prueba de lo dicho son los bandazos de la doctrina en la época previa a la definitiva redacción del Código, que iban de un extremo a otro sin ver con claridad el punto medio adecuado. Así por ejemplo GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (*op. cit.*, t. II, p. 61), que decían lo siguiente: «Algunos autores presentan la duda de si desheredado un hijo, se extienden a los nietos los efectos de la desheredación. En nuestro concepto –respondían estos autores– la respuesta tiene que ser negativa. Privado de la herencia el hijo mediante una justa causa, ocupan su lugar los descendientes y adquieren los derechos que ha perdido el ascendiente...». Lo que, aunque en el caso sea correcto –en la desheredación el testador priva al desheredado incluso de los derechos que por razón de legítima pudiera tener en su herencia, luego también, *a fortiori*, de todo lo demás, que se debe exclusivamente a su voluntad–, por su literalidad sin embargo parece referirse a toda la herencia, lo que no sería correcto. De hecho, cabe preguntarse cuál era la postura de esos autores en el caso de indignidad, semejante en su base aunque con la diferencia de que no hay voluntad del causante a ese respecto.

¹¹⁵ En este sentido es muy claro VALLET (*Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer cit.*, pp. 711 y ss.) cuando, contrastándola con lo dispuesto hoy en el art. 857 Cc (y su antecedente introducido por GARCÍA GOYENA en el Proyecto de 1851), dice que la opinión de Antonio Gómez, que la había planteado y discutido ampliamente y que negó todo derecho legitimario, material o formal, en la sucesión del abuelo a los nietos que fueran hijos de un hijo supérstite justamente desheredado, fue la que prevaleció en la práctica castellana». Para la opinión de Antonio GÓMEZ, *vid. Variae Resolutiones*, Lugduni, 1744, t. I, cap. XI, n.º 21.

¹¹⁶ También en el supuesto de premoriencia, aunque aquí, como ya hemos dicho, con menos claridad por ir habitualmente embebido en el llamamiento a la cuota intestada.

¹¹⁷ Coinciden en esta idea, pero desconectada de las derivaciones que nosotros estamos extrayendo de ella, entre otros, CASTÁN, *op. cit.*, p. 148; CRUZ AUÑÓN, *op. cit.*, pp. 548-549; O'CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 743. También ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado* p. 271, aunque con una calificación alternativa del expediente –*successio graduum* en lugar de derecho de representación– que más adelante veremos. La idea apuntada, además, es compartida implícitamente por el sector doctrinal –no muy reciente: *vid. supra* texto y nota 84– que niega el derecho de representación en los casos de indignidad y desheredación y propone en su lugar como solución aplicar el régimen de preterición. Aunque esto no sea correcto, lo que hay aquí que destacar es la idea de estos autores de que en esos casos los hijos del hijo indigno o desheredado son también, ellos mismos, legitimarios (por ello se considera que son preteridos si el causante no les ha atribuido nada).

¹¹⁸ Más aún, aunque sea en nota no podemos dejar de destacar que en nuestro Derecho actual los descendientes de segundo o ulterior grado, incluso si vive y recibe su legítima

ma el descendiente de grado primero, tienen reconocida la posibilidad de participar en ella de algún modo. En este sentido, aunque no sea precepto propio de representación, no resulta tampoco inadecuado mencionar aquí la posibilidad que existe de mejorar a los nietos en vida de los hijos y aunque estos reciban su legítima (art. 823 Cc), lo que supone que de algún modo participan de la cualidad de legitimarios, ya que la mejora forma parte de la legítima. Y se puede añadir además, en el mismo sentido, el art. 1038 Cc, que establece que, salvo disposición en contrario, cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre (lo que puede suceder viviendo este), deben colacionar lo que hubiesen recibido del causante de la herencia (su abuelo) en vida. La referencia que en este art. 1038 Cc se hace solo a nietos del causante *-i.e.*, hijos de hijos- y no a sobrinos *-i.e.*, hijos de hermanos-, a favor de quienes en general también opera el derecho de representación, nos parece un dato más en apoyo de la idea de que en este caso los nietos son de alguna manera legitimarios per se, ya que esa colación es un expediente para reequilibrar lo que cada legítimo va a recibir, de forma global, del causante (art. 1035 Cc).

Dicho esto, interesa aquí considerar los razonamientos sobre el valor del art. 1038 Cc en este tema que hace CÁMARA (*op. cit.*, pp. 40 y ss.; también VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de Derecho sucesorio...*, p. 89, nota 17). A juicio de CÁMARA, "una correcta interpretación del artículo 1038 obliga a entender que el artículo no emplea la expresión «en representación» refiriéndose al derecho de representación en sentido estricto". La razón para pensar así es que, de otro modo, la colación que en ese precepto se dispone no tendría lugar en aquellos casos en que los hijos del hijo premuerto hubieran sido instituidos directamente por su abuelo en testamento, pues «en este caso los nietos no suceden en representación de su padre, ya que heredan del abuelo única y exclusivamente en virtud del llamamiento contenido en el testamento de aquel. (...) Luego, de referirse el artículo 1038 al derecho de representación en sentido estricto, los nietos... directamente instituidos, al no heredar por derecho de representación, ya no estarían obligados a colacionar lo recibido a título gratuito por su padre. Con ello... se incurriría en el contrasentido de regular de diferente forma dos hipótesis exactamente iguales desde el punto de vista del fundamento de la colación». «Lo absurdo de esa solución –concluye CÁMARA–... obliga a pensar que el artículo 1038 no se refiere al derecho de representación en sentido técnico, y que lo que quiere decir, en realidad, es que la obligación de colacionar que impone existe siempre que los nietos, en la sucesión del abuelo, sean herederos forzosos de este, hereden o no por derecho de representación. El que el artículo 1038 use las palabras "en representación" sin que con ello quiera referirse al derecho de representación en sentido técnico tiene su explicación. El deber legitimario del abuelo para con los nietos solo existe cuando falta el hijo... Por otra parte el *quantum* legitimario a que tienen derecho, en junto, es el que individualmente hubiera acreditado su padre. Ninguna de estas dos reglas (relativas a la legítima de los nietos) está expresada terminantemente en el Código, pero ambas responden claramente a los principios generales del derecho sucesorio y están presupuestas por diversos preceptos. (...) Por consiguiente, desde el punto de vista de la determinación de quién tiene la cualidad de heredero forzoso y de la fijación del *quantum* legitimario individual las soluciones se inspiran en el mismo principio a que obedece el derecho de representación. Esto no quiere decir que haya derecho de representación, en sentido estricto, respecto de la legítima, ya que falta... la existencia de un llamamiento legal autónomo a la cuota de legítima, pero sí explica... que nuestro Código, que no se distingue... por su pulcritud técnica, emplee la expresión "en representación"». Por nuestra parte creemos, sin embargo, que el razonamiento de CÁMARA, aunque acertado en su resultado práctico final, en su concreta articulación técnica no es correcto. Por lo pronto, el sentido de la explicación que da creemos que debe invertirse: no es que la determinación de quién tiene cualidad de heredero forzoso y la fijación del *quantum* legitimario individual se inspiren en los mismos principios que inspiran el derecho de representación, como dice él, sino que la determinación de quién tiene cualidad de representante y la fijación de la medida de esa representación se inspiran y derivan, cuando este sea el caso, en el derecho de legítima que la ley concede a hijos y descendientes. Pues la representación sucesoria no es sino un expediente técnico para posibilitar ese resultado. Pero además, el modo de entender el art. 1038 Cc que defiende CÁMARA viene condicionado por la finalidad que desde el principio (p. 40) confiesa, se propone, que no es otra que negar la aplicación del derecho de representación a la sucesión testamentaria. Esto le obliga entonces a decir que el art. 1038 no emplea esa expresión en sentido estricto, sino que lo que el artículo quiere decir es que, aunque sea a través de sucesión testamentaria, «cuando los nietos *con el carácter de legitimarios* suceden al abuelo,

tor de nuestro Derecho de Sucesiones¹¹⁹. Sin que ello signifique caer en la tesis de la stirpe (más arriba expuesta y criticada), pues en la idea que nosotros hemos apuntado la referencia de la legítima a los descendientes se traduce en llamamientos individuales a sujetos determinados, en concreto a los que resultan de aplicar los criterios de línea y grado (y representación, cuando deba tener lugar).

Y entonces, si caemos en la cuenta de que el derecho de representación no es un derecho en sentido propio sino un expediente técnico de llamamiento sucesorio¹²⁰, y asumimos que la legítima es un derecho actual de los descendientes en las circunstancias en que ha sido antes expuesto, no resulta difícil entender que aquel operará en todos los casos en que del conjunto del sistema resulte necesario para hacer este efectivo. Casos que no son solo los de indignidad y desheredación del descendiente de grado primero sino también, a nuestro entender, el de repudiación. Pues, por encima de cualquier otra cosa, lo que aquí está en juego es que los descendientes de segundo grado reciban o no la legítima, que como

concurriendo con tíos o primos, colacionarán lo que hubiera colacionado su padre». Esto es correcto, pero el razonamiento, según creemos, no. ¿Por qué negar que el art. 1038 Cc se refiere propiamente al derecho de representación sucesoria? Por de pronto está el argumento de la letra del precepto, que aun cuando pueda no ser determinante no deja de tener su valor. Pero además resulta que el precepto es plena y perfectamente aplicable a los casos en que los nietos concurren a la sucesión del abuelo en lugar de su padre mediante derecho de representación, luego la aplicación a ellos del art. 1038 Cc entendido en esta clave es perfectamente correcta. Lo que hay que decir entonces es que, si estamos ante casos de nietos que concurren a la herencia del abuelo pero no por representación –v. gr., porque han sido instituidos directamente por el abuelo–, se llegará a un resultado semejante aplicando el art. 1035 Cc o aplicando por analogía la norma contenida en el art. 1038 Cc. En lugar de proceder a una interpretación extensiva del supuesto de hecho del art. 1038 Cc, haciéndole decir lo que no dice y comprender supuestos que propiamente no comprende, lo oportuno es extender por analogía su aplicación a otros supuestos que aunque no estén propiamente comprendidos en él presentan sin embargo identidad de razón desde esta perspectiva. Que es, precisamente, el caso de una sucesión testada en la que los nietos concurren a la sucesión de su abuelo como herederos forzosos, habiendo sido llamados directamente a ella por su abuelo en su testamento. En el mismo sentido MADRIÑÁN, *op. cit.*, pp. 88-89.

¹¹⁹ Advierte esto con gran clarividencia MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, pp. 226-230 y 236-237, aunque en relación con el derecho de representación lo considera solo desde el punto de vista de *lege ferenda*, no de *lege lata*. En esta línea cabe apuntar también, aunque literalmente parezca otra cosa, la R. DGRN 14-8-1959 (RJ 3354/1959), pues si bien niega la aplicación del derecho de representación al caso tratado en ella eso en base a «la imposibilidad institucional de aplicación del derecho de representación en la sucesión testamentaria», en relación con la cuestión que en este momento nos concierne dice (Cdo. 5.º) que respecto al tercio de legítima, los arts. 761 y 857 Cc «no significan otra cosa que el mero reconocimiento, innecesario sin duda, de la cualidad de herederos forzosos de los hijos del incapaz o del desheredado, estableciendo ambos artículos en común una norma sucesoria ordinaria...».

¹²⁰ Aunque las conclusiones a que llega son contrarias a las nuestras, coincide con lo dicho en el texto VATTIER (*op. cit.*, p. 107): «el derecho de representación –escribe este autor– no es un derecho subjetivo independiente del derecho hereditario que la ley reconoce al representante por cuanto se confunde con el llamamiento a la sucesión del *de cuius* que la misma le dirige igual que a todo heredero legal (...) el derecho a suceder y el derecho a representar son, en último término, idénticos».

ya hemos dicho es, en nuestro Derecho sucesorio actual, un derecho o un interés de orden superior¹²¹.

Todo lo cual justifica sostengamos que el descendiente que repudia teniendo a su vez descendientes, aunque no esté explícitamente contemplado en el grupo de casos en que se permite la representación de una persona viva, debe considerarse incluido en él, por coherencia y analogía con lo dispuesto en los arts. 761 y 857 Cc¹²². Y por tanto que los hijos del hijo repudiante, además de los del indigno o desheredado, tienen derecho a percibir lo que en concepto de legítima hubiera correspondido a su padre en la herencia del suyo¹²³.

¹²¹ Así lo apunta, muy certeramente, GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 1880. En una línea semejante parece apuntar SCAEVOLA al comentar el art. 766 Cc, cuando dice lo siguiente: «El artículo empieza distinguiendo al heredero voluntario del forzoso. Nada transmite a sus sucesores el heredero voluntario que no sobrevive al testador; *a sensu contrario*, el heredero forzoso lo transmite. Ninguna novedad ofrece esto. Los hijos, por ejemplo, del heredero forzoso, en la sucesión del antecesor común no pueden perder por muerte de su padre, como no lo pierden por incapacidad, el derecho a suceder en la legítima correspondiente; pero, a no ser por lo dispuesto en este artículo, no se podría defender sino acudiendo a los principios generales del derecho» (*Código civil...* cit., t. XIII, Madrid 1897, pp. 381-382). De esas palabras, a nosotros las que más nos interesan ahora son las últimas: esto es, que tal conclusión –que los hijos no pueden perder el derecho a suceder en la legítima de su padre–, al margen de preceptos positivos concretos, en todo caso se deriva de los principios generales de nuestro Derecho sucesorio actual. También, tal vez, puede citarse en este sentido a GARCÍA GOYENA, quien al comentar el art. 822 del Proyecto de 1851 –cuyo párrafo segundo decía así: «La repudiación no perjudica a los que tengan derecho a porción legítima para reclamarla»– afirmaba, aunque seguramente sin plena conciencia del alcance de sus palabras, que «este párrafo no era de necesidad porque la porción legítima es una deuda, y además... en este caso se heredaría abintestato y por consiguiente heredarían los mismos a quienes se debe la legítima» (*Concordancias, motivos y comentarios* cit., ad art. 822, t. II, pp. 212-213).

¹²² Y en apoyo de esto podría tal vez citarse además el art. 766 Cc: sobre esto, *vid.* lo que se dijo *supra*, punto 3.1.a).

¹²³ MARTÍNEZ CALCERRADA, aunque *de lege lata* considera inaplicable el derecho de representación en caso de repudiación, como consideraciones en apoyo de la inatendibilidad jurídica del acto de repudiación del descendiente más próximo que tiene a su vez descendientes (y por tanto en apoyo de la procedencia de extender el juego del derecho de representación también al caso de repudiación) apunta (*op. cit.*, pp. 237 y ss.) que tal renuncia es un acto dispositivo gratuito por parte del descendiente repudiante, una donación, y como tal impugnabile, habida cuenta de las circunstancias del caso, por las siguientes vías. En primer lugar al amparo del art. 6 Cc, en lo concerniente a la porción forzosa en base al párrafo 3.º –que habla de nulidad por violar un precepto de ley– y en el resto de la herencia (si lo hubiera) al amparo del párrafo 2.º, por ser la estirpe del repudiante «un tercero perjudicado» (la repudiación supone privar a la familia del repudiante del goce de los bienes que integran la herencia repudiada). Después, considerando que esa renuncia es una donación inoficiosa impugnabile en base al art. 636 Cc, si excede del tercio de libre disposición del patrimonio del repudiante a considerar en su momento. Y en tercer lugar considerando la renuncia-repudiación como un acto de prodigalidad que justificaría plantear demanda de incapacitación del repudiante. Por nuestra parte, aunque coincidimos en la idea que subyace a esas varias consideraciones –que no es aceptable que la repudiación del descendiente de grado más próximo cierre la puerta y excluya absolutamente a sus descendientes de concurrir a esa sucesión–, consideramos que esos argumentos concretos aducidos para sostenerla no son atendibles en nuestro Derecho, por razones que nos parecen claras (el propio MARTÍNEZ CALCERRADA lo deja entrever así en varias ocasiones, afirmando que los apunta a mayor abundamiento). Por lo que no entramos aquí a considerarlos.

Llegados aquí, ahora bien, debemos precisar nuestra idea diciendo que esta pasa por distinguir en esta materia entre representación a efectos de herencia y representación a efectos de legítima¹²⁴.

La primera es la que el Código contempla para el caso de premoriencia (el tradicional y arquetípico de esta figura). Que tiene su fundamento y razón de ser tanto en consideraciones familiares y sociales –proteger los intereses económicos de los hijos y descendientes del representado– como en la consideración (del legislador de la época) de la voluntad presumible del causante. Cuya medida, como su propia denominación indica, se cifra en todo o que en concepto de herencia se haya deferido al representado (sea toda la herencia, sea una parte alícuota de la misma). Y que se regula propiamente en los arts. 924 a 929¹²⁵.

La segunda es la que se dispone para los casos de indignidad y desheredación. Su fundamento y razón de ser es procurar que los descendientes del descendiente que por causa imputable a él no va a suceder, reciban al menos la legítima que en la herencia ahora abierta hubiera correspondido a este. Esa legítima es, además, la

¹²⁴ En un sentido plenamente compatible con esto se pronuncia, en una perspectiva histórica, STORTI [*Rappresentazione (dir. intermedio)*], en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVIII, VARESE 1987, pp. 632-633], cuando afirma que «*in realtà l'istituto non ebbe un vero e proprio fondamento... unitario nelle fonti romanistiche. Cosa che risulta ad evidenza se si considerano, ad esempio, le due diverse ipotesi di rappresentazione previste appunto dalla Novella giustiniana: quella nella linea discendente, di tradizione antica anche per i romani, e quella nella linea collaterale introdotta dall'imperatore bizantino*» (p. 632). Y luego añade: «*Quando si arriva al Settecento, la storia della successione in stirpes non appare conclusa...*», destacando varios juristas «*che l'istituto non poteva essere considerato come unitario. Così il Voet [Comentarios ad Pandectas, Coloniae, 1769, lb. XXXVIII, De successione ab intestato, n.º 16], il quale sostenne che la natura dei due ordini di successione in stirpes era in realtà differente: nella linea discendente "gradus non quaeritur nec proximitas spectatur"; nella collaterale, invece, avrebbe sempre prevalso l'erede che fosse nel grado più vicino al de cuius, salvo appunto le eccezioni prescritte dal cap. III Nov. 118 di Giustiniano*» (p. 633). Y hay más, relevante por el peso específico del autor y por su fecha próxima a la codificación: «*Il Pothier, a sua volta –dice STORTI–, affermò che lo scopo della rappresentazione nella linea discendente era quello della realizzazione dell'uguaglianza delle linee differenti, indipendentemente dalla considerazione del grado dei successibili; uguaglianza che, invece, non perseguiva la rappresentazione nella linea collaterale, la quale tendeva esclusivamente a favorire i figli nati da fratelli e sorelle*» (p. 633). En la misma línea apuntaba ya, hace tiempo (aunque evidentemente no en relación a los preceptos dichos), LLAMAS Y MOLINA, quien afirmaba a este respecto «ser a todas luces claro que la representación verdadera es la que se observa en la línea de los descendientes... y que a imitación de la representación en la línea recta o de los descendientes se introdujo la de la línea colateral o de transversales» (*Comentario crítico, jurídico y literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, 5.ª ed. Madrid 1875, p. 148). Más recientemente, así lo destaca también SCAEVOLOA, *op. cit.*, t. XVI, pp. 264-267. Esta idea parece verse reflejada además en ROYO MARTÍNEZ (*op. cit.*, p. 194) cuando dice que «la representación en línea colateral a favor de sobrinos hijos de hermanos solo tiene lugar en la sucesión abintestato, pues no reconocido a los hermanos derecho legitimario, no cabe representación a favor de los sobrinos en cuanto a legítima». Lo mismo LACRUZ, cuando afirma que «como en la sucesión abintestato, hay también derecho de representación en la legítima, que es atribuida igualmente por la ley. Mas esta suerte de representación –dice–... no ha sido siempre bien entendida, ni por la doctrina ni por la jurisprudencia» (*Derecho de Sucesiones*, t. I, *Parte general*, Barcelona 1971, pp. 80-81).

¹²⁵ Así lo apuntaba ya SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...* cit., t. VI.2, p. 1126.

medida de la representación en este caso. Y su regulación más propia e inmediata se encuentra en los arts. 761 y 857 Cc, aunque naturalmente le son aplicables también los arts. 924 ss Cc, en todo lo que no sea inconciliable con este supuesto.

En este segundo grupo debe entenderse incluido también el caso de repudiación, por analogía con lo dispuesto en los arts. 761 y 857 Cc. Pues aunque el caso no está explícitamente contemplado en esos preceptos, el derecho o interés que está en juego es el mismo que se preserva en ellos, lo que justifica la analogía en este sentido.

Lo dicho supone que en nuestro Ordenamiento actual el derecho de representación debe considerarse operativo también en caso de repudiación. Aunque hay que precisar que esta operatividad no será siempre, de forma general e indiscriminada, sino solo en determinados casos. En concreto, cuando venga demandada como medio necesario para hacer efectivo un principio superior como es posibilitar a los descendientes de segundo o ulterior grado la percepción efectiva de la legítima a que el actual sistema sucesorio les da derecho, cuando el descendiente de grado más próximo no la recibe por causa imputable a él.

Lo cual supone que la representación en supuestos de repudiación solo puede operar, en su caso, en la línea recta descendente –esto es, cuando el representado es descendiente del causante y también lo son los representantes (aunque, estos, de segundo o ulterior grado)–, pero no en la colateral –esto es, si el (pretendido) representado es hermano del causante, y los (pretendidos) representantes son sobrinos suyos–, ya que estos no tienen reconocido derecho a legítima.

Y supone también que su medida se circunscribe a lo que en concepto de legítima hubiera correspondido al representado, y que no se extiende a todo lo que pudiera tal vez estar destinado en principio a este, pues en lo que exceda de la legítima ya estamos en otro orden de cosas¹²⁶. Esto significa que la repudiación por parte de un sujeto de la herencia deferida a él impide que esa herencia (toda o la cuota que sea) llegue a sus descendientes, salvo en la parte de legítima, que sí podrán recibir estos por derecho de representación¹²⁷.

¹²⁶ En cuanto a si se trata de la legítima corta o larga, *vid.* infra 4.2.

¹²⁷ Por las razones expuestas, no nos parece que pueda ser trasladada a nuestro Derecho la solución adoptada en los Ordenamientos de nuestro entorno que admiten la operatividad del derecho de representación en caso de que el representado esté vivo y no herede por causa imputable a él, pero sin circunscribirlo en su medida a la legítima sino dándole igual extensión que en caso de premoriencia. Así ocurre, en caso de indignidad o desheredación, en Italia (art. 467.1 *Codice*-1942), en Portugal (art. 2039 *Código*-1966), en Aragón (art. 25 Ley 1/1999) y en Navarra (Ley 308 Fuero Nuevo). Y está dispuesto igual-

3.3 Ponderación y relativización de las objeciones que se aducen en contra de la hipótesis estudiada

Dicho lo anterior, es tiempo entonces de valorar críticamente los argumentos y objeciones que en su momento vimos se aducen para negar en nuestro Ordenamiento la operatividad del derecho de representación en caso de repudiación¹²⁸.

Pues a nuestro modo de ver, y sobre la base de lo que en las páginas anteriores ha quedado dicho, esos argumentos y objeciones no son tan inequívocos como se pretende. Veamos por qué, siguiendo el orden en que fueron apuntados.

A) *Objeciones de naturaleza legal-positiva*

a) En primer lugar está el art. 924 Cc, del que la doctrina común vimos destaca que supedita el juego del derecho de representación al acaecimiento de circunstancias determinadas –que la persona a quien se pretenda representar no viva o no pueda heredar, cuando la sucesión en cuestión se abre–, siendo así que en ninguna de ellas es encajable el supuesto de quien, estando llamado a una herencia y pudiendo aceptarla, sin embargo, no quiere hacerlo y la repudia.

A nuestro entender, sin embargo, esta objeción no es inexorable. Para relativizarla, ahora bien, no vamos a recurrir nosotros al argumento fácil de apoyarnos en la crítica generalizada que la doctrina ha hecho a este precepto por causa de su deficiente literalidad¹²⁹.

Nuestra idea pasa por destacar que el art. 924 Cc, aunque se matice con todas las advertencias que se le acostumbra a hacer para salvar sus imprecisiones literales, en todo caso sigue pensan-

mente, para el caso de repudiación, en Italia (art. 467.1 *Codice*) y en Portugal (art. 2039 *Código*-1966). A nuestro juicio, sin embargo, esta solución no es plausible. Centrándonos ahora en el caso de repudiación (aunque vale igual para los casos de indignidad y desheredación), pensamos que esa solución, si bien por un lado tiene el mérito y acierto de reconocer explícitamente el juego de la representación sucesoria en caso de repudiación, por el otro lado adolece del defecto de aplicarle un régimen que no es propio del mismo, generalizando indiscriminadamente un tratamiento que solo tiene sentido y razón de ser en caso de premoriencia. Pues como ya hemos dicho, el fundamento del derecho de representación no es siempre el mismo, y por tanto su régimen y contenido no pueden tampoco ser siempre iguales. Y así, en los casos de indignidad, desheredación y repudiación, la medida de la representación debe circunscribirse a la legítima.

¹²⁸ Punto 2 del trabajo.

¹²⁹ Fundamentalmente se le achaca que del mismo parece deducirse que los representantes suceden al representado, cuando no es así; que de él parece igualmente desprenderse que representantes de una persona pueden serlo todos sus parientes, lo que tampoco es cierto; y por último que la representación no se da solo en los derechos del causante –que es lo que de la letra del precepto resulta– sino también en las obligaciones. *Vid.*, por todos, GUILARTE, *op. cit.*, pp. 133 ss. VATTIER, por su parte, ofrece una valoración menos crítica (*op. cit.*, pp. 102 y ss.).

do en la representación como figura que viene a salvar la dificultad producida por la premoriencia de quien iba a ser llamado en primer lugar a una herencia (por razón de su mayor proximidad de parentesco con el causante), permitiendo a sus descendientes concurrir a esa sucesión en su lugar y así recibir todos los derechos que aquel habría recibido en esa herencia de no ser por tal circunstancia.

Es verdad que el artículo, para no desentonar de las novedades introducidas en otros preceptos en tema de representación, añade al final un inciso con el que extiende formalmente la figura que ha descrito también a los casos en que el representado no haya podido heredar. Pero esto creemos que no basta para desvirtuar lo dicho, pues no es sino un añadido final –en el Proyecto de 1851, el art. 753 rezaba así: «*La representación da á un pariente vivo los derechos que tendría otro ya difunto, si viviera, en cuyo lugar, grado y derechos se subroga*»– que además no se acomoda al sentido global del precepto, que es posibilitar al representante suceder al causante «*en todos los derechos que tendría [el representado en esa herencia]*»¹³⁰.

En efecto, el ámbito objetivo del derecho de representación que se contempla propiamente en el art. 924 Cc, conformado además a la idea tradicional del mismo, viene determinado por un *universum ius* –toda la herencia del causante, o una parte alícuota de la misma¹³¹– que poco o nada tiene que ver con la legítima. Y decimos que nada tiene que ver, no porque la legítima posiblemente sea, desde el punto de vista cuantitativo, menor que aquella herencia (sea íntegra, sea la parte alícuota que al representado hubiera correspondido en la misma), sino sobre todo porque legítima y herencia son figuras jurídicas cualitativamente distintas. Pues no es lo mismo concurrir a una herencia en representación de otro pero como heredero en sentido amplio, tomando en aquella herencia

¹³⁰ Abundando en lo dicho, la idea expuesta encuentra apoyo también en el art. 926 Cc, pues la medida que este fija en relación con lo que el representado ha de recibir está literalmente referida solo al caso de premoriencia: «*siempre que se herede por representación, la división de la herencia se hará por stirpes, de modo que el representante... no herede más de lo que heredaría su representado, si viviera*».

¹³¹ Esta es, sin duda, la idea tradicional. Vid. Novela CXVIII, cap. I: «*In proprii parentis locum succedere... tantam de hereditate morientis accipientes parte, quantumque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset*». Partida VI, Título XIII, ley 3: «(...) Otrosí dezimos, que si estos nietos fuessen muchos, nascidos de vn padre, todos heredaran en logar del padre con el tio, e auran aquella parte de los bienes del auuelo, que auria el padre dellos si biuiesse. E si alguno muriesse sin testamento, e fincasse vn nieto, de vn su fijo que fuesse ya muerto, e de otro fijo, que fuesse ya finado, le fincassen tres nietos, o mas; este vno solo, tanta parte aura en la heredad del auuelo, como todos los otros sus primos; porque, pocos o muchos que sean, fincan en logar de su padre, e heredan todo lo que heredaría, si biuiesse». Hoy el art. 926 Cc se muestra concordante con esa idea, y este artículo ya hemos dicho que junto a los arts. 924 y 925 forman la tríada que recoge el entendimiento tradicional del derecho de representación, que constituye a su vez el pilar sobre el que este se dibuja en el Código con carácter general.

todo lo que a este hubiera correspondido, que concurrir ocupando el lugar de legitimario que otro no puede ocupar, para tomar en esa herencia solo lo que en concepto de legítima hubiera correspondido al representado. Entre un caso y otro hay una diferencia sustancial y cualitativa. Y ya hemos visto antes que en nuestro Derecho deben distinguirse dos tipos de representación –en la herencia y en la legítima–, cuyo fundamento, régimen y contenido es distinto.

A la vista de lo cual podemos entonces decir que el derecho de representación que se describe en el art. 924 Cc no es el mismo que ahora estamos nosotros considerando (el que procede en caso de repudiación), que se caracteriza (entre otras cosas) por limitar su contenido objetivo a la legítima. Por lo que de ese precepto no pueden extraerse conclusiones definitivas con respecto a este último.

b) En segundo lugar está el art. 929 Cc, que viene a concretar lo dispuesto en el inciso final del art. 924 –que hay derecho a representar a una persona en la sucesión de otra *si aquella*, aunque estuviera viva, *no hubiera podido heredar*– circunscribiéndolo a los casos de indignidad y desheredación del llamado de grado más próximo. A la vista de lo cual la doctrina común sostiene que la hipótesis de repudiación no se encuentra incluida entre las excepciones que nuestro Derecho admite a la regla tradicional *viventis non datur repraesentatio*.

Por nuestra parte, aunque es indudable que la letra de ese artículo no resulta en absoluto fácil de compatibilizar con la hipótesis que estudiamos, entendemos sin embargo que es posible todavía dar a esa norma un alcance tal que no se erija en obstáculo insalvable en ese sentido. Nuestro pensamiento pasa por destacar los defectos e imprecisiones en que esa norma incurre.

El art. 929 Cc tiene su antecedente primero, aunque prelegislativo, en el Proyecto de García Goyena, cuyo art. 758 rezaba así: «*No se puede representar a una persona viva, salvo los casos designados en los artículos 623 y 673*», el primero de los cuales era paralelo del actual art. 761 Cc, y el segundo del actual art. 857 Cc. Su definitiva redacción –la actual– se le dio sin embargo en el Anteproyecto de 1882-1888, en la que es fácil ver que se pretendió que ese artículo no fuera mero precepto de remisión sino que tuviera, al menos sintácticamente, contenido normativo propio. Esto, ahora bien, no solo no se consiguió propiamente sino que además el precepto resultante, por causa de su nueva redacción, en lugar de constituir una mejora en el conjunto del sistema lo empeora en varios aspectos.

Uno es que este precepto, por razón de su tenor literal, resulta deficiente en cuanto a la determinación del aspecto cuantitativo de la representación en los casos que contempla. ¿Cuál es la medida de

la representación en esos casos? El art. 929 Cc no lo dice, lo que permite dos respuestas. En primer lugar cabe pensar que el precepto no concreta esa cuestión porque la da por sobreentendida: el ámbito objetivo de esa representación –podría hipotizarse que discurre la norma– será el que cinco artículos antes, y con carácter general, ha fijado el art. 924 Cc: el representante sucederá «*en todos los derechos que [el representado] tendría [en esa herencia] si viviera o hubiera podido heredar*». Pero en segundo lugar cabe también pensar que para la concreción del art. 929 Cc en este punto es necesario poner en conexión ese precepto con los arts. 761 y 857, y sobre esa base entender que la representación circunscribe en esos casos su medida a lo que en concepto de legítima hubiera correspondido en esa herencia al representado. Pues bien, en esta alternativa hay que considerar que la respuesta acertada es la segunda. Lo que se justifica por el importante argumento que se extrae del antecedente primero del precepto en cuestión –el art. 758 del Proyecto de 1851–, y también por la glosa que del mismo hizo su autor –García Goyena¹³²–, remitiendo ambos directamente a los artículos arts. 623 y 673 del Proyecto, que son los antecedentes de los actuales arts. 761 y 857 Cc. Ahora bien, siendo eso así, como lo es, resulta entonces, como han denunciado algunos autores¹³³, que el art. 929 Cc es un precepto (hasta cierto punto) vacío de contenido normativo específico, innecesario y reiterativo, pues a pesar del cambio de redacción con respecto a su antecedente en el Proyecto isabelino sigue siendo norma de remisión¹³⁴. Y además deficiente por impreciso, en tanto que ahora su letra plantea alguna dificultad al efecto de concretarlo.

Y el empeoramiento del art. 929 Cc con respecto a su antecedente en el Proyecto de 1851 no se limita a lo anterior. Otro defecto que cabe señalar al art. 929 Cc es que, atendiendo estrictamente a su redacción, resulta aplicable no solo a hijos de hijos sino también a hijos de hermanos. Esto es así porque si bien los hermanos no pueden ser desheredados –porque no son legitimarios–, sí pueden sin embargo resultar indignos para suceder, pues varias de las causas de indignidad que se recogen en el art. 756 Cc pueden ser predicadas de ellos. ¿Podrán entonces los sobrinos del causante concurrir a su herencia en representación de su padre –hermano del causante– indigno? No parece deba ser así. Y no solo porque esta posibilidad no fuera contemplada en el Proyecto de García Goyena

¹³² *Concordancias, motivos y comentarios* cit., ad art. 758, t. II, p. 177.

¹³³ SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, t. VI.3, p. 1709; ESPEJO, *op. cit.*, pp. 108 y 116.

¹³⁴ Aunque tomada aisladamente no sea una consideración determinante, no parece tampoco descabellado destacar el orden en que los preceptos concernidos en este punto aparecen en el Código: 761, 857 y 929. A la vista de lo cual cabe pensar que el legislador, al redactar el art. 929 Cc, no hizo sino confirmar algo que ya tenía establecido antes.

(sus arts. 758 y 623 eran claros en este punto) ni por los redactores inmediatos del Código civil, ni porque no haya sido nunca considerada por la doctrina posterior¹³⁵. Sino además porque ¿cuál sería la medida objetiva de esa representación? El art. 761 Cc señala como medida la legítima, pero esto no es aplicable en este caso, pues la ley no otorga derecho de legítima a los hermanos. ¿Habría entonces que recurrir al art. 924 Cc, con el resultado de que el sobrino reciba todo lo que su padre hubiera podido heredar de su hermano, de no ser por causa de su indignidad? Esto es absurdo, pues si así fuera resultaría que el hijo del hermano indigno recibiría más que el hijo del hijo indigno, ya que este, según hemos visto, solo recibe lo que a su padre hubiera correspondido en concepto de legítima¹³⁶. Lo cual fuerza a concluir que los hijos de hermano indigno no tienen derecho de representación en casos distintos al de premorencia, a pesar de que la letra del art. 929 Cc permita dar cobertura a este supuesto.

En resumen: de lo dicho resulta que el art. 929 Cc, por un lado es un precepto en cierta forma vacío de contenido normativo específico, innecesario y reiterativo, y por otro que tiene defectos, incorrecciones e insuficiencias evidentes en su redacción.

Y así, sobre esta base es posible concluir entonces que el art. 929 Cc, a pesar de su letra ciertamente nada propicia para nuestra pretensión, no debe ser considerado argumento definitivo en este tema, pues cabe entender que la no inclusión de la repudiación entre las hipótesis en las que admite la representación de persona viva –cuya procedencia ya hemos visto viene demandada hoy por otras consideraciones– no es sino un defecto más del mismo¹³⁷.

¹³⁵ Vid. O'CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 555.

¹³⁶ Al resultado de atribuir a los hijos del hermano indigno todo lo que su padre habría podido heredar de su hermano de no ser por causa de su indignidad no podría llegarse ni siquiera si aceptáramos la interpretación del art. 761 Cc que una corriente doctrinal minoritaria propone (*vid. supra* texto y nota 84), conforme a la cual el derecho que este artículo atribuye a los hijos del hijo indigno no se limita a la legítima. Y no podría, porque esa interpretación se basa en la consideración de que los hijos del hijo indigno son ellos mismos, a causa de la indignidad de su padre, legitimarios, y que han sido preteridos al no haber sido ordenadas por el causante en su testamento disposiciones para pago de su legítima, por lo que hay que aplicarles el régimen legal de la preterición, que se traduce casi siempre en atribuirles un derecho de cuantía mayor que la legítima. Esta interpretación ya hemos dicho más arriba que no es aceptable, pero en todo caso lo que ahora interesa destacar es que no sería aplicable a los hijos del hermano indigno, porque el hermano no es legitimario, y por tanto mucho menos sus hijos.

¹³⁷ A la pregunta de si la norma contenida en el art. 929 Cc cierra el paso o impide la posibilidad estudiada en este trabajo, responde GORDILLO lo siguiente: «No absolutamente, si se interpreta que la norma es pura prolongación del art. 758 Pr. 1851, inadvertidamente no adaptada a la norma posterior y específicamente introducida para determinar la extensión del derecho de representación en la legítima de los hijos y descendientes: el art. 766» (*op. cit.*, p. 1881).

c) Toca ocuparse, en tercer lugar, de lo dispuesto en los arts. 922 y 981 Cc. A este respecto vimos en su momento que el art. 922 Cc no es norma inequívoca, porque comienza pareciendo que cierra la puerta a la posibilidad estudiada en este trabajo —«*si hubiere varios parientes de un mismo grado y alguno o algunos no quisieren... suceder, su parte acrecerá a los otros del mismo grado*»— pero luego en su inciso final deja abierto un portillo a la misma, al precisar que eso será así «*salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar*». Por esa razón vimos también entonces que se decía que en auxilio del anterior, para concretar su significado, es necesario atender a otros preceptos, entre los cuales el más socorrido es el art. 981 Cc, cuya letra parece muy clara en el sentido de impedir la representación en caso de repudiación, ya que no contempla siquiera esa posibilidad: «*en las sucesiones legítimas —dice— la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre a los coherederos*».

¿Es realmente así? A nuestro juicio, esa conclusión no es tan inexorable como se pretende. Para sostener esto no negamos lo que esas normas dicen, sino que tratamos de valorarlo debidamente.

En este sentido hay que recordar, aparte de que en relación con la legítima no existe derecho de acrecer (que es de lo que habla el art. 981 Cc y de lo que trata la sección en la que ese precepto está situado), que «sucesión legítima» en el art. 981 Cc es expresión que hace referencia a sucesión intestada, no a sucesión en la legítima, y que herencia y herederos (o coherederos) son conceptos distintos de legítima y legitimarios (o co-legitimarios). Y así, sobre esa base resulta entonces que la aplicación a nuestro caso de la norma contenida en el art. 981 Cc no es tan evidente como se pretende, pues cabe entender que la misma se refiere propiamente al destino general de la herencia deferida al repudiante (toda, o la parte alícuota correspondiente), pero sin que ello obste a lo que pueda ser de la parte de legítima, en los casos que proceda. Nótese, en este sentido, que el art. 981 Cc es aplicable también a herencias deferidas a ascendientes y colaterales, en las que ya hemos dicho no procede el derecho de representación que en este trabajo estamos estudiando, ya que este se da solo cuando se trata de descendientes, y en relación con la legítima.

Sin que sea obstáculo insalvable para lo dicho la sucesión por derecho propio a favor de los co-legitimarios que para un caso semejante al previsto en el art. 981 Cc se establece en el art. 985.2 Cc¹³⁸, cuyos efectos prácticos son sustancialmente iguales a los del derecho

¹³⁸ «*Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer.*»

de acrecer¹³⁹. Pues a eso se puede responder que el acrecimiento o expansión del derecho de los demás legitimarios de que habla el art. 985.2 Cc, aunque en su letra no se diga explícitamente, en todo caso será cuando proceda, no siempre. Pues como la doctrina tiene hoy pacíficamente reconocido, aunque en la letra del precepto no se haga referencia a ellos, hay casos que excluyen ese acrecimiento, como por ejemplo si está prevista una sustitución vulgar (art. 774 Cc)¹⁴⁰. Y si esto es así, como lo es, cabe entonces pensar que nuestro supuesto podría ser también uno de los que excluyen ese efecto, aunque no esté expresamente previsto en la letra de la norma¹⁴¹.

Todo lo cual creemos que permite la crítica al argumento contrario a nuestra pretensión traído de la letra de los arts. 922 y 981 o 985.2 Cc, al menos para relativizar su valor y poder sostener que no son inexorables en ese sentido.

d) Queda entonces por considerar el art. 923 Cc, que como dijimos en su momento es uno de los principales preceptos de referencia para la tesis contraria a la operatividad del derecho de representación en caso de repudiación.

A este respecto hay que reconocer, en efecto, que al menos desde una perspectiva literal el precepto parece inequívoco en el sentido dicho¹⁴². Pues no siendo posible, en el supuesto por él contemplado, acudir al derecho de acrecer a favor de otros llamados del mismo grado, lo que esta norma hace es deferir la herencia a los parientes del grado siguiente pero afirmando explícitamente que estos «heredarán... por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante».

¹³⁹ Apuntan este precepto en este sentido CÁMARA (*op. cit.*, pp. 37 ss) y VALLET (*Limitaciones de Derecho sucesorio* cit., p. 94).

¹⁴⁰ *Vid.*, por todos, ESPEJO, *op. cit.*, p. 120.

¹⁴¹ A nuestro entender la explicación de este precepto es la que ya hace años apuntó CÁMARA (*op. cit.*, p. 38): «el segundo párrafo del artículo 985 es un corolario de lo que se establece en el párrafo primero. Al decir este que entre herederos forzosos no tiene lugar el derecho de acrecer más que con respecto a la parte libre, el segundo párrafo saca la consecuencia en cuanto a la legítima, respecto de la cual, a la par que excluye el derecho de acrecer, establece que sucederán los coherederos por su propio derecho. Este postulado tiene (...) una doble finalidad: 1.º Evitar que el juego del derecho de acrecer impida el reparto igualatorio de la porción legítima (con inclusión de la mejora) entre los herederos forzosos; y 2.º Impedir... que a consecuencia de la actuación de las normas reguladoras del acrecimiento resulte mermada la cuota global de legítima a favor de quien no sea heredero forzoso».

¹⁴² SÁNCHEZ ROMÁN (*op. cit.*, t. VI.3, p. 1695), sin embargo, sostiene que esa interpretación no es correcta, afirmando como indudable a su juicio «que los modos de suceder *ab intestato* de los descendientes, en todo caso, serán los siguientes: los de primer grado solos, siempre por partes iguales o *in capita*; los de segundo o ulteriores grados, procedentes de diferentes padres, siempre por derecho de representación o *in stirpes*... ya sea la causa de que aquel no herede, su muerte anterior al intestado, su desheredación, su incapacidad o su renuncia».

¿Es esa, ahora bien, una norma tan definitiva en este sentido como literalmente parece y doctrinalmente se pretende? A nuestro entender, no, porque es posible, y oportuno, darle un entendimiento distinto del habitual, que deja espacio a la pretensión que estamos estudiando. Nuestro planteamiento es el siguiente.

De entrada empezamos apuntando que, según consideran algunos autores¹⁴³, la norma contenida en el art. 923 Cc es reiterativa e innecesaria (al menos en parte). Reiterativa cuando dice que en el supuesto contemplado en ella la consecuencia es que «heredarán los [parientes] del grado siguiente», porque esto no hace sino abundar en lo dispuesto dos artículos antes, en el 921 Cc, en el que se consagra el principio de proximidad de grado. E innecesaria cuando apostilla, al final, que esos parientes heredarán «sin que puedan representar al repudiante», porque esto no constituye sino «un anticipo» de lo dispuesto en el artículo siguiente (art. 924 Cc) y en el art. 929 Cc. Ninguna de esas dos proposiciones del art. 923 Cc aporta por tanto, concluyen entonces esos autores, nada nuevo. Únicamente lo hace el inciso que dice que los parientes del grado siguiente heredarán en este caso «por su propio derecho», es decir *in capita*, no *in stirpes*, aunque esto ha sido criticado también por la doctrina, porque no casa con lo dispuesto en el art. 933 Cc y porque además es muy discutible desde el punto de vista de política legislativa¹⁴⁴.

¹⁴³ GUILARTE, *op. cit.*, pp. 122-123; MANRESA, *Comentarios...*, 4.^a ed. Madrid 1914, t. VII, pp. 51-52.

¹⁴⁴ Por nuestra parte pensamos que la crítica de antítesis normativa entre los arts. 923 y 933 Cc no es muy sólida, ya que a la misma podría responderse diciendo que son distintas las soluciones dispuestas en esos preceptos porque las figuras contenidas en cada uno de ellos también son distintas, en tanto que en el art. 933 Cc habría derecho de representación –por ello se sucede *in stirpes*– mientras que en el art. 923 Cc no –por eso se sucede *in capita*–. Otra cosa es la crítica desde el punto de vista de política legislativa, en la que no entramos por no ser cuestión relacionada con nuestro tema de forma directa. Aunque sí podemos hacer alguna digresión, apuntando que la crítica a la solución dispuesta en el art. 923 Cc parece razonable, a pesar de la semejanza que desde esta perspectiva existe entre el art. 923 Cc y el art. 927 Cc, que establece que si a la herencia del tío concurren solo sobrinos, estos heredarán por partes iguales, esto es *in capita*. Este último supuesto originó en su tiempo gran polémica entre Azo (*Summa super Codicem*, lib. VI, n.º 8) y ACCURSIO (*Glossa in Codicem*, lib. VI, fol. 405), pues el primero defendía en ese caso la sucesión de los sobrinos por cabezas y el segundo por estirpes. Esta controversia, no obstante haber voces calificadas en contra (Antonio GÓMEZ: *Ad Leges Tauri Comentariorum absolutissimum*, Madrid 1794, Ley VIII, n.º 13 y 14) fue decidida entre nosotros en el primer sentido dicho (Part. VI, Tit. XIII, ley 5.^a; Leyes de Toro, ley 8.^a; *vid.* GREGORIO LÓPEZ: *Glosas a las Partidas*, ad. P. VI, XIII, leyes 3 y 5; SANCHO LLAMAS y MOLINA: *Comentario crítico, jurídico y literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, 5.^a ed., Madrid 1875, ad Ley 8.^a, pp. 145 ss), y así ha llegado a plasmarse en el art. 927 Cc. Pero esa solución siempre ha sido polémica, y lo sigue siendo en el terreno de política legislativa. ¿Por qué entonces el legislador, siendo consciente de las críticas a esa solución, la plasmó en el caso de nietos que concurren solos a la herencia del abuelo, que es un supuesto distinto del clásico de sobrinos que concurren solos a la herencia del tío? Aunque aquí solo pueden hacerse conjeturas, cabe pensar que tal vez el legislador entendió que así resultaba impuesto por la exclusión del derecho de representación en caso de repudiación, sin advertir que aunque

En todo caso, no son esas las cuestiones que aquí nos interesan sino ver si el art. 923 Cc, con la redacción que de hecho tiene, cierra absolutamente la puerta a nuestra pretensión, o si por el contrario deja algún margen para la misma. A nuestro entender, como ya avanzamos antes, debemos inclinarnos por esa segunda solución.

La razón es semejante a la ya apuntada al rebatir alguno de los anteriores datos positivos. Esto es, que el art. 923 Cc es precepto que está pensando propiamente en el caso de repudiación de herencia y en el destino ulterior, en general, de la misma, pero sin considerar –y por tanto sin excluir– lo que pueda ocurrir con la legítima, cuando sea el caso. Así resulta de su misma letra.

Y así se ve además confirmado al considerar que esa norma se refiere siempre a «parientes», no a legitimarios, siendo así que los parientes que entran bajo el radio de acción de esta norma no tienen que ser necesariamente descendientes, sino que pueden también ser ascendientes o colaterales. Y frente a esto no cabe argüir que, aunque no de forma explícita, esa circunscripción a descendientes se desprende del inciso final del precepto, en el que se hace referencia –aunque de forma negativa, para excluirla– a la representación, que es figura que principalmente se refiere a descendientes. Aparte de que «principalmente» no es «siempre», esa interpretación no es admisible a la vista de las glosas que al antecedente de este precepto hizo quien fue artífice del mismo –García Goyena–, de las que resulta con claridad que esa norma no está dictada específicamente para la legítima, sino para la herencia en general¹⁴⁵.

¿Cuál es, entonces, el verdadero sentido del art. 923 Cc? A nuestro juicio la respuesta a esta pregunta va por derroteros distintos a

el derecho de representación no procediera podía haber dispuesto la división *in stirpes*, ya que este modo de dividir no es exclusivo de la representación sucesoria. Cabe aquí recordar la distinción apuntada por POTHIER (*op. cit.*, pp. 45-53) entre «*représentation à l'effet de succéder*» y «*représentation à l'effet simplement de partager*», que aunque no sea acertada en cuanto a admitir dos tipos de representación, sí es de estimar en cuanto pone de manifiesto que, sin haber representación en sentido propio, pueden todavía aplicarse sus efectos en orden a realizar una división.

¹⁴⁵ El antecedente se limita al art. 752 del Proyecto de 1851, cuya letra era la siguiente: «*Repudiando el pariente más próximo, si es solo, ó todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho, y sin que puedan representar al repudiante*». En este sentido, decía GARCÍA GOYENA que «la disposición de este artículo, aunque habla tan solo del *grado siguiente*, se extiende también al orden o línea; por ejemplo, repudiando los padres heredarán los abuelos porque les siguen en grado dentro de la línea recta ascendente; pero, si repudian todos los ascendientes, se pasará al orden o línea colateral» (*Concordancias, motivos y comentarios cit.*, art. 752, p. 172). Más recientemente, la idea que hemos apuntado en el texto parece reflejarse en ROYO MARTÍNEZ (*op. cit.*, p. 193), quien aunque considera que el derecho de representación no abarca el supuesto de renuncia del instituido, eso no obstante entiende que el art. 923 Cc «es aplicable tan solo al supuesto de delación abintestato, no al de renuncia de la legítima».

los que señala la doctrina mayoritaria. La respuesta correcta es la que apunta su autor (García Goyena), que explica que esa norma fue una reacción contra la situación vigente hasta ese momento, con arreglo a la cual la parte de herencia (legítima, *i.e.* intestada) repudiada pasaba al Fisco, estableciéndose entonces –en el art. 752 del Proyecto de 1851, que luego pasa a ser el art. 923 Cc– una solución nueva, que da un destino distinto a los bienes repudiados: ya no irán al Fisco, sino a los parientes del grado siguiente¹⁴⁶. Así pues, norma nueva y solución novedosa, sin duda, pero no relacionada con la cuestión que aquí propiamente nos ocupa.

Por esta razón, y sobre la base de que lo dispuesto en este precepto se refiere propiamente al caso de repudiación de herencia en general (en el que ya sabemos no procede el derecho de representación), pensamos que cabe concluir que este precepto no se erige como obstáculo insalvable para la hipótesis estudiada en este trabajo, que propugna la admisión del derecho de representación en caso de repudiación pero solo en relación con la legítima, y por causa de ella¹⁴⁷.

¹⁴⁶ «Consígnase en este artículo –dice GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios* cit., t. II, pp. 171-172)– el edicto sucesorio del que se trata en el título 9, libro 38 del Digesto, y en el 16, libro 6 del Código, aunque antiguamente no se conoció y la herencia (legítima) repudiada se aplicaba al Fisco». La norma citada del Codex (Código) a la que se refiere es esta: «*De edicto successorio*. 1.- *Si mater tua propter furorem suum patrum sui bonorum possessionem non accepit, tu filius eius ad eorumdem bonorum patrum magni possessionem ex edicto, quo prioribus non petentibus sequentibus permittitur, admissus es*». Las normas que cita GARCÍA GOYENA (p. 165) como sustento de la situación anterior son las siguientes: Partida VI, Título VII, leyes 13 y ss.; Novísima Recopilación, Libro X, Título XX, ley XI. A nuestro entender no son, esas, normas especialmente adecuadas en este sentido, porque lo que en ellas se disponía no estaba justificado por causa de repudiación sino por causas de indignidad que concurrían en el llamado, que lo hacían inhábil para suceder. Esto no obstante, lo que interesa aquí es el sentido de la solución que en la práctica se aplicaba, que sin duda era el que GARCÍA GOYENA apunta, con independencia de la base positiva sobre la cual se hubiera llegado a él.

¹⁴⁷ Sin perjuicio de lo dicho, ahora bien, no podemos tampoco ignorar que cae dentro del supuesto de hecho de este artículo el caso de que el repudiante sea descendiente que tiene a su vez descendientes. ¿Cabe ahí la representación en la parte de legítima? El precepto parece negarlo, al afirmar que esos descendientes de segundo grado heredarán por derecho propio. Pero pensamos que esa no es la solución correcta. Considerése así qué pasaría si el causante hubiera hecho a favor de terceros –*v. gr.*, mediante donaciones– disposiciones que excedieran la parte disponible. ¿Podrían en ese caso reclamar algo los descendientes del descendiente repudiante? La respuesta afirmativa parece evidente, pero si se piensa un momento no lo es tanto, pues aunque el art. 923 Cc defiere la herencia a su favor lo hace como herederos abintestato, y este llamamiento no los faculta para ejercitar acciones en defensa de la legítima (esto es lógico, ya que la finalidad principal de la sucesión abintestato –sin perjuicio de las razones que determinan el sentido de la misma– es dar un destino a los bienes que a la muerte de su titular quedan vacantes, pero no más). Para que aquello sea posible debe reconocerse a esos descendientes de segundo grado la cualidad de legitimarios. Y el único medio para ello es el derecho de representación. Por tanto, así debe hacerse. La dificultad del caso está en que aquí concurren entonces un llamamiento a la legítima (por derecho de representación) y un llamamiento a la herencia (por sucesión abintestato), siendo así que esta, por su habitual mayor cuantía, absorbe aparentemente a aquel. Pero aunque eso sea así en apariencia, la realidad creemos que es la dicha (en un momento anterior del trabajo, ya vimos que la legítima también existe y es operativa en la

B) *Objeciones de índole dogmática o de principio.*

a) Una primera objeción apuntada en este sentido vimos que es la consideración de que al repudiar la herencia a él deferida, el descendiente primeramente llamado (el de grado más próximo al causante) hace uso legítimo de su derecho (aunque en sentido negativo) y consume con ello el *ius delationis*, siendo entonces la propia esencia de este la que excluye la operatividad del derecho de representación.

Esta objeción, sin embargo, no nos parece determinante en este sentido. Pues a ella se puede contestar señalando que no se trata aquí de valorar la legitimidad o ilegitimidad del acto de repudiación, sino las consecuencias de ese acto individual y puramente voluntario en relación con una institución como la legítima de descendientes, de derecho necesario¹⁴⁸. Y en este sentido, lo expuesto en el apartado anterior del trabajo sobre la atribución de derecho a legítima que nuestro Ordenamiento actual hace a favor de descendientes de segundo grado en caso de que el de grado más próximo no la reciba por causa imputable a él, permite decir que el argumento aquí considerado no es suficiente para rechazar la operatividad del derecho de representación en caso de repudiación. Porque la legítima no es en este caso un derecho subjetivo renunciable sin más, sino una figura de derecho necesario que procura que los descendientes de una persona –los que sean, en función del caso– reciban en la sucesión de esta al menos una determinada porción.

Por ello, aunque el llamamiento a la herencia y a la legítima sean libremente renunciables a título individual, eso no debe obstar para convenir en que la renuncia del descendiente de grado primero no tiene virtualidad para repercutir necesaria y automáticamente en sus descendientes privándoles de la posibilidad de recibir esa legítima, sino que en tal caso pasa a estos el llamamiento correspondiente. La repudiación del descendiente de grado más próximo cierra definitivamente a sus descendientes la posibilidad de recibir la herencia del ascendiente común que a aquel se hubiera deferido primeramente (toda, o la parte alícuota correspondiente). Pero no puede decirse lo mismo de la parte de esa herencia que constituya la legítima de los descendientes, pues el no recibimiento de esta

sucesión abintestato). Y por ello, si en algún caso la cuota intestada resulta insuficiente para cubrir la legítima, el llamamiento específico a esta (por derecho de representación, repetimos) se hará presente de forma clara, permitiendo a los descendientes de segundo grado ejercitar las acciones oportunas.

¹⁴⁸ ¿Acaso el que deshereda a un hijo con justa causa no realiza un acto u ordena una disposición que la ley permite, lícita por tanto? Y sin embargo, se prevé el derecho de representación para permitir que los descendientes del desheredado puedan recibir lo que en concepto de legítima hubiera correspondido a este. Luego no cabe decir que la razón de otorgar o no derecho de representación radique en la licitud de la actuación del repudiante.

por el descendiente de grado más próximo por causa imputable a él se traduce en un llamamiento ulterior a sus propios descendientes (los del grado siguiente, y en su caso a los sucesivos, hasta llegar al último). Esa legítima (o ese llamamiento a legítima) solo se extinguirá definitivamente si, abierta la sucesión del ascendiente causante de la misma, renuncian a ella todos los descendientes integrantes de una estirpe, sean del grado que sean, que en ese momento estén vivos.

Por ello el derecho de representación debe admitirse en este caso, sin que la repudiación del descendiente llamado en primer lugar lo impida. Porque el derecho de representación no es un derecho en sentido propio sino un expediente técnico de llamamiento sucesorio, que opera en todos los casos en que del conjunto del sistema resulte oportuno para hacer este efectivo, entre los cuales está a nuestro entender, en relación con descendientes y con la legítima, el caso de repudiación.

b) En segundo lugar se ha apuntado como objeción, según vimos en su momento, que los supuestos de representación de persona viva admitidos en el Código civil –indignidad (art. 761) y desheredación (art. 857)– tienen carácter excepcional y son de interpretación restrictiva, no pudiéndose por tanto aplicar la norma contenida en ellos al caso de repudiación.

Esta idea, ahora bien, dijimos entonces que tomada en sus estrictos términos no es correcta. Pues los arts. 761 y 857 Cc son, simplemente, normas que regulan ciertos efectos de la indignidad sucesoria o la desheredación, disponiendo que cuando el indigno o desheredado sea hijo o descendiente del causante y tenga (aquel) hijos o descendientes (que lo son a su vez del causante, aunque en segundo o ulterior grado), estos recibirán lo que a aquel hubiera correspondido como legítima en esa herencia. Y esto, considerado en sí mismo, no puede decirse constituya una norma de carácter excepcional.

Ese carácter excepcional, en efecto, no se desprende del solo art. 761 Cc, o del solo art. 857 Cc, sino en todo caso de los arts. 924 y 929 Cc, o de la combinación de aquellos y estos. Pero, ¿es realmente así? Sobre la base de lo que hemos ido viendo en el trabajo, creemos que no.

Por un lado, porque la idea en principio contraria que de los arts. 924 y 929 Cc se puede extraer queda relativizada en base a las consideraciones que hemos hecho un poco más arriba en este mismo punto, al analizar el valor en contra de los argumentos de índole positiva.

Esto es, en el caso del art. 924 Cc porque, aunque el inciso final introducido en el mismo puede a primera vista hacer pensar otra cosa, en realidad se trata de un precepto que responde al entendimiento tradicional del derecho de representación como figura que permite al representante suceder al causante y recibir todo lo que al representando hubiera correspondido en esa herencia si hubiera vivido. La medida objetiva de la representación que regula, recordémoslo, es un *universum ius* –toda la herencia del causante, o una parte alícuota de la misma– que poco o nada tiene que ver con la legítima. Por tanto, el derecho de representación que contempla este precepto no es el mismo que nosotros estamos considerando. Por lo que no es posible, a partir de aquel, extraer conclusiones para este.

Y en relación con el art. 929 Cc porque se trata de un precepto en cierta forma vacío de contenido normativo específico propio, innecesario y reiterativo, y porque además tiene importantes defectos e insuficiencias en su tenor literal. Por lo que se puede concluir que la no inclusión, en él, de la repudiación entre los supuestos de representación de persona viva que admite no es sino un defecto más del mismo, y por tanto que no es definitivo en contrario.

Y por otro lado, porque aunque es cierto que los arts. 761 y 857 Cc no contemplan directamente el caso de repudiación, no lo es menos que el interés que en ellos se preserva –el derecho de los descendientes de grado ulterior a recibir la legítima correspondiente, cuando el descendiente de grado más próximo no la hace suya por causas imputables a él– es el mismo que está en juego en caso de repudiación, por lo que cabe y procede extender a este, por analogía, la norma dispuesta para aquellos. Recuérdese además lo que a este respecto quedó dicho más arriba en el trabajo: que, puesto que los arts. 766, 761 y 857 Cc constituyen un caso de remisión normativa, una interpretación sistemática de los mismos permite considerar incluido el supuesto de hecho de la norma remitente –en el que explícitamente se contempla el caso de repudiación– en el supuesto de hecho de las normas remitidas. Los supuestos de representación en caso de indignidad y desheredación, aunque así se diga a menudo, no son de interpretación restrictiva ni refractarios a la analogía, al menos desde la perspectiva que en este trabajo interesa.

c) Se ha objetado también, en contra de la posibilidad estudiada, que en caso de indignidad o desheredación existe una falta del descendiente de grado más próximo que por ser personal no debe repercutir en sus descendientes, mientras que en caso de repudiación no se da esa circunstancia.

A esto, ahora bien, respondemos nosotros diciendo que aunque la diferencia señalada es cierta, no se trata de una razón sino de un hecho objetivo cuya constatación no basta para afirmar, como si de una consecuencia directa y evidente se tratase, que el derecho de representación debe ser excluido en caso de repudiación. Porque en nuestro Ordenamiento hay razones y argumentos sólidos para sostener su posibilidad. Esas razones son las que han quedado señaladas en el punto anterior del trabajo, que ahora, para no repetir, simplemente resumimos.

En este sentido podemos recordar, en primer lugar, que el carácter personal de la falta no es la verdadera razón que sustenta en nuestro Ordenamiento el derecho de representación en los casos de indignidad y desheredación, pues el régimen que a nivel de Derecho positivo se da a estos no se corresponde con tal consideración.

Y además, que la circunstancia señalada no excluye que entre esos casos y el de repudiación exista identidad en cuanto al interés o al derecho que verdaderamente está en juego: la legítima, que el Código concede en determinadas circunstancias a los descendientes de segundo o ulterior grado, de tal forma que tienen derecho a ella no solo cuando el descendiente de primer grado ha premuerto sino también en vida de este, cuando no la puede recibir por causa imputable a él. Lo que permite y justifica que la solución prevista para esos casos se pueda extender también al de repudiación, por analogía.

d) Por último está la objeción cifrada en que el repudiante es jefe de la estirpe, por lo que los efectos de su actuación (su repudiación) trascienden a ella.

Esta objeción, ahora bien, entendemos que carece per se de entidad suficiente en este sentido. Para evidenciarlo, basta recordar la idea apuntada en su día al parecer por Bártolo, aceptada sin contestación por la doctrina desde hace mucho tiempo: que en la representación, «*quod filius succedat in locum patris, non a patre, sed ex dispositione legis*». Por ello nos parece que no procede detenerse siquiera en la crítica particularizada de esta objeción¹⁴⁹. Basta decir, a la vista de los argumentos a favor del derecho de representación también en caso de repudiación que se han

¹⁴⁹ Del mismo modo, la tesis que proponemos no la sustentamos en las consideraciones apuntadas por algunos autores, de que el descendiente más próximo no puede ser considerado a estos efectos como jefe de su estirpe, y que no es justo que una persona (el repudiante) sea árbitro del interés de sus sucesores (Vid. FUENMAYOR, *op. cit.*, p. 366, nota 87, aunque él no la comparte; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, t. V.3, p. 302; VATTIER, en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, en *XII Jornadas de la Asociación de Profesores...* cit., p. 547. Las razones de este tipo nos parece que no son propiamente jurídicas, y por tanto no deben ser tenidas en cuenta aquí. Las razones que sustentan nuestra tesis son las que unas líneas más arriba han quedado dichas.

ido señalando en el trabajo, que no tiene virtualidad para excluir su admisión¹⁵⁰.

3.4 Conclusiones en este punto

Llegados aquí, y sintetizando lo que a lo largo de este punto ha quedado expuesto, podemos concluir diciendo que en nuestro Derecho actual el derecho de representación debe considerarse operativo también en caso de repudiación del sujeto primeramente llamado a una herencia, cuando tiene a su vez descendientes.

Esto encuentra sustento al considerar lo dispuesto por el legislador en los otros casos en que admite la representación de persona viva, esto es, los de indignidad (art. 761 Cc) o desheredación (art. 857 Cc) del sujeto llamado en primer lugar a una herencia.

Lo dicho se evidencia al considerar que lo que de los arts. 761 y 857 Cc resulta, por encima de cualquier otra cosa, es que cuando el descendiente más próximo al causante, no obstante estar vivo al tiempo de su muerte, no va a sucederle por causa imputable a él, el legislador quiere procurar a los descendientes de aquel (que lo son a su vez, aunque de segundo o ulterior grado, del causante) la percepción de la legítima que a su padre (hijo del causante) correspondía en esa herencia. Esto es así en tanto que este propósito es el único que permite explicar plenamente la atribución de derecho de representación en esos casos, pues esa explicación es la única que encaja plenamente con la consecuencia jurídica prevista para ellos.

Esa solución, ahora bien, se puede extender al caso del descendiente que repudia la herencia deferida a su favor, cuando tiene a su vez descendientes. Pues si el llamamiento que se hace en los supuestos de indignidad y desheredación solo se explica en razón del valor que la legítima tiene hoy en nuestro Ordenamiento –como derecho que se confiere a los descendientes de segundo o ulterior grado para recibir (como mínimo) la porción que en concepto de legítima hubiera correspondido a su padre en esa herencia, y que este no va a recibir por causa imputable a él–, eso permite extender esa misma solución al caso de repudiación, procediendo por analogía.

¹⁵⁰ En este punto, GORDILLO CAÑAS (*op. cit.*, p. 1881) resume una opinión extendida en la doctrina diciendo que hoy «se reconoce que algo de ficción hay en la proyección de los efectos de la renuncia sobre los descendientes del renunciante, sobre la base de que este renuncia como jefe de la estirpe; que no hay razón de orden dogmático que imponga la exclusión del derecho de representación en caso de repudiación... [y] que la cuestión decisiva consiste en preguntar si es justo que una persona, el renunciante, sea árbitro del interés de sus sucesores».

Esto es así porque, aunque no hay identidad total entre los supuestos de hecho de los arts. 761 y 857 Cc, el derecho o interés que se preserva en ellos sí es el mismo que está en juego en el caso de repudiación: el de los descendientes de grado ulterior a recibir la legítima correspondiente.

Debe aquí tenerse muy presente que el derecho de representación no es un derecho en sentido propio sino un expediente técnico de llamamiento sucesorio, y que la legítima es un derecho de los descendientes. Por estas razones, no debe haber dificultad para sostener que aquel debe operar en todos los casos en que del conjunto del sistema resulta necesario para hacer esta efectiva, entre los cuales está también el caso de repudiación. Pues por encima de cualquier otra cosa, lo que aquí está en juego es que los descendientes de segundo grado reciban o no la legítima, que es figura que sintetiza un interés de orden superior en nuestro actual Derecho sucesorio.

Y contra esto no puede pretenderse que los arts. 761 y 857 Cc son normas de carácter excepcional, que deben someterse a interpretación restrictiva y por consiguiente que no permiten la analogía. Esta idea no es correcta. Es verdad que esas normas están dictadas propiamente para los casos de indignidad y desheredación y que en ellas no se contempla el caso de repudiación, pero esto no constituye obstáculo para lo dicho en tanto que es razonable pensar que ello se debió simplemente a que los codificadores estaban aún bajo el peso de la tradición histórica y abrumados por las novedades normativas que introducían en nuestro Derecho, por lo que no fueron conscientes de que, lo explicitaran o no, en todo caso con los cambios concretos que introducían en el Código civil (arts. 924 *in fine*, 929, 761 y 857) desaparecía el obstáculo que tradicionalmente había impedido la representación sucesoria en caso de repudiación (la imposibilidad de representar a una persona viva), siendo así además que esa venía ahora demandada por el valor y el régimen que la legítima tiene atribuidos en el Código civil.

En efecto, en el sistema establecido en el Código civil la cuestión se plantea hoy sobre bases distintas a las de nuestro Derecho tradicional, y estas bases nuevas permiten y justifican una solución también nueva y distinta al tema estudiado. Pues el Código atribuye a los descendientes de segundo (o ulterior) grado derecho a recibir la legítima cuando el descendiente de grado más próximo no la hace suya, aunque esté vivo al tiempo de abrirse esa sucesión y la causa de que no la vaya a recibir sea debida a un comportamiento suyo. De modo que en esos casos los descendientes de segundo grado tienen reconocido sobre esa legítima, no una mera expectativa sino un derecho actual.

Lo cual permite concluir que el caso del descendiente que repudia teniendo a su vez descendientes, aunque no esté explícitamente contemplado en el grupo de aquellos en los que se permite la representación de una persona viva, debe considerarse incluido en él, por coherencia y analogía con lo dispuesto en los arts. 761 y 857 Cc. Y por tanto que los hijos del hijo repudiante, además de los del indigno o desheredado, tienen derecho a percibir lo que en concepto de legítima hubiera correspondido a su padre en la herencia del suyo.

Máxime si, tras haber analizado críticamente las objeciones que la doctrina dominante formula contra esa tesis, la conclusión que se extrae es que esas objeciones no son definitivas en este sentido. Las de índole legal-positiva, porque los preceptos en que se basan permiten –salvo si se está absolutamente apegado a la letra de la ley– una interpretación distinta de la que habitualmente se les da, que aunque naturalmente no resulta en sí misma favorable a la tesis dicha tampoco le cierra la puerta, pues deja cierto margen que la posibilita (nuestra idea al ponderar estas objeciones, como ya dejamos apuntado en un momento anterior, no pasa por negar absolutamente esos datos, sino por reinterpretarlos o por relativizar su valor). Y las objeciones de naturaleza dogmática o de principio, porque los argumentos de esa misma índole, pero de sentido contrario que en el trabajo hemos visto, resultan más fundados y consistentes.

El derecho de representación, por tanto, debe admitirse que es hoy un expediente operativo también en caso de repudiación del llamado primero. Aunque, esto dicho, hay que precisar entonces esa idea y distinguir entre representación a efectos de herencia y representación a efectos de legítima, pues el fundamento, medida y régimen de cada una de ellas es distinto.

Representación a efectos de herencia es la que el Código contempla para el caso de premoriencia. Su fundamento se encuentra en razones familiares y sociales –proteger los intereses económicos de los hijos y descendientes del representado– y en la consideración (del legislador de la época) de la voluntad presumible del causante. Su medida viene dada por todo lo que en concepto de herencia hubiera estado deferido al representado (toda la herencia, o una parte alícuota de la misma). Y su regulación se contiene propiamente en los arts. 924 a 929 Cc.

Representación a efectos de legítima es la que el Código dispone para los casos de indignidad y desheredación. Su fundamento y razón de ser es procurar que reciban la legítima los descendientes del descendiente que por causa imputable a él no la va a recibir. Su medida se circunscribe a lo que en concepto de legítima hubiera correspondido al representado en la herencia ahora abierta. Y su regulación más propia e inmediata se encuentra en los arts. 761

y 857 Cc, aunque también los arts. 924 ss Cc, en todo lo que sea compatible con aquellos.

Pues bien, en este segundo grupo debe entenderse incluido también, por analogía con aquellos, el caso de repudiación del llamado a una herencia en primer lugar. Pues aunque este caso no esté explícitamente contemplado en el Código, el derecho o interés que en él está en juego es el mismo que se preserva en aquellos otros dos.

Esto, ahora bien, no significa que el derecho de representación opere siempre, de forma general e indiscriminada, en todo caso de repudiación. Lo hará solo cuando venga demandado como medio necesario para hacer efectivo un principio superior como es posibilitar a los descendientes de segundo o ulterior grado la percepción efectiva de la legítima a que el actual sistema sucesorio les da derecho, cuando el descendiente de grado más próximo no la recibe por causa imputable a él.

Lo cual supone que la representación en supuestos de repudiación solo puede operar en la línea recta descendente –esto es, cuando el representado es descendiente del causante y también lo son los representantes (aunque estos, lógicamente, de segundo o ulterior grado)– pero no en la colateral –esto es si el (pretendido) representado es hermano del causante y los (pretendidos) representantes son sobrinos suyos–, ya que estos no tienen derecho a legítima.

Y supone también, como ya antes se ha dicho, que su medida se circunscribe a lo que en concepto de legítima hubiera correspondido al representado, y que no se extiende a todo lo que pudiera tal vez estar destinado en principio al representante, pues en lo que exceda de la legítima ya estamos en otro orden de cosas. Lo cual significa que la repudiación por parte de un sujeto a la herencia deferida a él impide que esa herencia (toda o la cuota que sea) llegue a sus descendientes, salvo en la parte de legítima, que sí podrán recibir estos por derecho de representación.

4. DERECHO DE REPRESENTACIÓN Y REPUDIACIÓN, EN CASO DE SUCESIÓN TESTADA

4.1 **Previo: sobre el juego del derecho de representación en la sucesión testamentaria**

4.1.1 INTRODUCCIÓN

La cuestión que aquí planteamos supone una última vuelta de tuerca al polémico asunto que nos ocupa en este trabajo.

Pues al conocido rechazo mayoritario a admitir en nuestro Ordenamiento, *de lege lata*, la operatividad del derecho de representación en caso de repudiación, se añade ahora la dificultad previa de admitir el juego de aquella figura en el ámbito de la sucesión testada, tema también polémico.

Esto es así por cuanto que el derecho de representación es figura cuyos efectos se han proyectado históricamente, desde sus inicios en la antigua Roma, en el ámbito de la sucesión intestada, habiendo mantenido esa línea hasta tiempos recientes sin discusión significativa¹⁵¹. En efecto, no ha sido sino en la época de la Codificación cuando esta cuestión se ha venido a plantear (junto con otras), así en España como en los países de nuestro entorno, formando parte de lo que se ha denominado «tendencia expansiva» del derecho de representación¹⁵².

A nivel positivo, sin embargo, los resultados de esa tendencia varían sustancialmente en función de cada Ordenamiento. Una visión panorámica de este tema en los Derechos de nuestro entorno muestra dos bloques antitéticos¹⁵³. Por un lado los Ordenamientos que rechazan o no dan cabida al derecho de representación en el ámbito de la sucesión testada, tales como el Derecho francés¹⁵⁴ o,

¹⁵¹ Aunque, según nos dice STORTI, la cuestión fue objeto de cierta discusión en el Derecho intermedio [*Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVIII, Varese 1987, voz *Rappresentazione (dir. interm)*, p. 632]. A nivel de Derecho positivo, la única excepción que conocemos en este sentido (vid. AIZPUN TUERO, *La representación sucesoria en el Derecho civil de Navarra*, Pamplona 1957, p. 48) la constituye el Derecho navarro, que en las Cortes de Pamplona del año 1580 aprobaron una ley que lo permitía: Epígrafe: «*Los llamados a la sucesión de los ascendientes entran por derecho de representación, y haya transmisión en favor de ellos*». Pedimento: «*Conviene se provea por Ley, que en las disposiciones, ex testamento o intervivos, los hijos y descendientes, por línea recta de los sustituidos, y llamados a la sucesión de algunos bienes, que murieren antes que los primeros llamados, entren en lugar de sus padre y ascendientes como si ellos viviesen, representándolos. Y que en tal caso haya transmisión a favor de ellos, si otra cosa no se hubiera dispuesto claramente por los testadores*» (ley 51 de las citadas Cortes, recogida luego en la Novísima Recopilación de las Leyes del Reino de Navarra, fechada en 1735: Libro III, Tít. XIII, ley 1).

¹⁵² ROCA SASTRE, *Observaciones críticas...* RGLJ. 1943, p. 581; CASTÁN, *op. cit.*, pp. 158 y 172.

¹⁵³ Puesto que se trata aquí solamente de hacer un apunte de carácter ilustrador, no pretendemos ser exhaustivos en la exposición, ni adentrarnos en los matices particulares propios de cada uno de los Ordenamientos que se agrupan en un mismo bloque. Más aún, algún Ordenamiento, como el alemán, no va a ser siquiera mencionado aquí, pues al estar construido en este tema sobre bases —el sistema de parentelas— diferentes a las de nuestro Derecho pensamos que, más que ilustrar, puede llevar a confusión.

¹⁵⁴ Vid. arts. 1039 y 1043 del *Code*. El primero dice así: «*Toute disposition testamentaire sera caduque si celui en faveur de qui elle est faite n'a pas survécu au testateur*». El segundo, por su parte, establece que «*La disposition testamentaire sera caduque, lorsque l'héritier institué ou le légataire la répudiera, ou se trouvera incapable de la recueillir*».

dentro de España, el Derecho foral de Vizcaya¹⁵⁵ y el de Cataluña¹⁵⁶ (aunque estos Derechos forales lo admiten, si bien que con variantes, con respecto a la legítima¹⁵⁷). Y por otro lado, los Ordenamientos que sí admiten el juego de esa figura en el ámbito de la sucesión testada, entre los cuales están el Derecho italiano¹⁵⁸ y el portugués¹⁵⁹ y, dentro de España, los Derechos forales de Aragón¹⁶⁰ y de Navarra¹⁶¹.

En nuestro Derecho civil común la cuestión no ha concitado tradicionalmente un parecer doctrinal pacífico, debido a que no hay en el Código una norma que resuelva la cuestión de modo explícito y general, sin perjuicio de preceptos varios utilizados como apoyo en un sentido u otro (esto es, precisamente, lo que en mayor medida ha dado lugar a la polémica).

La discusión a este respecto entre nosotros, aunque su primer embate serio se produjo en los albores del siglo xx¹⁶², tuvo su momento álgido a mitad del siglo. La causa de ello fue el choque que se produjo en ese tiempo entre varias corrientes en torno a la solución que debía darse a la sucesión en que uno de los hijos instituidos herederos en testamento por su padre premuere a

¹⁵⁵ Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho civil foral del País Vasco, Libro I (*Del Fuero civil de Vizcaya*), Título III (*De las sucesiones*), Capítulo Primero (*De la sucesión testada*), arts. 29 a 52, que no contemplan en absoluto esta posibilidad.

¹⁵⁶ Ley 40/1991, de 30 de diciembre, reguladora del Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña, arts. 326 y 328, situados dentro del Título IV de la misma, cuya rúbrica es «*La sucesión intestada*», sin equivalentes en la sucesión testamentaria.

¹⁵⁷ Vizcaya: art. 54.3 de la Ley 3/1992, de Derecho civil foral del País Vasco; Cataluña: art. 352 de la Ley 40/1991, reguladora del Código de sucesiones por causa de muerte.

¹⁵⁸ Art. 467.2 del *Codice* de 1942: «*Si ha rappresentazione nella successione testamentaria quando il testatore non ha provveduto per il caso in cui l'istituto non possa o non voglia accettare l'eredità o il legato, e sempre che non si tratti di legato di usufrutto o di altro diritto di natura personale*». Que además sitúa su regulación en el Libro II (*Delle successioni*) de su Código, Título I, cuya rúbrica es «*Disposizioni generali sulle successioni*». La representación en la sucesión testada parece que era ya admitida en Italia bajo el imperio del *Codice* de 1865 (art. 890), aunque con cierta polémica en cuanto a sus límites.

¹⁵⁹ Art. 2040 del *Código civil* 1966: (*Âmbito da representação*): «*A representação tanto se dá na sucessão legal como na testamentária, mais com as restrições constantes dos artigos seguintes*». Distinta era la situación bajo el imperio de su Código anterior (de 1867), en el que no existía norma semejante, lo que hacía que la doctrina fuera contraria a esa posibilidad.

¹⁶⁰ Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte: Art. 20.1: «*La sustitución legal puede darse en la sucesión voluntaria y en la legal, así como en la legítima*». Art. 21.1: «*En las sucesiones voluntarias la sustitución legal tiene lugar cuando el llamado ha premuerto o ha sido declarado ausente o indigno de suceder*». La sustitución legal (este es el nombre que en Aragón recibe el derecho de representación) en la sucesión testada se admitía en Aragón, aunque en términos no iguales, también en la Compilación de 1967 (art. 141).

¹⁶¹ Ley 309.2 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo): «*A falta de disposición del causante, el derecho de representación se dará, tanto en la sucesión legal como en la voluntaria, a favor de sus descendientes sin limitación, y a favor de los descendientes de sus hermanos hasta el cuarto grado, a contar del propio causante*».

¹⁶² NOVOA SEOANE: *El derecho de representación según el Código civil. Antinomias aparentes*, en RDP. 1914, pp. 143 ss.

este, dejando a su vez hijos (nietos de aquel) que llegado el momento, sin embargo, no están contemplados en el testamento del abuelo¹⁶³.

Una de esas corrientes era favorable a resolverlo extendiendo a ese caso, de forma general y sin restricciones, la operatividad del derecho de representación¹⁶⁴. Las consideraciones en que se basaba (no entramos ahora en argumentos concretos, cuya exposición y análisis dejamos para un poco más adelante) eran las siguientes¹⁶⁵. Una, la práctica generalizada en esa época, tanto entre Notarios como Registradores, de admitir el juego del derecho de representación en el caso dicho¹⁶⁶. Otra, la aparición en nuestro Ordenamiento civil común en el año 1940, obra de una ley especial por su materia pero de aplicación general a toda España, de una norma que admitía explícitamente el juego de ese derecho en la sucesión testamentaria¹⁶⁷. Y finalmente la influencia grande de la doctrina y del Derecho italianos, cuyo *Codice* de 1942 se había orientado inequívocamente en ese sentido.

Frente a ello, la corriente mayoritaria rechazaba dar entrada general al derecho de representación en el ámbito de la sucesión testada, argumentando que los antecedentes, la sistemática del Código, la letra de sus preceptos y la propia naturaleza de ese derecho evidenciaban que el juego del mismo se circunscribía en nuestro Ordenamiento al ámbito de la sucesión intestada. Aunque luego aquí había que distinguir dos corrientes.

De un lado, la de quienes sin perjuicio de su no admisión en líneas generales, admitían sin embargo su posible juego en la sucesión testada, aunque circunscrito al ámbito de la legítima, por con-

¹⁶³ El problema se planteó sobre este caso por la sencilla razón de que los supuestos de indignidad y desheredación del hijo del testador (que dejaba a su vez –aquel– hijos, nietos por tanto del causante) ya estaban legalmente contemplados en los arts. 761 y 857 Cc.

¹⁶⁴ Integrada entre otros, aparte de por NOVOA SEOANE (*op. cit.*), por GIMÉNEZ ARNAU (*op. cit.*, pp. 20 y ss.); ESCOBAR DE LA RIVA (*op. cit.*, pp. 205 y ss.); SIERRA BERMEJO (*op. cit.*, pp. 449 y ss.) y, tal vez, CASTÁN (*op. cit.*, p. 151).

¹⁶⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, p. 43. Para una visión general del planteamiento y la evolución doctrinal y jurisprudencial en este tema antes de 1981 pueden verse, además de MARTÍNEZ DE AGUIRRE (pp. 50-64, cuyo estudio monográfico es fundamental en este tema), también RIVERA FERNÁNDEZ (*La preterición en el Derecho común español*, Valencia 1994, pp. 322-332) y MADRIÑÁN VÁZQUEZ (*op. cit.*, pp. 166-170).

¹⁶⁶ Así lo afirmaban rotundamente GIMÉNEZ ARNAU, *op. cit.*, p. 20; ESCOBAR DE LA RIVA, *op. cit.*, p. 211; CASTÁN, *op. cit.*, p. 149; SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pp. 451 y 477, buenos conocedores todos ellos, por razón de su quehacer profesional, de la realidad práctica.

¹⁶⁷ Ley de 5 de noviembre de 1940, de Contratación en zona roja. El precepto en cuestión era el art. 17.2, que decía así: «Las disposiciones testamentarias en que se hubiese designado algún heredero muerto en el frente, fusilado o asesinado con anterioridad a la muerte del testador en zona roja y por su adhesión a la causa del Movimiento Nacional, recobrarán su eficacia a favor de los hijos o nietos, herederos legítimos del premuerto, considerados a estos efectos como representantes del mismo, siempre que el causante no hubiera otorgado nuevo testamento válido a favor de tercera persona».

siderar que en esta parte la sucesión no tiene carácter voluntario sino legal, asimilable por tanto a la sucesión intestada¹⁶⁸.

Y de otro lado la de quienes lo rechazaban sin excepciones, proponiendo en ese caso el recurso a la preterición, por considerar que si bien los nietos no son legitimarios de su abuelo mientras vive su padre, sí lo son sin embargo cuando este premuere al suyo, de tal forma que si no aparecen mencionados en el testamento de su abuelo, aunque lo hubiera estado su padre, han de considerarse preteridos¹⁶⁹.

La Jurisprudencia, por su parte, no presentaba una línea unívoca sino que fluctuaba dando soluciones diversas¹⁷⁰. En este sentido, aunque en la mayor parte de las ocasiones los pronunciamientos a este respecto eran a mayor abundamiento, cabe decir que el Tribunal Supremo se inclinaba a afirmar que el derecho de representación no es operativo en general en el ámbito de la sucesión testada pero sí en relación con la legítima¹⁷¹. Mientras que la Dirección General de los Registros y el Notariado, al menos a partir de los años 60, rechazaba tajantemente el juego del derecho de representación en la sucesión testamentaria, no admitiéndolo ni siquiera en relación con la legítima sino inclinándose por resolver el problema a través de la preterición¹⁷².

Resultado de todo lo cual fue que a partir de los años 60 del pasado siglo el *status quaestionis* en este tema quedó compendiado entre nosotros en los siguientes términos¹⁷³:

a) Como regla de principio, se rechazaba el juego general del derecho de representación en el ámbito de la sucesión testada.

¹⁶⁸ Eran, estos, la mayoría de los tratadistas de la primera mitad del siglo: SCAEVO-LA, *op. cit.*, t. XVI, pp. 265-266; MANRESA, *op. cit.*, t. VII, pp. 53 y 79; SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, t. VI.3, p. 1701; DE DIEGO, *op. cit.*, t. III, p. 291. Pero la idea se mantiene también después: LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona 1971, t. I, *Parte general*, pp. 80-82.

¹⁶⁹ ALBI AGERO, *op. cit.*, pp. 117-118; CRUZ AUÑÓN, *op. cit.*, pp. 546 ss.; SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pp. 454-455; CÁMARA, *op. cit.*, pp. 7 ss y 33 ss; VALLET DE GOYTISOLO: *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer* cit., p. 627.

¹⁷⁰ *Vid.* la exposición que de la misma hace MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 54-59.

¹⁷¹ *Vid.* SSTS. 22-6-1931 (RJ 2098/1931), 7-6-1950 (RJ 1018/1950), 6-12-1952 (RJ 2430/1952) y 5-7-1966 (RJ 3671/1966).

¹⁷² *Vid.* RDGRN. 14-8-1959 (RJ 3354/1959), en la que la DGRN rechazó la posibilidad de dar respuesta a este caso aplicando una solución semejante a la establecida en los arts. 761 y 857 Cc, y argumentó, entre otras cosas (Cdo. 5.º), que ello llevaría «al absurdo de reconocer solamente, por vía de representación, a dichos herederos forzosos [los del instituido heredero en testamento que sin embargo premuere al testador], la legítima estricta, olvidando que tal atribución es únicamente un mínimo legal y que en el supuesto de preterición el Código civil decreta en su favor la nulidad de la institución de heredero y la apertura de la sucesión intestada, con la posibilidad de recibir una cuota mayor». Con anterioridad, sin embargo, la postura de la DGRN no había sido tan tajantemente contraria: *vid.* R. 10-5-1950 (RJ 702/1950).

¹⁷³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 59-61.

b) Como excepción, y con base en los arts. 761 y 857 Cc, se admitía el juego de ese derecho en la sucesión testada a favor de los descendientes del descendiente que no podía heredar por causa de indignidad o desheredación, aunque limitándolo a lo que por legítima correspondiera.

c) El caso del descendiente instituido en testamento que premoría al ascendiente testador, dejando (aquel) descendientes que llegado el momento no resultaban contemplados en el testamento del abuelo, alternaba entre dos respuestas: una, que sostenía la procedencia del derecho de representación pero solo en la legítima, y otra que optaba por aplicar estrictamente las reglas de la preterición¹⁷⁴. Ambas coexistieron en el tiempo, aunque inicialmente la primera contó quizá con mayor predicamento, si bien luego parece que la tendencia se invirtió.

Esta situación se mantuvo así hasta la modificación del Código civil por obra de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que introdujo un párrafo tercero nuevo en el art. 814 de aquel, que vino a resucitar el debate apuntado. Y no solo a resucitarlo, sino que cabe decir incluso que a darle la vuelta, ya que la letra de ese párrafo nuevo parece resolver la cuestión en sentido favorable al juego del derecho de representación en la sucesión testada. Así lo entiende la doctrina actualmente mayoritaria, si bien no puede tampoco decirse que sea pacífica, ya que existen voces autorizadas que discrepan de esa valoración de la norma.

Nuestra pretensión en este punto del trabajo no es ocuparnos de este tema en profundidad, sino solo en la medida en que resulte necesario para el concreto asunto que nos ocupa. Esto no obstante no sería adecuado para nuestro propósito, como tendremos ocasión de comprobar, asumir la idea dominante, dar por supuesto el juego del derecho de representación en la sucesión testamentaria, y limitarnos a estudiar la operatividad que en ella pueda tener ese derecho en caso de repudiación. Se precisa una visión más amplia. Por lo que, aunque sin pretensiones de exhaustividad, antes de entrar

¹⁷⁴ El tenor del art. 814 en la redacción inicial del Código era el siguiente: «*La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento o sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas. / La preterición del viudo o viuda no anula la institución; pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834, 835, 836 y 837 de este Código. / Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto*». Este precepto fue modificado por Ley de 24-4-1958, que le dio la siguiente redacción: «*La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulará la institución de heredero, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas. / La preterición del viudo o viuda no anulará la institución; pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834 a 839 de este Código. / Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto*».

en nuestra cuestión vamos a analizar si el derecho de representación tiene realmente o no juego en nuestro Ordenamiento en la sucesión testada, a fin de establecer de modo claro las premisas sobre las que procedemos.

4.1.2 LOS ARGUMENTOS DE ESTE DEBATE: EXPOSICIÓN Y VALORACIÓN DE LOS MISMOS

Procedemos, en este apartado, a exponer y valorar los argumentos que se esgrimen, o se han esgrimido, a favor y en contra de la operatividad del derecho de representación en la sucesión testada¹⁷⁵.

A) Argumentos de Derecho positivo

a) Art. 925 Cc

Un primer argumento se ha extraído de lo dispuesto en este precepto, en el que se dice que «*el derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, pero nunca en la ascendente. / En la colateral solo tendrá lugar en favor de los hijos de hermanos...*».

A partir del mismo, algunos autores han deducido argumento a favor de la operatividad del derecho de representación en línea recta descendente en la sucesión testada, considerando que el tér-

¹⁷⁵ A este respecto, hacemos aquí una triple observación. Una es, que esos argumentos se han planteado fundamentalmente en tiempos previos a la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981, y que después de la misma algunos han perdido su razón de ser, en todo o en parte; eso no obstante su consideración creemos que resulta útil, sobre todo en el caso de aquellos que presentan carácter intemporal, pues nos servirán luego para analizar mejor la cuestión a la luz de la situación creada por obra de la reforma de 1981. Otra observación es que se trata de argumentos utilizados en un debate en el que se involucran de forma confusa enfoques diversos –así, hay quienes lo plantean *de lege lata* y quienes lo hacen *de lege ferenda*; del mismo modo que hay quienes se basan en argumentos de estricto carácter técnico jurídico, quienes se apoyan en consideraciones de piedad, equidad o humanidad, y quienes lo hacen sobre la base de la praxis en esta materia– y se entrelazan figuras varias de Derecho sucesorio cuya naturaleza, alcance y significado no son del todo pacíficos –como por ejemplo, aparte del propio derecho de representación, la legítima, el tercio de mejora o la preterición– (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 44-50), lo que hace que a veces la ubicación de un autor entre los sostenedores de una determinada posición no parezca coherente con lo que en otro momento se dice que sostiene ese mismo autor. La tercera observación es para apuntar que puesto que en ocasiones un mismo argumento es utilizado tanto por quienes sostienen una postura como por quienes defienden la contraria, pensamos que mejor que presentar agrupados en bloques –el favorable al juego del derecho de representación en la sucesión testada, y el que lo rechaza– los distintos argumentos empleados, es considerar de forma independiente cada dato o argumento y las distintas valoraciones que del mismo se han hecho. Aunque esto no obstante advertimos también que para mayor claridad expositiva sí vamos a hacer una cierta clasificación, pero que resulta inane en este sentido porque atiende a la naturaleza de los argumentos, esto es según sean de derecho positivo, de índole sistemática o de naturaleza dogmática.

mino «siempre» no hay base para restringirlo solo a la sucesión abintestato sino que abarca también la sucesión testada¹⁷⁶.

La mayoría de la doctrina, sin embargo, no admite este argumento, considerando que la palabra «siempre» encuentra su sentido contraponiéndola al término «nunca» que en ese mismo precepto se emplea en relación al juego de ese derecho en línea recta ascendente, y al término «solo» utilizado para determinar su operatividad en línea colateral¹⁷⁷. Esto es, que «siempre» quiere ahí decir simplemente que, a diferencia de lo que ocurre en la línea recta ascendente en que está tajantemente excluido, o de lo que ocurre en la línea colateral en que se admite pero de forma limitada (solo a favor de los hijos de hermanos), en la línea recta descendente el derecho de representación puede jugar sin limitaciones. Pero que eso no significa que en esa línea juegue tanto en la sucesión intestada como en la testada. Significa que, cuando proceda, en la línea recta descendente podrá llegar *ad infinitum*, sin límite de grado. Ahora bien, cuándo proceda este derecho, cuándo pueda operar esta figura, es cosa que este precepto no entra a determinar, sino que debe buscarse en otro lado.

Por nuestra parte, nos parece que la interpretación correcta de este precepto es la segunda, y por tanto que no cabe deducir, del mismo, argumento a favor del juego del derecho de representación en la sucesión testada.

b) Arts. 912.3, 913, 986 y 888 Cc

Son preceptos diversos entre sí desde el punto de vista de su finalidad inmediata, que sin embargo han sido agrupados a este efecto por un sector de la doctrina, considerándolos exponentes de la imposibilidad de aplicar el derecho de representación al ámbito de la sucesión testamentaria¹⁷⁸.

El denominador común que esos autores encuentran entre esos preceptos es que en ellos se contemplan diversos supuestos de ineficacia del llamamiento sucesorio que un sujeto ha hecho en su testamento –por falta de cumplimiento de la condición impuesta en ese sentido, por premoriencia del instituido como heredero, u

¹⁷⁶ NOVOA SEOANE, *op. cit.*, p. 144; SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, p. 462; ESCOBAR DE LA RIVA, *op. cit.*, p. 206.

¹⁷⁷ CRUZ AUÑÓN, *op. cit.*, pp. 553-554; CÁMARA, *op. cit.*, pp. 16-17, nota 5; CASTÁN, *op. cit.*, p. 149; LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, t. I, Barcelona 1971, p. 80.

¹⁷⁸ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Civil II* cit., p. 268; CÁMARA, *op. cit.*, p. 16, nota 5; LACRUZ, *Notas al Derecho de Sucesiones* de JULIUS BINDER, 1953 (trad. esp. de la 2.ª ed. alemana), p. 164; VATTIER, *op. cit.*, pp. 277-278.

otros–, y que la respuesta que el Código les da pasa por expedientes varios –sustitución vulgar, acrecimiento, apertura de la sucesión intestada– pero nunca por admitir el juego del derecho de representación. Esto, concluyen esos autores, no puede significar otra cosa sino que nuestro Derecho actual no admite el juego del derecho de representación en la sucesión testada, ya que «sería mucha casualidad que en [esos artículos] el legislador hubiera cometido el lapsus de olvidarse de este derecho»¹⁷⁹, que sin embargo no olvida en el art. 922 Cc, al tratar de un supuesto semejante pero en la sucesión intestada.

Por nuestra parte creemos que hay que reconocer y dar valor al hecho de que en ninguno de esos preceptos se contempla el derecho de representación como expediente con el que dar respuesta a los supuestos que en ellos se regulan, siendo así que si se admitiera el juego de esa figura en este ámbito podría y sería oportuno efectivamente que operara en ellos.

Es verdad, eso no obstante, que cabe idear una explicación de los mismos compatible en cierta medida con el reconocimiento de operatividad al derecho de representación en la sucesión testada, explicación que pasaría no tanto por alegar olvido o lapsus del legislador¹⁸⁰ cuanto por destacar que esos preceptos –sobre todo los arts. 912.3 y 986 Cc– están dictados pensando principalmente en una sucesión testamentaria voluntaria¹⁸¹ y en el destino ulterior general de la herencia cuando ese llamamiento se frustra, sin considerar lo que pueda ser de la parte de legítima en los casos en que proceda (lo que, como sabemos, en este tema tiene importancia fundamental). Pero, aunque eso pudiera ser así, lo que en todo caso parece seguro es que estos preceptos no pueden utilizarse en apoyo de la operatividad general del derecho de representación en la sucesión testada.

c) Art. 17.2 de la Ley de 5 de noviembre de 1940¹⁸².

Se trata de un precepto que tuvo en su momento cierto juego en este tema, como quedó dicho más arriba al hacer el planteamiento general del mismo.

¹⁷⁹ LACRUZ, *Derecho de Sucesiones. Parte general*, en *Tratado teórico-práctico de Derecho Civil*, de LACRUZ-ALBALADEJO, Barcelona 1961, t. V-1.º, p. 202.

¹⁸⁰ Así se pronuncia, sin perjuicio de lo que apuntamos en el texto y la nota siguiente, SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, p. 455.

¹⁸¹ SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pp. 455-456. LACRUZ, sin embargo, se opone a esta explicación: *Derecho de Sucesiones. Parte general*, en *Tratado teórico-práctico... cit.*, p. 202.

¹⁸² *Vid. supra* nota 167.

Pues por un lado, al hacer alusión explícita a la representación en un caso de sucesión testada, y en sentido afirmativo, se podía pensar que respaldaba su operatividad en este ámbito¹⁸³. Pero por otro lado se podía considerar también que se trataba de un precepto excepcional, dictado para un supuesto absolutamente singular, y que esto impedía su generalización a otros casos¹⁸⁴.

La Jurisprudencia no mantuvo a este respecto una línea clara. Pues en unas ocasiones destacaba que con ese precepto «se amplió el concepto desenvuelto en los artículos 924 y siguientes del Código civil»¹⁸⁵ (lo que parecía favorecer una operatividad amplia del mismo), en otras subrayaba que se trataba de un «excepcional derecho»¹⁸⁶ (lo que apuntaba en sentido contrario) y en otras, más prolijamente, afirmaba que «esta regla excepcional y transitoria afianza el criterio legislativo normal y excluyente de la sustitución en la parte libre de la herencia, ya que la regla excepcional no hubiera sido precisa si las disposiciones del Código civil concediesen a los descendientes del heredero voluntario premuerto el derecho de situarse en el puesto que a este correspondería si no hubiera fallecido antes que el testador, y cualquier tendencia doctrinal, legislativa e histórica, de rango preponderante en vías de interpretación de las normas legales dudosas, ha de ceder ante preceptos positivos que la contradigan en nuestro Derecho»¹⁸⁷.

Dicho esto, aunque esta norma haya dejado hace ya tiempo de tener aplicación, debemos apuntar nuestra valoración de la misma. Y en este sentido hemos de decir que nos parece evidente que este precepto, por los requisitos que señalaba al supuesto para el que se dictó y por la amplitud de las consecuencias jurídicas que en él se establecían, no puede constituir un argumento utilizable en la cuestión que en este punto nos ocupa, esto es si el derecho de representación tiene o no operatividad general en la sucesión testada. Pues sea cual sea el significado de ese precepto, en todo caso es claro que se trataba de una norma absolutamente

¹⁸³ Vid. los motivos del recurso de casación que desembocó en la STS 6-12-1952 (RJ 2430/1952).

¹⁸⁴ El mismo hecho de haberse dictado esa disposición para dar respuesta a tal supuesto, se decía, es prueba de que en nuestro Ordenamiento el derecho de representación no tiene operatividad general en sede de sucesión testada; de lo contrario esa norma no hubiera sido necesaria. Vid. CÁMARA, *op. cit.*, p. 16; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado II*, cit., pp. 265-267.

¹⁸⁵ RR. DGRN. de 28-5-1943 (RJ 700/1943) y 27-7-1943 (RJ 947/1943).

¹⁸⁶ S. del Tribunal Especial sobre contratación en zona roja de fecha 15-2-1944 (RJ 246/1944).

¹⁸⁷ STS 18-12-1962 (RJ 4897/1962; el caso versaba sobre sucesión sometida al Derecho aragonés, en el que el «derecho de representación» recibe el nombre de «sustitución»). En el mismo sentido la STS 6-12-1952 (RJ 2430/1952).

excepcional¹⁸⁸, cuya valoración y significado, por tanto, no pueden ir más allá de ella misma¹⁸⁹.

d) Art. 985.2 Cc

Algún autor ha sostenido que de este precepto cabe extraer argumento a favor de la operatividad del derecho de representación en caso de sucesión testada. Pues si en él se establece la sucesión a favor de los coherederos forzosos solo cuando uno de ellos repudia lo que en concepto de legítima le corresponde, es porque en otros casos –esto es, premoriencia o indignidad– puede jugar el derecho de representación. Y como el precepto es aplicable tanto a la sucesión intestada como a la testamentaria, esto permite concluir que derecho de representación y sucesión testada no son términos incompatibles¹⁹⁰.

Por nuestra parte, no nos parece convincente este argumento. Es verdad que el art. 985.2 Cc es aplicable tanto a la sucesión testada como a la intestada, y es verdad también que la solución que en él se impone –una especie de «derecho de acrecer» impropio, por ser entre legitimarios– va referida literalmente solo al caso de repudiación. Pero eso no obstante no podemos tampoco olvidar que no hay base ninguna para entender que en ese precepto se han omitido los supuestos de premoriencia e indignidad del heredero forzoso porque se haya considerado que en ellos puede entrar en juego el derecho de representación con preferencia sobre el acrecimiento, y que además al establecerlo se haya pensado en un supuesto de sucesión testada.

Y a lo dicho hay que añadir que el art. 985.2 Cc es un precepto que toca la cuestión aquí considerada solo de forma tangencial: para evidenciar esto basta considerar que el supuesto de hecho del precepto puede darse también con legitimarios en línea recta ascendente, en cuyo caso el derecho de representación no tiene posible juego ninguno.

Todo lo cual creemos permite concluir afirmando que de este precepto no pueden extraerse argumentos relevantes para decidir si

¹⁸⁸ El precepto era verdaderamente singular, por un lado, porque circunscribía la operatividad de la figura contemplada en él a casos de heredero testamentario muerto en el frente, fusilado o asesinado en zona roja por su adhesión a la causa del Movimiento Nacional, con anterioridad a la muerte del testador; y por otro, porque la ampliaba haciéndola aplicable a cualquier instituido en el testamento, aunque no fuera descendiente o hermano del testador, con lo que superaba lo dispuesto en general para el derecho de representación.

¹⁸⁹ El mismo hecho de que haya sido utilizada en este debate, tanto a favor como en contra, es prueba de ello (CÁMARA, *op. cit.*, p. 16).

¹⁹⁰ LACRUZ, Notas al *Derecho de Sucesiones de Binder* cit., p. 164, aunque circunscribiéndolo a la legítima.

el derecho de representación opera o no en sede de sucesión testada. Jugará, o no, según resulte de sus normas específicas, del conjunto del sistema y de su propia naturaleza, pero no se deben emplear en ese debate argumentos traídos forzosamente de este precepto.

e) Art. 1.038 Cc

También este precepto ha sido empleado en alguna ocasión como apoyo de la operatividad del derecho de representación en la sucesión testada. Pues en el párrafo primero del mismo se habla de representación y en el párrafo segundo de testador, todo lo cual, en junto, se ha considerado implica que el derecho de representación es aplicable también a la sucesión testada¹⁹¹.

No nos convence a nosotros, sin embargo, este argumento. Por dos razones.

Una, porque ni siquiera la letra del precepto, considerada estrictamente, permite sostener tal conclusión como algo inequívoco. Nótese que el art. 1038 Cc establece en su párrafo primero que los nietos colacionarán todo lo que hubiera debido colacionar su padre si viviera, aunque no lo hayan heredado, cuando esos nietos sucedan al abuelo en representación de su padre, pero sin hablar para nada de (causante o abuelo) testador. Es solo en el segundo párrafo de ese precepto, que va referido a un supuesto distinto del contemplado en el párrafo primero (deber de colacionar, los nietos, lo que ellos hubiesen recibido directamente del abuelo durante la vida de este, salvo disposición en contrario), cuando se habla de (causante o abuelo) testador. La referencia al testador, por tanto, se contiene solo en uno de los dos párrafos del precepto, precisamente en el que no se habla de representación, y en el que la referencia al testador tiene además, a nuestro entender, un carácter secundario. Lo que permite cuestionar que sea legítimo, a partir de ahí, extraer una conclusión aplicable al derecho de representación en general¹⁹².

Y otra, porque aunque el tenor literal del precepto sea amplio y pueda abarcar tanto la sucesión testada como la intestada, debe tenerse presente que no se trata de un precepto dictado propiamente para regular el derecho de representación sino la colación¹⁹³. Y

¹⁹¹ SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pp. 463-464; LACRUZ, Notas al *Derecho de Sucesiones de Binder* cit., p. 164 (aunque circunscribiéndolo a la legítima).

¹⁹² No obstante lo dicho, reconocemos que esta razón es débil por sí sola.

¹⁹³ CÁMARA, *op. cit.*, p. 41. El otro argumento que utiliza CÁMARA para reforzar su tesis —que en el art. 1038 Cc no se emplea la expresión «en representación» refiriéndose al derecho de representación en sentido estricto, y por tanto que este no es aplicable a la sucesión testada—, nos parece sin embargo discutible. Para la exposición del planteamiento de CÁMARA y de nuestra valoración al respecto, *vid. supra* nota 118.

por tanto que este precepto no sirve como argumento relevante en este debate, porque no está dictado específicamente para este caso.

f) Art. 766 Cc

Por su ambiguo tenor literal, este precepto ha posibilitado que se hayan formado, sobre él, interpretaciones distintas y contrapuestas en este tema¹⁹⁴.

Así, por un lado están quienes lo valoran como «la negación más rotunda del derecho de representación» en la sucesión testada, su «contrafigura», la «barrera infranqueable» que le cierra el paso en la sucesión testada¹⁹⁵. «Lo único que viene a decir –se ha afirmado– es que no se da el derecho de representación en la sucesión voluntaria, que es lo mismo que decir sucesión testamentaria»¹⁹⁶. En este sentido, se ha apuntado que los tres casos que en el precepto se contemplan –premortiencia, indignidad y repudiación– tienen como denominador común estar referidos todos a un heredero voluntario, esto es no forzoso o legitimario, pero que esto no permite considerar el término «voluntario» como sinónimo o equivalente a heredero testamentario. Para que así fuera –dicen– «sería necesario entender modificado dicho art. 766 del Código en el sentido de que donde dice *voluntario*, es que dice *testamentario*, cosa imposible de admitir, porque cada una de dichas palabras tiene un sentido bien caracterizado»¹⁹⁷.

Otro sector de la doctrina, sin embargo, considera que este precepto constituye un apoyo a favor de la operatividad del derecho de representación en la sucesión testada. En este sentido están quienes sostienen que en el art. 766 Cc la expresión «heredero voluntario» debe entenderse como «heredero testamentario», y que este entendimiento debe referirse a todos los supuestos contemplados en el precepto¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Aunque es cuestión discutida y discutible (*vid. supra* 3.1.a), para justificar su consideración en este punto advertimos que procedemos aquí sobre la base de que se refiere a un derecho de representación.

¹⁹⁵ BURGOS BOSCH, *El derecho de representación en la herencia testada*, Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona, publicada por dicho Colegio en *Temas varios de Derecho público y privado*, 1943, cit. por ROCA SASTRE (*Estudios de Derecho Privado* II, cit., p. 268).

¹⁹⁶ CRUZ AUÑÓN, *op. cit.*, p. 548.

¹⁹⁷ ESCOBAR DE LA RIVA, *op. cit.*, p. 207, quien esto no obstante es partidario de la operatividad del derecho de representación en la sucesión testada, solo que no con base en este artículo (p. 206).

¹⁹⁸ GIMÉNEZ ARNAU, interpretándolo a la luz del art. 890 del *Codice* italiano de 1865, atribuye al art. 766 Cc el valor de establecer que el derecho de representación existe en la sucesión testamentaria (voluntaria), y con la misma extensión que en la sucesión intestada, salvo en cuanto a los derechos que el heredero que falte (el representado) hubiese recibido como manda o mejora (*op. cit.*, pp. 29-30). También CRUZ AUÑÓN asimila sucesión volunta-

Y otros autores, finalmente, evitan tomar partido en esta polémica y optan por relativizar su valor afirmando que «si este precepto constituyera el único obstáculo para la representación sucesoria en la herencia testamentaria, esta debería admitirse en el Código civil»¹⁹⁹.

¿Qué pensamos nosotros al respecto? Por nuestra parte, y manteniendo la idea que en su momento dejamos expuesta, nos inclinamos a pensar que este precepto se refiere en todos los casos a sucesión testamentaria. Lo que se basa en lo siguiente. «Herederero voluntario», en nuestro Derecho, es expresión que admite una doble acepción: el que ha sido instituido como tal mediante negocio sucesorio otorgado por el causante, y el que no es considerado por la ley como heredero forzoso o legitimario. Sobre esta base, la equiparación, en el art. 766 Cc, de heredero voluntario a heredero testamentario, se sustenta en las dos siguientes razones. Una, la propia literalidad del precepto, pues sea o no forzoso el heredero al que se refiere, en todo caso «voluntario» es adjetivo que no puede nunca cuadrar con una sucesión abintestato. Y otra, la sede en que el art. 766 está situado en el Código civil: Libro III, Título III, Capítulo II, Sección segunda, cuya rúbrica es «*De la institución de heredero*», siendo así que «instituir» e «institución» son términos que se utilizan siempre en el ámbito de la sucesión testada. A la vista de lo cual concluimos que este precepto se refiere a una sucesión en que la voluntad del causante ha tenido juego, y más concretamente a una sucesión testamentaria, pues en Derecho civil común, salvo contadísimas excepciones, esa es la forma de deferir voluntariamente una sucesión.

La interpretación más plausible de este precepto, por tanto, a pesar de su defectuoso tenor literal, es que se refiere a una sucesión testamentaria. Sin perjuicio de lo cual, y manteniendo aquí igualmente la conclusión que en su momento sostuvimos²⁰⁰, consideramos también que su utilización en apoyo del juego del derecho de

ria a sucesión testamentaria, aunque en todo caso no cree que se saque gran partido de este artículo, a causa de su desgraciada redacción (*op. cit.*, pp. 547-549). ALBALADEJO entiende que el carácter testamentario del heredero resulta del hecho de que «el artículo se dicta dentro de la sucesión testada (en la Sección II, De la institución de heredero, del cap. II) y a la vista del nombramiento hecho por el causante, así que testamentariamente, o de desheredación, luego también disposición testamentaria (art. 849)» (*op. cit.*, p. 324, aunque eso no obstante apunta ALBALADEJO que la idea que en este artículo se contiene, de que el que no sucede no transmite a sus herederos nada sino en los casos de los artículos 761 y 857, alcanza a toda sucesión, sea testada o intestada). Resume la polémica en torno a este punto MADRIÑÁN, *op. cit.*, pp. 159-160.

¹⁹⁹ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado II* cit., p. 268 (aunque en p. 295 añade que en este precepto sobra la palabra «voluntario» (sobre todo al aludir al art. 857 Cc), pero también la de «testador», que «debería ser sustituida por la de causante, ya que el art. 766 es igualmente aplicable a la sucesión testada que a la intestada»); CÁMARA, *op. cit.*, p. 15.

²⁰⁰ *Supra* 3.1.a).

representación en este campo es una interpretación con fundamento poco sólido, por dos razones. Una, el muy deficiente tenor literal de la norma, que hace que su interpretación en clave de *ius repraesentationis* no resulte inequívoca. Y otra, la consideración de que los autores del Anteproyecto de 1882-1888 (que es donde el precepto aparece por vez primera), y lo mismo los del Código civil, no tuvieron nunca consciencia de introducir, con ese artículo, una norma con el significado dicho, y mucho menos cabe decir que tuvieran en su mente esa intención. Pues el precepto en cuestión fue introducido de forma precipitada, sin plena consciencia de su operatividad y alcance, y sin una precisa finalidad. Todo lo cual hace que resulte extraordinariamente aventurado e incierto sustentar en él cualquier razonamiento o construcción en este sentido.

g) Art. 929 Cc

Este es uno de los artículos de referencia tradicionales en este debate, empleado mayormente en apoyo de la operatividad del derecho de representación en la sucesión testada, además de en la intestada.

Pues si en él se establece –dando ahora nosotros formulación positiva a lo que en el precepto se dispone en términos negativos– que se puede representar a una persona viva en caso de indignidad y desheredación, y esta última solo puede hacerse en testamento (art. 849 Cc), de ahí extraen diversos autores, como consecuencia, que el derecho de representación es operativo también en la sucesión testada²⁰¹. Y sentado lo anterior, el paso siguiente era natural darlo: «si a los hijos del desheredado se les admite a la representación, no pueden ser de condición inferior a estos los hijos del premuerto o incapaz [*i.e.*, indigno]»²⁰², lo que lleva a extender también a ellos la operatividad de la figura, y en definitiva a generalizar su aplicación en el ámbito de la sucesión testamentaria. «Resulta evidente –se ha dicho entonces– que estamos frente a una institución jurídica [el derecho de representación] que atañe, natural y ordinariamente, a las sucesiones intestadas, pero que puede intervenir e interviene... en las testamentarias, y que los preceptos que las regulan (...) no están dictados solamente para el coto cerrado de las sucesiones *ab intestato*, sino que son perfectamente aplica-

²⁰¹ NOVOA, *op. cit.*, p. 144; SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, p. 462; ESCOBAR DE LA RIVA, *op. cit.*, p. 206.

²⁰² ESCOBAR DE LA RIVA, *op. cit.*, p. 206; BURGOS BOSCH, *op. cit.*, p. 9 (que no hemos podido consultar, pero cit. por MADRIÑÁN, *op. cit.*, p. 153).

bles también en las sucesiones testamentarias cuando se den los supuestos necesarios»²⁰³.

¿Qué valor tiene este argumento?

Algunos autores se han mostrado críticos con él, considerando que al ser de índole fundamentalmente literal resulta de dudoso valor²⁰⁴. Y otros, más radicales, han sostenido que este precepto no prueba nada en este sentido, porque es posible que el testamento en cuestión se limite solamente a desheredar, en cuyo caso ciertamente se podrán aplicar las normas relativas al derecho de representación, pero porque entonces la sucesión de ese causante se deferirá enteramente con arreglo a las normas de la sucesión intestada, con lo que el argumento pierde su valor²⁰⁵.

Por nuestra parte, aun reconociendo que esta última posibilidad es cierta, pensamos en todo caso que no priva totalmente de valor en este sentido a lo dispuesto en el art. 929 Cc. No solo porque el supuesto de hecho del art. 929 Cc no se limita a esa hipótesis concreta de desheredación que provoca que la herencia toda se defiera abintestato (ya que la letra del precepto admite también otras posibilidades), sino porque así resulta de su combinación con otros preceptos. En efecto, aunque la ubicación sistemática del art. 929 Cc puede en un primer momento hacer pensar que se aplica solo a sucesiones intestadas, lo contrario se evidencia si ese precepto se pone en conexión —como en su antecedente en el Proyecto de 1851 resultaba explícitamente²⁰⁶— con los arts. 761 y 857 Cc, a los que remite (y de los que tratamos en la letra siguiente). El art. 929 Cc tiene, así pues, cierto valor en apoyo de la operatividad del derecho de representación también en la sucesión testada, al menos en algunos casos.

Dicho lo cual, ahora bien, la cuestión clave que a nuestro juicio se plantea entonces es determinar a qué tipo de representación se hace referencia en esos preceptos (arts. 929, 761 y 857 Cc): si la regulada en los arts. 924 y ss. Cc u otra. Más concretamente, si esa representación defiere al representante todo lo que hubiera sido inicialmente destinado al representado en esa herencia, o solo lo que en concepto de legítima correspondiera a este en la misma. A nuestro entender y al de la doctrina absolutamente mayoritaria, como ya vimos en su

²⁰³ SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, p. 462.

²⁰⁴ LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, t. I, *Parte general*, Barcelona 1971, p. 80.

²⁰⁵ CÁMARA, *op. cit.*, p. 17, nota 5.

²⁰⁶ Así debe entenderse el actual art. 929 Cc, pues así resulta de su antecedente en el Proyecto de García Goyena (art. 758), que era más claro en este sentido en tanto que hacía referencia directa a preceptos concretos señalándolos por su número. El art. 758 del Proyecto de García Goyena rezaba así: «No se puede representar a una persona viva, salvo los casos designados en los artículos 623 y 673», el primero de los cuales era a su vez paralelo del actual art. 761 Cc, y el segundo del actual art. 857 Cc.

momento²⁰⁷, la respuesta correcta es la señalada en segundo lugar. Lo que supone un obstáculo en orden a extender a la sucesión testamentaria voluntaria lo permitido para con la legítima. No vamos en este momento a resolver esto definitivamente, pero sí hay que decir que se trata de cuestiones distintas, y por tanto que la solución dispuesta para con una no tiene por qué valer ni ser aplicable a la otra.

h) Arts. 761 y 857 Cc

Íntimamente relacionados con el anterior, los arts. 761 y 857 Cc son otros de los preceptos de referencia obligada en este tema. ¿Qué valor tienen en apoyo de la idea de que el derecho de representación es operativo también en la sucesión testada? ¿A qué tipo de sucesión son aplicables estos preceptos: a la intestada, a la testada, o a ambas?

A favor de la primera opción cabe aducir que así resulta tanto de la remisión que a esos preceptos hace el art. 929 Cc, situado en sede de sucesión intestada, cuanto de la valoración que tradicionalmente se ha hecho del derecho de representación como figura específica de la sucesión abintestato.

Algunos autores, sin embargo, han sostenido que esos artículos se refieren exclusivamente a la sucesión testada, en el caso del art. 761 Cc fundamentalmente en base a la letra del precepto, que se refiere al causante de la sucesión hablando de «testador»²⁰⁸, y en el caso del art. 857 Cc en base a que la desheredación es cosa que solo puede hacerse en testamento (art. 849 Cc)²⁰⁹.

En verdad, ninguna de esas interpretaciones es aceptable. La interpretación correcta es que se trata de normas aplicables tanto a la sucesión intestada como a la testada. Así resulta si se aplican adecuadamente los criterios hermenéuticos que en nuestro Derecho están previstos. Procedemos a ello a continuación, aunque separadamente en relación con cada uno de esos preceptos.

h') En cuanto al art. 761 Cc, su aplicabilidad a las sucesiones testamentarias está fuera de toda duda, por lo que no es necesario

²⁰⁷ Supra 3.2.B) y 3.3.A.b).

²⁰⁸ GUILARTE, *op. cit.*, p. 185; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil* cit., p. 309. También REY PORTOLÉS, aunque sobre la base de que este precepto «articula una representación en la legítima... y esta es institución propia de la sucesión testada» [*Comentario a vuela pluma de los artículos de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*, RCDI. 1982, p. 300].

²⁰⁹ NOVOA SEOANE, *op. cit.*, p. 144; SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, p. 462; ESCOBAR DE LA RIVA, *op. cit.*, p. 206, aunque estos autores más se sirven de ellos para extender el derecho de representación también a la sucesión testada que para rechazar absolutamente su operatividad en la intestada.

aquí detenernos en ello. La cuestión es si resulta aplicable también a las sucesiones abintestato. A nuestro juicio, como hemos dicho, sí. Por lo siguiente.

De entrada porque, aun siendo cierto que su letra habla de «testador», su valor queda relativizado si se atiende a los antecedentes del precepto y a su evolución hasta desembocar en el Código civil. Esto no exige gran esfuerzo, pues la propuesta primera de este artículo se hizo en el Proyecto de 1851, de la mano de García Goyena. Su equivalente en ese Proyecto (art. 623) decía así: «*Si el excluido de la herencia por indignidad o incapacidad es hijo o descendiente del testador, y tiene hijos o descendientes, tendrán estos derecho a la legítima del excluido, en el caso de haber otros herederos testamentarios*». En el Anteproyecto de Código de 1882-1888 el tenor de esa norma (proyectada) se mantuvo inalterado en lo sustancial²¹⁰. Pero al ser trasladado al definitivo Código civil (art. 761) tuvo sin embargo, al margen de otras variaciones de estilo, una modificación importante, pues se suprimió el inciso «*en el caso de haber otros herederos testamentarios*». Resultando así un precepto que sigue hablando de «testador» pero en el que ha desaparecido el inciso final que inicialmente tenía previsto, con el que se subrayaba el carácter testamentario del supuesto y se destacaba que la norma no era susceptible de aplicación general sino solo en los casos que cumplieran los requisitos que en esa misma norma iban implícitos, esto es que el hijo indigno no fuera el único heredero y sobre todo que la sucesión se hubiera deferido por vía de testamento²¹¹. Esto es una modificación trascendente en este sentido, pues al suprimir ese inciso cabe entender que el legislador ha disminuido el carácter testamentario del supuesto considerado en el precepto, con respecto al que inicialmente tenía²¹².

²¹⁰ Art. 760 del Anteproyecto: «*Si el excluido de la herencia por indignidad o incapacidad fuere hijo o descendiente del testador, y también tuviere hijos o descendientes, adquirirán estos su derecho a la legítima en el caso de existir otros herederos testamentarios*».

²¹¹ Esto significaba que en caso de herencia intestada la solución no era la misma. Así, frente a la solución adoptada en el Código sardo (albertino), en el que la representación en caso de indignidad se limitaba siempre a la legítima, fueran cuales fueran las circunstancias, GARCÍA GOYENA explicaba el sentido del art. 623 del Proyecto —del que él mismo había sido su autor— diciendo, al comentar la expresión «*Herederos testamentarios*», que «como la incapacidad o indignidad tienen también lugar en las herencias sin testamento, los hijos del incapaz o indigno sucederán en ellos por las reglas generales del título siguiente [*i.e.*, de la herencia intestada: *vid.* arts. 742 y 743], sin atenderse a la rigurosa legítima, pues que no les obsta la expresa voluntad del testador» (*Concordancias, motivos y comentarios* cit., t. II, p. 76; también p. 167). Lo que supone que el art. 623 del Proyecto de 1851 establecía un régimen particular para la sucesión testada, distinto al de la sucesión intestada.

²¹² MANRESA explica que los redactores del Código definitivo suprimieron el inciso final que originariamente tenía esta norma «para evitar las confusiones a que daba lugar» (*Comentarios...*, t. VI, p. 80). En el mismo sentido ALBALADEJO (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. X-1.º, art. 761 Cc, p. 287) y ESPEJO (*op. cit.*, pp. 115-116).

Esta valoración del dato literal, ahora bien, aunque pueda ser plausible reconocemos que por sí sola no es suficiente. Es preciso, para sostener con firmeza la idea de que este precepto es aplicable también a la sucesión intestada, encontrar otros apoyos que la confirmen. Son los siguientes.

En primer lugar el criterio lógico, pues nada parece más razonable que aplicar la misma solución en todo caso de indignidad del descendiente de grado más próximo que a su vez tiene descendientes, con independencia de que la sucesión se defiera por vía testada o intestada.

Y en segundo lugar el criterio sistemático, que a su vez se integra por una doble consideración. Una, la remisión que al art. 761 Cc hace el art. 929 Cc, situado este en sede de sucesión intestada. Y otra, el hecho de que el art. 761 Cc se encuentra en una sección del Código cuya rúbrica es «*De la capacidad para suceder por testamento y sin él*»²¹³.

Todo lo cual, ahora sí, creemos justifica suficientemente la consideración de que el art. 761 Cc no es operativo solo en la sucesión testada sino también en la intestada.

h'') En cuanto al art. 857 Cc, una adecuada hermenéutica lleva al mismo resultado.

En el Proyecto de García Goyena (los antecedentes de este precepto, al igual que los del art. 761 Cc, se remontan solo a mediados del siglo XIX), su equivalente (art. 673) decía que «*Los hijos del desheredado que sobrevive al testador, ocupan su lugar y derechos de herederos forzosos respecto a la legítima...*», destacando en el mismo la utilización de los términos «desheredación» –que es figura que solo puede hacerse en testamento (art. 849 Cc)– y «testador». En el Anteproyecto de 1882-1888, sin embargo, se introdujo en esa norma (proyectada) una modificación reseñable al efecto que aquí interesa, en tanto que el tenor del artículo correlativo (art. 842) pasó a ser el siguiente: «*Los hijos del desheredado ocuparán su lugar y derechos de herederos forzosos respecto a la legítima...*». Desapareció en él, pues, la referencia al causante testador, manteniéndose esa línea en la redacción definitiva del Código civil, ya que los matices que se introdujeron en la última versión no tuvieron ninguna trascendencia en este sentido²¹⁴. ¿Cuál es, entonces, el ámbito de operatividad propio de este precepto?

A pesar de que en la evolución de la letra de la norma ha ido disminuyendo, hasta desaparecer, la referencia al testador, su ope-

²¹³ Sección primera del Capítulo II del Título III del Libro III del Código.

²¹⁴ Art. 857 Cc (en su redacción inicial): «*Los hijos del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima; pero el padre desheredado no tendrá el usufructo ni la administración de los bienes de la misma*».

ratividad en las sucesiones testamentarias es imposible de discutir, habida cuenta que la desheredación, en cuya sede está situado este precepto²¹⁵, es algo que necesariamente ha de disponerse en testamento (art. 849 Cc).

Pero además de a la sucesión testada también es aplicable a la intestada, en caso de que a resultas de la desheredación la sucesión del causante se haya de deferir enteramente con arreglo a las normas propias de esta. Lo que se demuestra, al igual que dijimos al ocuparnos del art. 761 Cc, tanto acudiendo al criterio lógico –pues nada resulta más razonable que aplicar el mismo tratamiento en caso de desheredación, con independencia de que la sucesión en su conjunto se defiera después por vía testada o intestada– como en base a la remisión que al art. 857 hace el art. 929 Cc, situado en sede de sucesión intestada.

Como conclusión, y tal como admite la generalidad de la doctrina, tenemos entonces que los arts. 761 y 857 Cc permiten el juego del derecho de representación en los casos de indignidad o desheredación del descendiente de grado más próximo, lo mismo si se trata de sucesión intestada que si de sucesión testada. Lo que supone excluir la incompatibilidad absoluta entre derecho de representación y sucesión testada que algunos pretenden.

Aunque esto dicho debemos también tener muy presente lo que señalamos en el apartado anterior, al considerar el art. 929 Cc. Esto es, que el derecho de representación que en los arts. 761 y 857 Cc se contempla tiene un contenido particular: solo aquello que en concepto de legítima hubiera correspondido al representado²¹⁶. Lo cual puede obstar a la generalización de esa figura en el ámbito de la sucesión testamentaria²¹⁷.

B) *Argumento de índole sistemática: la sedes materiae del derecho de representación en el Código civil*

Es este otro argumento a considerar en este tema, esgrimido fundamentalmente por quienes se muestran contrarios a la operatividad del derecho de representación en la sucesión testada.

²¹⁵ Sección novena del Capítulo II del Título III del Libro III del Código.

²¹⁶ Vid. SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 266; MANRESA, *op. cit.*, pp. 53 y 79; SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, p. 1701; DE DIEGO, *op. cit.*, p. 291; CASTÁN, *op. cit.*, p. 148; MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, pp. 221 y 250-252; LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, t. I, *Parte general*, Barcelona 1971, pp. 80-81. También ROCA SASTRE, a pesar de su tesis de la *successio graduum*, se ve obligado a reconocer más o menos abiertamente que en relación con la legítima se produce una situación particular: *Estudios de Derecho Privado cit.*, pp. 267-268 y 271-272.

²¹⁷ Así lo destaca CÁMARA (*op. cit.*, p. 35), aunque a efectos meramente dialécticos, ya que él no acepta que en estos preceptos se contemple un caso de derecho de representación, sino de preterición.

El parecer doctrinal apuntado sostiene que el juego del derecho de representación en nuestro Ordenamiento, a la vista de la sede del Código en que se regula, necesariamente ha de circunscribirse al ámbito de la sucesión ab intestato²¹⁸. Pues esa regulación (arts. 924 a 929) se sitúa dentro de un capítulo del Código que lleva por rúbrica y trata, propiamente, «De la sucesión intestada»²¹⁹. Esto, se concluye entonces, impide extender su operatividad al campo de la sucesión testada. Para que así fuera sería preciso que el derecho de representación se hubiera regulado también en la sede propia de aquella o, mejor aún, que se hubiera situado dentro de las Disposiciones generales dedicadas a regular las sucesiones²²⁰.

No ha faltado, sin embargo, contestación a este argumento por parte de otro sector de la doctrina.

Así, por un lado se ha dicho que el lugar que una figura ocupa dentro de la sistemática de un Código no es razón suficiente para determinar, por sí sola, el ámbito de operatividad de la misma. Y que esta consideración, válida en términos generales, es especialmente oportuna cuando, como ocurre en este caso, se trata de un texto tan complejo como el Código civil y de un tema tan discutido como el derecho de representación²²¹.

²¹⁸ ALBI AGERO, *op. cit.*, p. 117; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado cit.*, t. II, pp. 267-268; CRUZ AUÑÓN, *op. cit.*, p. 553; LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, t. I, *Parte general*, Barcelona, 1971, p. 80.

²¹⁹ Libro III –*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*–, Título III –*De las sucesiones*–, Capítulo III –*De la sucesión intestada*–, Sección tercera –*De la representación* (arts. 924 a 929)–.

²²⁰ Esto último es lo que se ha hecho en el *Codice civile* italiano de 1942, cuyos preceptos reguladores de esta figura (Capítulo IV: *Della rappresentazione*–: arts. 467-469) se encuentran situados en el Libro II –*Delle successioni*–, Título I –*Disposizioni generali sulle successioni*– del mismo. Sobre esto, *vid.* MOSCATI, *Enciclopedia del Diritto*, cit., t. XXXVIII, pp. 646 s.

²²¹ ESCOBAR DE LA RIVA, *op. cit.*, pp. 205-206; SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pp. 461-462; MADRIÑÁN, *op. cit.*, p. 152; e incluso CÁMARA, *op. cit.*, p. 15, a pesar de que en términos generales se manifiesta en contra del derecho de representación en la sucesión testada. A nivel jurisprudencial es especialmente relevante en este sentido la STS 6-12-1952 (RJ 2430/1952), en cuyo Cdo. 4.º se dice que «en trance de decidir este problema se ha de estimar que... la sistemática de un Cuerpo Legal no es decisiva en ponderada hermenéutica». Sin perjuicio de lo cual el TS, en esa misma Sentencia y Cdo., inmediatamente después de lo anterior continúa diciendo que eso no obstante «el pensamiento del legislador es claramente restrictivo en punto a la facultad de sustituir los nietos a su padre premuerto... porque el hecho de haber sido regulado el derecho de representación en el capítulo que gobierna la sucesión intestada, pudiendo haberlo incluido en el grupo de las disposiciones comunes a la herencia por testamento o sin él, revela el designio de que aquel derecho no tenga cabida en la porción libre de la herencia testada, sobre todo si se tiene en cuenta que el Código no ofrece base de argumentación convincente en contrario sentido por posible error de encuadramiento motivado por defectuosa copia de otros Códigos latinos que el legislador español haya tenido a la vista». Esto, ahora bien, no desvirtúa lo antes dicho por el TS, pues para la adecuada inteligencia de este considerando, hay que separar las dos partes que en él se contienen. La primera es la que se orienta a valorar si el dato sistemático es o no obstáculo impeditivo para la operatividad del derecho de representación en la sucesión testada, afirmando al respecto que no, porque «la sistemática de un Cuerpo Legal no es decisiva en ponderada hermenéutica». La segunda

Y por otro lado se ha señalado además que si bien es cierto que el núcleo de la regulación del derecho de representación se encuentra dentro de un capítulo del Código dedicado a la sucesión intestada, no es menos cierto que en él no se contiene toda la regulación que nuestro Derecho civil dedica a esta figura. Pues no se pueden olvidar los arts. 761 y 857 Cc, a los que además remite el art. 929 Cc, que son aplicables no solo a la sucesión intestada sino también a la testamentaria²²².

Todo lo cual fuerza a concluir –se dice– que el argumento sistemático no es suficiente para excluir la operatividad del derecho de representación en la sucesión testada.

¿Cuál es nuestra opinión a este respecto? La apuntamos a continuación, distinguiendo un doble plano.

En primer lugar, a la vista de los datos positivos y sistemáticos relevantes en este tema constatamos que el derecho de representación se presenta en nuestro Ordenamiento fundamentalmente como una figura propia de la sucesión *ab intestato*, pero también que el mismo Código civil considera su operatividad en algunos supuestos de sucesión testada. A tenor de lo cual nos parece hay que admitir que nuestro Código, desde la perspectiva sistemática, no cierra totalmente la puerta al juego del derecho de representación en la sucesión testada (lo cual no significa tampoco que la respalde de forma general; es simplemente un dato a tener en cuenta, pero que ha de ser considerado junto con otros para llegar a una conclusión sólidamente fundada).

Ahora bien, dicho eso pasamos a una segunda consideración. Y es que sin perjuicio de lo anterior, y sin perjuicio también de reconocer que la ubicación en un Código de la regulación de una figura no es por sí sola un argumento decisivo a este respecto, entendemos no obstante que en este caso ese dato es valioso. Pues nos parece que la sistemática de nuestro Código refleja en este punto con bastante fidelidad el pensamiento de sus redactores, que a su vez se acomodaba al pensamiento jurídico de la época y a la

parte, en cambio, aunque se apunte a continuación de la anterior y casi sin solución de continuidad, mira a decidir si dentro de la sucesión testada el derecho de representación es aplicable o no a la parte de libre disposición, lo cual estima que no (no entramos, ahora, a valorar esta segunda parte, pero sí nos parece importante destacar que eso no desvirtúa lo dicho en la parte primera).

²²² SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, p. 1701; MARTÍNEZ-CALCERRADA, *op. cit.*, pp. 221 y 250. No consideramos aquí el art. 814.3 Cc, no ya por ser de aparición posterior casi en un siglo a la promulgación del Código sino porque de él nos ocupamos en el apartado siguiente, y utilizarlo aquí sería predeterminar su significado y función. En todo caso, si en el mismo se estableciera un verdadero derecho de representación a favor de los descendientes del descendiente de grado primero a quien el ascendiente causante ha instituido heredero en su testamento y que luego le premuere (sin que en el testamento se haya previsto este caso ni se haya establecido sustitución a favor de aquellos), sería un dato más a añadir en este sentido.

concepción histórica de esta figura. Esto es, que aunque se permitiese su operatividad en algunos supuestos de sucesión testada, en todo caso el derecho de representación se concebía fundamentalmente como una figura ajena a la sucesión voluntaria: por eso el núcleo central de su regulación (arts. 924 a 929 Cc) se sitúa en un capítulo del Código dedicado propiamente a la sucesión intestada²²³. Se trata, a nuestro entender, de un dato significativo en este sentido.

C) *Argumento de índole dogmática: la naturaleza propia del derecho de representación*

El último argumento en este tema presenta como característica más destacada su índole dogmática. En este sentido, se ha dicho que la aplicación del derecho de representación a un caso de sucesión testada es imposible o improcedente en nuestro Ordenamiento, y que la razón radica fundamentalmente en la naturaleza misma de ese derecho. El discurso en que se sustenta esa afirmación es el siguiente.

²²³ Con esto manifestamos nuestra discrepancia con respecto a lo sostenido por algunos autores (GIMÉNEZ ARNAU, *op. cit.*, pp. 29-30; lo sigue SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, p. 462), que han llegado a cuestionar el sentido del dato sistemático en este tema a base del siguiente razonamiento. «¿Cuál es el origen inmediato –se pregunta GIMÉNEZ ARNAU– de los artículos en que nuestro Código trata la representación en la sucesión? Basta lanzar una ojeada a los artículos 729 a 735 del Código civil italiano –dice– para que sea innecesaria cualquier otra investigación de la paternidad. A su vez el italiano había tomado estos preceptos –sigue diciendo este autor– de los artículos 739 a 744 del Código civil francés. Mas como el Código civil francés, por su concepción del Derecho sucesorio, no concede la condición de heredero sino al sucesor ab intestato, se ocupó de la representación dentro de la sucesión intestada, única sucesión universal hereditaria que admite. No es el mismo el punto de vista del Derecho italiano, que admite la sucesión testamentaria, y por ello el legislador italiano hizo una salvedad...: en el artículo 890 del *Codice civile* (artículo que, mal copiado, engendró nuestro 766) se dispone que cualquier disposición testamentaria queda sin efecto, si aquel en favor de quien ha sido hecha no ha sobrevivido al testador o es incapaz... Mas como tal afirmación hubiera llevado a los absurdos resultados que admite nuestra doctrina... se añadió, para suplir la justificada laguna de la ley francesa, que los descendientes del heredero... premuerto o incapaz entran en la herencia... en los casos en que sería admitida a su favor la representación si se tratase de sucesión intestada, excepto que el testador haya dispuesto otra cosa... El Derecho italiano admite en toda su amplitud el derecho de representación. ¿A qué se debe –se pregunta entonces GIMÉNEZ ARNAU– la omisión de nuestros legisladores, que solamente copiaron una parte de aquel precepto? Se debe, sin duda –dice este autor–, a que entendieron suficientemente asegurado el derecho de representación en virtud del artículo 814 [en su redacción anterior a 1981], que no tiene equivalente ni en el Derecho italiano ni en el Derecho francés. Es, pues, lo suficientemente claro que el legislador quiso regular la representación, aunque no le diera ese nombre, con la misma amplitud que el Derecho italiano». Por nuestra parte, como hemos dicho, esta idea nos parece excesiva e imposible de aceptar. Sin necesidad de entrar aquí en detalles, creemos basta indicar que la falta de conexión del derecho de representación con la sucesión testada no es cosa que arranque de los Códigos ni del pensamiento del siglo XIX, sino que se remonta a los mismos orígenes de esta figura en el Derecho romano.

En primer lugar, se dice, «el derecho de representación propiamente dicho no actúa en la sucesión testamentaria porque es imposible que actúe»²²⁴. Esto es así porque en la sucesión testamentaria el derecho del favorecido nace del llamamiento que el causante le hace con su voluntad contenida en el testamento, mientras que en la representación el derecho a heredar del representante procede del llamamiento que la ley hace directamente a su favor. Y porque en nuestro Derecho hay dos formas de deferir la sucesión *mortis causa* –por voluntad del hombre (sucesión voluntaria, testamentaria) y por disposición de la ley (sucesión legal)–, dándose entre ellas preferencia a la primera pero sobre todo estableciéndose relación de exclusión entre una y otra (si se predica de unos mismos bienes), de tal modo que habiendo testamento no cabe acudir a la sucesión legal o abintestato, que solo procede en defecto de aquel (art. 658 Cc)²²⁵. Y entonces, sobre tales premisas la conclusión se estima que es clara: no es posible interferir un llamamiento legal en una sucesión voluntaria (testamentaria), porque esto es un contrasentido que nuestro Ordenamiento no permite²²⁶.

²²⁴ CÁMARA, *op. cit.*, p. 17.

²²⁵ Y no cabe aquí decir, apunta bien CÁMARA (*op. cit.*, p. 18), que aunque haya testamento si este se frustra por alguna causa esto supone que el instituido no puede heredar y por tanto que hay acudir a la sucesión legal, lo que abre la puerta al derecho de representación. Porque la premoriencia, indignidad o repudiación solo determinan la frustración del testamento cuando no cabe dar a esos eventos ninguna solución dentro del área de la sucesión testamentaria, v. gr. a través de la sustitución, acrecimiento, etc. La aplicación de las normas del abintestato es un último recurso al que solo cabe acudir en defecto de otros.

²²⁶ CÁMARA, *op. cit.*, pp. 16-18. R. DGRN de 14-8-1959 (RJ 3354/1959). También LACRUZ entiende que «la naturaleza tradicional» del derecho de representación impide tal posibilidad (*Derecho de Sucesiones*, t. I, *Parte general*, 1971, cit., p. 80). En esta misma línea, pero en un tono algo más plástico, a la pregunta de por qué la sucesión legítima (esto es, la sucesión legal, la que se sustenta en la ley) atrae al derecho de representación y la sucesión testada sin embargo lo repele, ha respondido SCAEVOLA que ello se debe a que «la primera descansa en la *ley de la sangre*, en el parentesco con su consiguiente atributo de líneas y grados, elementos propios e indispensables para la representación, en tanto que la segunda se basa exclusivamente en la *voluntad del testador*, elemento diverso, dentro del orden legal, al de la naturaleza o de la sangre» (*op. cit.*, t. XVI, p. 265). «La corriente sucesoria testamentaria –sigue diciendo este autor– solo llega a las personas taxativamente designadas por el testador: la legítima avanza por las líneas recta y colateral de grado en grado, y esto permite la subrogación de las personas que ocupan alguno de ellos en el que han dejado vacantes otros que fallecieron con anterioridad. En la sucesión por testamento, la herencia se obtiene por la determinación de una última voluntad: si nada se adquiere, nada se puede transmitir; ha lugar a hablar de transmitir, pero no de representar. En la sucesión por ley, derivando de esta el derecho a la herencia, por virtud del afecto presumible del difunto cabe que, fallecido uno de los llamados a suceder con anterioridad al causante, los descendientes del premuerto, salvando el principio de que el pariente más próximo excluye al más remoto, ocupen su lugar en la línea. En una palabra: donde hay línea y por consecuencia grado, es lícito hablar de representación; donde no existan tales elementos es imposible traerla a la vida legal» (pp. 265-266; parece compartir este razonamiento CASTÁN, «El derecho de representación», *op. cit.*, pp. 147-148). Y también se ha dicho que «como el título de la sucesión testada es de origen voluntario y carácter personalísimo, es evidente que no hay términos hábiles del derecho de representación: los llamamientos son individuales

Con la misma finalidad, pero desde la otra perspectiva apuntada (esto es, de la improcedencia de admitir el derecho de representación en la sucesión testada), se ha argumentado del siguiente modo²²⁷. La pretensión considerada, se ha dicho, nace de constatar el resultado a que se llega en el caso del hijo instituido heredero por el padre en su testamento pero que le premuere dejando (aquel) hijos que sin embargo no han sido considerados en el testamento referido, y lo diferente que es el resultado que se da en la sucesión intestada, siendo así que esa desigualdad se considera irritante e inconciliable con razones de piedad, equidad, humanidad o sentimiento. Pero a esto se contesta, sin embargo, destacando que esa diferencia no es así sin más, sino que deriva del hecho de que el padre no ha dispuesto en su testamento una sustitución vulgar con la que procurar el resultado que se considera correcto, siendo ése el medio legalmente previsto para ello. El derecho de representación, se concluye entonces, no encaja en la sucesión testada porque en esta se cuenta ya con la figura de la sustitución vulgar, y el legislador ha de procurar que cada figura jurídica se mantenga dentro de su campo propio de actuación²²⁸. «La sustitución vulgar –se insiste– cumple en la sucesión testada el mismo cometido del derecho de representación en la sucesión intestada frente al supuesto de premoriencia de uno de los hijos del causante. Solo que... el legislador impone la representación... en la herencia intestada y, en cambio, establece como potestativa la sustitución vulgar en la sucesión testamentaria, por entender que corresponde al testador ponderar cada caso (...) Imponer siempre la sustitución vulgar en la sucesión testada (y a ello equivaldría en cierta medida el hecho de incrustarle el derecho de representación) constituiría una medida improcedente»²²⁹. Máxime si se tiene presente que «siendo otorgados ante Notario la inmensa mayoría de testamentos... es improcedente pensar que el testador

y la premoriencia del instituido, como su incapacidad, aniquilan la institución» (DE DIEGO, *op. cit.*, t. III, p. 291).

²²⁷ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, t. II, cit., pp. 275 ss.

²²⁸ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, t. II, cit., p. 276. Abundando en lo dicho, añade este autor en p. 268 que «el Código civil, en caso de resultar inoperantes o ineficaces los llamamientos testamentarios, principalmente por causa de haber premuerto el llamado al testador, prevé lo que debe hacerse entonces, hablando de la sustitución vulgar, del derecho de acrecer o de la apertura de la sucesión intestada; pero no hace la menor alusión al derecho de representación. En cambio, al tratar de la sucesión intestada el legislador no se olvida nunca de aludir al derecho de representación». En el mismo sentido dicho en el texto, la R. DGRN 14-8-1959 (RJ 3354/1959). También se ha dicho (ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 276, 293-294; CRUZ AUÑÓN, *op. cit.*, p. 554) que, llegado el caso, la protección de los intereses legítimos de la estirpe del hijo premuerto se puede conseguir aplicando las normas sobre preterición, pero téngase en cuenta que estos autores escriben antes de la reforma del art. 814 Cc en 1981.

²²⁹ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, t. II, cit., p. 277.

descuidó llamar por vía de sustitución vulgar la estirpe del hijo que ha instituido heredero, pues el Notario ya tuvo el cuidado de advertirle la contingencia de premorir... Y así, cuando el testamento no contenga sustitución vulgar, ello será prueba de que el testador no quiso establecerla»²³⁰.

Estas consideraciones llevaron a que en la doctrina anterior a la reforma del Código civil operada el 13 de mayo de 1981 fueran pocas las voces que negaban lo expuesto en los párrafos anteriores sobre la naturaleza del derecho de representación y su subsiguiente operatividad circunscrita a sucesiones legales o intestadas, o que de contrario sostuvieran la compatibilidad general de ese derecho, por su propia naturaleza, con la sucesión testamentaria voluntaria²³¹. No siendo óbice para lo dicho que esa doctrina admitiera también mayoritariamente el juego de ese derecho en determinados supuestos de sucesión testada (arts. 761 y 857 Cc), pues esto se entendía como algo excepcional y justificado por razones particulares relacionadas con la legítima.

El planteamiento anterior, sin embargo, parece haber cambiado con ocasión de la nueva redacción dada al art. 814.3 Cc por obra de la reforma del mismo en 1981. Pues a tenor de ese artículo, y habida cuenta además que los arts. 761 y 857 Cc se mantienen, parece ahora que el derecho de representación ha pasado a ser compatible con la sucesión testamentaria, teniendo en ella un juego sustancialmente semejante al que tiene tradicionalmente reconocido en la sucesión intestada.

¿Es esta, ahora bien, una conclusión correcta? Aunque ya hemos dicho que eso es lo que a primera vista resulta hoy de la letra del Código, y así parece además admitirlo la doctrina dominante, nuestra opinión al respecto es distinta. A nuestro modo de ver la reforma del art. 814.3 Cc en el año 1981 no ha cambiado la naturaleza jurídica del derecho de representación. Y esa naturaleza, tal como antes hemos dicho era *communis opinio* en la doctrina hasta el año 1981, se muestra refractaria al juego de ese derecho en el ámbito de la sucesión testamentaria propiamente dicha. En las páginas siguientes intentaremos exponer nuestra opinión con detenimiento.

²³⁰ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, t. II, cit., p. 292.

²³¹ Esto es así a pesar de los términos empleados por algunos autores (v. gr., SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pp. 456 ss.), que sin embargo son más aparentes que reales, pues no se corresponden con su idea de fondo, ya que esta se limita al caso de la legítima. *Vid.* también ESCOBAR DE LA RIVA, *op. cit.*, p. 207.

4.1.3 SITUACIÓN TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL POR LA LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO. EL NUEVO ART. 814.3 CC: EXPLICACIONES PROPUESTAS SOBRE ÉL Y VALORACIÓN DE LAS MISMAS. NUESTRA INTERPRETACIÓN

Como ya hemos avanzado, en la cuestión aquí considerada se ha producido un giro radical a resultas de la modificación operada en el Código civil por obra de la Ley 11/1981²³².

Esta ley tenía como finalidad propia la reforma del Código en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, para acomodar su regulación a los principios establecidos en la Constitución de 1978²³³. No estaba entre sus objetivos la reforma del Derecho de sucesiones. Esto no obstante, se pensó que esas reformas en tema de filiación tenían importantes consecuencias prácticas en tema de preterición, y que esto hacía aconsejable modificar también el régimen de esta figura, para adecuarlo en ese sentido²³⁴. Esto fue lo que determinó la reforma del art. 814 Cc, introduciéndose en el mismo, entre otras modificaciones, su actual párrafo tercero, que dice que «*los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a este en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos*».

Con él se pretendía evitar la avalancha de demandas de preterición que se suponía se produciría a resultas de la aparición de nuevos sujetos legitimarios establecida por la reforma²³⁵. Para lo cual, como medida que la frenara, se dispuso que los descendientes del descendiente no preterido por el causante en su testamento

²³² Para entender debidamente la norma ahora estudiada es preciso partir de la situación que antes de la reforma del 81 existía en este punto. Así lo ha destacado la mayoría de los autores que se han ocupado del tema: *vid.*, por todos, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 31-68, y RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 322-334.

²³³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 25 ss. y 67 ss.; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 89 ss.

²³⁴ Así resultaba claro en la E.M. del Proyecto de esta Ley inicialmente presentado (la Ley finalmente aprobada no tuvo E.M.), que decía a este respecto lo siguiente: «*Finalmente, debe explicarse el porqué de la reforma en materia de preterición de herederos forzosos. La doctrina había puesto de relieve la insuficiencia de las reglas del Código. Pero esto, por sí, no era suficiente para justificar su modificación en una ley cuyo cometido principal no era corregir todas las deficiencias de nuestro sistema, por evidentes que pudieran parecer. Ahora bien, resulta claro que, con la reforma que en esta ley se hace, pasan a ser legitimarios algunos ascendientes y descendientes que antes no tenían esa calidad; y que, respecto de ellos, sobre todo tratándose del testamento del abuelo o del nieto, serán más frecuentes los supuestos de preterición. Por eso se ha hecho necesario sustituir las escuetas reglas del Código civil por otras que, al distinguir entre las diferentes hipótesis de preterición, se estiman más justas y completas*» (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Fecha de 14 de septiembre de 1979, pp. 318-319).

²³⁵ Aunque finalmente la realidad no fue así. Ese incremento de demandas por preterición se pensó como algo consecuencial al incremento de legitimarios que esa reforma producía, sobre la base de la equiparación total que establecía de los hijos cualquiera que fuera su filiación, matrimonial o no matrimonial (art. 108.2 Cc).

no se consideran preteridos aunque no hayan sido mencionados en ese testamento²³⁶, y por tanto que para hacer efectivos sus intereses no precisan (ni pueden) recurrir a la acción de preterición, sino que cuentan para ello con el mecanismo dispuesto en el propio art. 814.3 Cc.

Ahora bien, aunque eso fue así no lo es menos que ese nuevo párrafo tercero añadido al art. 814 Cc ha venido a producir un impacto colosal en tema de derecho de representación. Hasta tal punto que a partir de ese momento se ha venido a entender por la doctrina ampliamente dominante que el mismo ha significado, no solo volverse a considerar por parte del legislador la polémica habida a lo largo del siglo xx sobre la procedencia o no de ese derecho en la sucesión testada en caso de premoriencia del llamado, sino además zanjarla definitivamente en sentido afirmativo²³⁷.

Como ya se ha dejado dicho más arriba, este era un tema en el que no obstante el arduo debate habido no se había alcanzado una solución pacífica, oscilando entre quienes se mostraban favorables a la aplicación del derecho de representación aunque circunscrito a la legítima y quienes propugnaban la aplicación del régimen de la preterición. Ambas posturas –también se ha dicho– coexistieron en el tiempo, aunque la favorable al derecho de representación tuvo mayor predicamento en un primer momento pasando luego quizá a ser mejor vista la que propugnaba la aplicación del régimen de preterición. Este segundo sistema era así el que parecía prevalecer en los años inmediatamente anteriores a la reforma del Código de 1981, aunque se estimaba por la mayoría como inadecuado y se hacían por ello, *de lege ferenda*, propuestas para su modificación. Pues bien, en esa situación es fácil imaginar lo que supuso la introducción del nuevo art. 814.3 Cc.

Esto no significa que ese precepto sea una norma absolutamente clara; de hecho se discute cuál es la relación existente entre el art. 814.3 Cc y los arts. 761 y 857 Cc –en otras palabras, cuáles son los casos que se han de entender comprendidos en el supuesto de hecho de aquel: si solo los de premoriencia del descendiente instituido en el testamento, o también los de indignidad y desheredación (aunque la tesis ampliamente mayoritaria es la primera²³⁸)–, y cuál es la medida de lo que el art. 814.3 Cc

²³⁶ BOLAS ALFONSO, «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *AAMN*. t. XXV, 1982, p. 192.

²³⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 25 ss. y 72; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 321.

²³⁸ En este punto, la mayoría de la doctrina considera que el art. 814.3 Cc ciñe su ámbito de aplicación solo al caso de premoriencia, ocupándose de los casos de indignidad y desheredación los arts. 761 y 857 Cc, respectivamente. La razón de tal postura es

atribuye a los descendientes del descendiente no preterido –si solo lo que en concepto de legítima correspondiera en tal herencia a ese último, o todo lo que a este hubiera asignado el causante en su testamento (aunque la tesis ampliamente mayoritaria es la segunda²³⁹)–. Pero sin perjuicio de eso lo importante ahora es destacar, por encima de cuestiones polémicas pero en todo caso

de tipo fundamentalmente histórico: los supuestos de indignidad y desheredación estaban ya contemplados desde la publicación del Código civil en los citados arts. 761 y 857, resultando por tanto que el supuesto carente de regulación y objeto de debate doctrinal y jurisprudencial era solo el de premoriencia del instituido heredero. A este, y solo a este, es por tanto al que se vino a dar respuesta con el art. 814.3 Cc, introducido por la reforma de 13 de mayo de 1981. Frente a este tesis, ahora bien, existe otra que considera que en el citado art. 814.3 tienen cabida, además del caso de premoriencia, también los de indignidad y desheredación. Se apoyan para ello en la letra del precepto, que no distingue. Para esta tesis, los supuestos de indignidad y desheredación siguen teniendo un régimen singular en cuanto a su contenido –el establecido en los arts. 761 y 857 Cc, que se limitaría a lo que en concepto de legítima hubiera correspondido al descendiente de primer grado–, pero no independiente ni inconexo con el del art. 814.3 Cc, que vendría a constituir su marco general de referencia, con la finalidad de excluir en esos casos la aplicación del régimen de preterición y de sancionar expresamente la atribución de un derecho de representación a los descendientes de segundo grado en esos casos. Por nuestra parte, nos sumamos al parecer doctrinal mayoritario, y no solo porque no consideremos adecuada la interpretación del art. 814.3 Cc en clave de derecho de representación (como luego veremos), sino por las razones expuestas más arriba a favor de esa tesis y además porque, siendo los arts. 761 y 857 Cc preceptos anteriores en casi un siglo al art. 814.3 Cc, no vemos cómo su inteligencia pueda hacerse en función de este. En realidad nos parece que el objetivo de la tesis alternativa es simplemente tratar de cobijar todos esos casos –indignidad, desheredación y premoriencia– bajo la rúbrica del derecho de representación, como nueva etapa del proceso de expansión que caracteriza a esta figura desde mediados del siglo XIX. Lo cual no nos parece sea razón suficiente para justificar tal propuesta. Sobre todo esto, *vid.* BOLAS, *op. cit.*, p. 207; REY PORTOLÉS, *op. cit.*, pp. 355-356; MIQUEL, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, t. II, 1984, pp. 1301-1302; VALLET, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, t. I, *Fundamentos*, Madrid 1982, pp. 468-470; GIMÉNEZ DUART, «Los desajustes de la reforma: sobre legítimas y reservas», *RDN*, 1985, p. 161; VATTIER, *El derecho de representación...* cit., p. 288; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 116-138; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, t. V, *Derecho de Sucesiones*, 5.ª ed., Barcelona 1993, p. 52; GUILARTE, *op. cit.*, p. 196; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 361-367; ALBALADEJO, «La sucesión del descendiente ulterior del causante en lugar del descendiente intermedio no preterido (Análisis del artículo 814, párrafo antepenúltimo, del Código civil)», en *Actualidad Civil* 2003-3, pp. 754-758; MADRIÑÁN VÁZQUEZ, *op. cit.*, pp. 179-182; ALGABA ROS, *op. cit.*, pp. 414-429.

²³⁹ A este respecto, desde el principio la idea absolutamente dominante es que en el caso del art. 814.3 Cc los descendientes del descendiente premuerto recibirán lo mismo que a este hubiera destinado el ascendiente en su testamento (la limitación a la legítima se mantiene solo para los casos en que el representado no pueda heredar por causa de indignidad o desheredación). Solo un pequeño sector de la doctrina propugna limitar la atribución, en caso de premoriencia, a lo que en concepto de legítima hubiera correspondido recibir al descendiente premuerto. Y cuenta con un único sostenedor (VATTIER) la tesis de que la medida de lo que recibirán los descendientes del descendiente premuerto será la que en cada caso resulte de aplicar los efectos típicos de la preterición (esto es, solo la legítima estricta si esos descendientes de segundo grado han sido preteridos intencionalmente, o lo correspondiente a la cuota intestada si ha sido no intencional). Para una visión de conjunto en este tema pueden verse: MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 72-82 y 89-116; VATTIER, *El derecho de representación...*, cit., p. 287; y en *Comentarios del Código civil*, del Ministerio de Justicia, 1991, t. I, *ad art.* 929, pp. 2228-2229; REY PORTOLÉS, *op. cit.*, pp. 355-356; GUILARTE, *op. cit.*, p. 196; LANZAS GALVACHE y RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 944 ss.; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 367-369.

concretas, que para la doctrina hoy ampliamente dominante²⁴⁰ el nuevo art. 814.3 Cc ha venido a consagrar a nivel legislativo la operatividad del derecho de representación en el ámbito de la sucesión testamentaria (en caso de premoriencia del llamado, y no solo en la legítima sino en todo lo que en el testamento se hubiera destinado a este).

Lo cual, de ser efectivamente así, supondría un cambio radical en nuestro Derecho, pues situaría el tema del derecho de representación en la sucesión testada sobre bases nuevas, o quizá habría que decir mejor que sobre bases contrarias a aquéllas en las que hasta ese momento se encontraba asentado.

Dicho esto, resulta entonces fácil entender que para nuestro interés en este trabajo es importante saber si en ese precepto se contempla verdaderamente un derecho de representación, o si por el contrario se trata de otra figura, aunque sus efectos puedan ser semejantes. ¿Cuál es la respuesta correcta?

Para responder a esto podemos empezar destacando que, según opinión extendida en la doctrina²⁴¹ y que compartimos, se trata de una norma en la que procede distinguir un doble orden de cosas: por un lado la finalidad inmediata pretendida por la misma; y por otro el mecanismo o expediente técnico-jurídico empleado para conseguirlo.

En el primer aspecto la cuestión está clara: al introducir *ex novo* en el art. 814 ese apartado tercero, el legislador quiso excluir, de forma directa y explícita, la aplicación del régimen de preterición al caso considerado en ese apartado, esto es el del hijo instituido heredero por su padre en su testamento que sin embargo muere antes que él, dejando hijos (nietos, por tanto, de aquel) no contemplados por aquel en su testamento. Esto es hoy *communis opinio* en nuestra doctrina²⁴², a la que nos sumamos. Las razones en que se sustenta esta idea son de orden literal²⁴³, histórico²⁴⁴ y sistemático²⁴⁵.

²⁴⁰ Pero no del todo pacífica ya que, aunque pocas, hay voces discrepantes.

²⁴¹ *Vid.*, por todos, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 82-83.

²⁴² *Vid.*, por todos, BOLAS, *op. cit.*, p. 205-206; LANZAS GALVACHE y RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 943; MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 1300; VATTIER, *op. cit.*, p. 284; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 70 –nota 10, y allí cita de autores–, 82-83; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 339; ALGABA ROS, *op. cit.*, pp. 419 ss.

²⁴³ El propio precepto dice que los descendientes del descendiente instituido, aunque no hayan sido nombrados por el causante en el testamento, «no se consideran preteridos».

²⁴⁴ En este sentido basta tener presente el *status quaestionis* que existía en este punto tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial antes de la reforma de 1981, así como las propuestas de reforma que se hacían al respecto, las cuales, sin perjuicios de diferencias ulteriores, en todo caso coincidían en el sentido de proponer que se evitara la aplicación del régimen de preterición.

²⁴⁵ El art. 814 es el precepto que el Código civil dedica propiamente a regular la preterición, sus tipos y efectos.

En el segundo aspecto, sin embargo, las cosas cambian. Pues si bien no hay duda de que en el caso considerado los descendientes de segundo grado, para hacer efectivos sus derechos e intereses, no precisan ni pueden recurrir a la acción de preterición –porque, según dispone el precepto, «no se consideran preteridos»–, no cabe decir lo mismo en cuanto al expediente dispuesto por el legislador en el art. 814.3 Cc para articular técnicamente ese resultado.

En este sentido, son dos las construcciones que se han propuesto. Una, que ese expediente viene dado por el establecimiento de un verdadero derecho de representación a favor de los descendientes del descendiente premuerto pero no preterido. Y otra, que la naturaleza propia de ese expediente es la de ser una sustitución vulgar establecida *ex lege* a favor de esos mismos descendientes de segundo grado.

Aunque en la práctica el resultado de decidirse por una u otra construcción pueda ser en la mayor parte de los casos sustancialmente igual²⁴⁶, la cuestión es importante desde el punto de vista jurídico-teórico, y de ella se derivan además consecuencias para el tema objeto de nuestro estudio, como más adelante veremos. Es necesario, pues, tomar partido en ella.

Para lo cual pasamos a continuación a exponer esas construcciones, los argumentos en que se sustentan, las críticas que se les han hecho o se les pueden hacer y, en última instancia, la valoración general que las mismas nos merecen.

A) *Que se trata de un verdadero y propio derecho de representación*

Esta es la idea más extendida en nuestra doctrina actual. Los pilares en que se sustenta son los siguientes.

En primer lugar la propia letra del precepto, que habla de representar²⁴⁷. Es verdad, se reconoce, que el dato literal por sí solo no es

²⁴⁶ No obstante lo que hemos dicho en el texto, niegan tajantemente esa semejanza desde el punto de vista práctico VATTIER (*op. cit.*, pp. 284-286), ALBALADEJO («Duda sobre si el testador quiso un representante o un sustituto vulgar del instituido», *Actualidad Civil* 1988-1, p. 1196), MARTÍNEZ DE AGUIRRE (*op. cit.*, pp. 164-166), RIVERA FERNÁNDEZ (*op. cit.*, pp. 345-348) y ALGABA ROS (*op. cit.*, p. 418, nota 74). En este momento basta dejar apuntada esta cuestión. Nos ocuparemos de ella más adelante (*vid. infra* 4.1.3.C.b).

²⁴⁷ GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, pp. 155-156; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 350, 358-359; MADRIÑÁN VÁZQUEZ, *op. cit.*, pp. 176-177. También MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 74 y 89 ss., aunque en relación con este autor conviene aquí destacar que los argumentos que emplea apuntan en una doble dirección: por un lado a demostrar que el expediente técnico dispuesto en el art. 814.3 Cc es un verdadero derecho de representación, y por otro a sostener que la medida objetiva de lo que ese derecho atribuye a los descendientes del descendiente premuerto no se limita a lo que en concepto de legítima correspondiera a este sino que abarca todo lo que el causante hubiera dispuesto en el testamento a su favor (del descendiente premuerto). Hacemos esta advertencia porque esta reu-

decisivo –pues el legislador, aquí como en tantas otras ocasiones, puede haber empleado erróneamente un término en lugar de otro que sin embargo le correspondería más propiamente–, pero no es menos cierto, se añade, que es un dato a tener en cuenta y sobre el cual se debe en principio proceder, salvo que haya otros datos o concurren otras razones poderosas para darle un significado distinto²⁴⁸.

En segundo lugar, los antecedentes del precepto²⁴⁹. Pues según se dice, tanto las propuestas de reforma del Código en este punto que diversos autores habían hecho *de lege ferenda*²⁵⁰, como los trabajos preparatorios de la Ley 11/1981 o el *iter* parlamentario que este precepto tuvo²⁵¹, presentaban como denominador común su referencia al derecho de representación y a la introducción del mismo en la sucesión testamentaria en caso de premoriencia del descendiente instituido que deja descendientes no contemplados en el testamento del ascendiente.

En tercer lugar, la finalidad del precepto: «con él –se dice– se trata de evitar las consecuencias de la preterición de la estirpe del legitimario que falla... lo que se logra precisamente colocándoles

nión de argumentos quizá en algún momento puede mover a confusión, aunque leyéndolos con cierta atención es posible identificar y distinguir unos y otros.

²⁴⁸ ALBALADEJO, *La sucesión del descendiente ulterior...* cit., pp. 758 y 763-764; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 350.

²⁴⁹ VATTIER, *op. cit.*, p. 286; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 75 y 92 ss., aunque remitimos aquí a la observación hecha en nota 247.

²⁵⁰ Aunque naturalmente no fue el único, es frecuente en este punto citar a Lacruz, quien escribió que «*de lege ferenda*, lo más práctico sería imponer la representación del padre que premuere, por sus descendientes, en la sucesión del abuelo, manteniendo en cambio, para los casos de desheredación o indignidad, las normas de los artículos 761 y 857 del Código civil» (*Derecho de Sucesiones. Parte general*, Barcelona 1961, p. 203, nota 3). Pero, sin perjuicio de eso, hay que decir que esta idea se remontaba a bastantes años atrás: *vid.*, ya en el año 1942, CASTÁN, *op. cit.*, p. 172.

²⁵¹ En cuanto al periplo que el actual art. 814.3 Cc tuvo en las Cortes (una clara y completa exposición del mismo puede verse en RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 89-97), se destaca lo siguiente. El Proyecto que se remitió inicialmente a las Cortes era sustancialmente igual en este punto al que finalmente se aprobó (la única diferencia reseñable, dentro del art. 814, era que en su apartado segundo, en lugar de «preterición no intencional» se decía «preterición errónea») (cit. por MIQUEL, *op. cit.*, p. 1285). Con ocasión de su paso por el Congreso se presentó en el punto que a nosotros ahora nos interesa una única enmienda relevante, la núm. 500, que proponía (entre otras cosas que ahora no afectan) un cambio en su redacción, que quedaría tal como sigue: «*Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, ocuparán su lugar en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos*». La justificación de la misma, según su proponente, era «mejorar la redacción del precepto». La Ponencia, por su parte, en su Informe dijo aceptar la propuesta, pero eso no obstante el tenor literal de la norma no se modificó en este punto, que no volvió además a ser objeto de consideración, aprobándose finalmente por las Cortes en los términos que hoy tiene. Pues bien, sobre esa base se dice que «esta posibilidad de cambio, que se dejó pasar, [...] induce a pensar que la redacción del precepto está realizada con el conocimiento suficiente de que lo que se estaba incorporando es un auténtico derecho de representación en sentido técnico, de contenido idéntico al diseñado en el artículo 924 del Código civil, sin restricción alguna» (RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 359). En la misma línea, afirma VATTIER que ese hecho muestra «que la expresión se ha utilizado en sentido técnico» (*op. cit.*, p. 286, nota 102). También MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 94-95.

en el mismo lugar que ocupaba su ascendiente en la herencia del testador, de manera que si no se les considera preteridos... es porque se les considera llamados... en la misma medida en que lo fue el representado»²⁵². Esto es, mediante el establecimiento de un derecho de representación.

En cuarto lugar, se apunta, porque esta fórmula procura la respuesta más adecuada al supuesto, ya que es la que menor interferencia supone –comparada con las demás soluciones propuestas– en el normal funcionamiento del fenómeno sucesorio²⁵³. En este sentido se parte de la base de que «en caso de premoriencia del legitimario no preterido, es claro que las cosas en ningún caso van a ser como el testador las había previsto. Cuando menos, faltará el designado premuerto, y otra u otras personas habrán de ser llamadas en su lugar»²⁵⁴. Pero si el art. 814.3 Cc introduce el derecho de representación, se apunta, «la distorsión es mínima: se limita a esa inevitable sustitución del designado por otra u otras personas, pero la distribución de la herencia hecha por el testador permanece incólume»²⁵⁵. Dicho lo cual, y para rebatir la crítica que pudiera plantearse en contrario en base a que la finalidad con que el art. 814.3 Cc se estableció no permite afirmar que el medio empleado para ello haya sido el derecho de representación, se apunta entonces que aunque es verdad que en este tema hay que distinguir entre fin y medio, eso no es óbice para afirmar que el medio elegido para conseguir aquel es el señalado, pues este es el expediente más adecuado, y no resulta aceptable limitarse a constatar el fin sin querer saber nada sobre el medio necesario para ello²⁵⁶.

²⁵² MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 75 ss. (para no repetir, remitimos aquí a la advertencia que a este respecto hemos hecho en la nota 247); LANZAS GALVACHE y RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 951.

²⁵³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 76 y 96 ss. (remitimos aquí, de nuevo, a la nota 247); LANZAS GALVACHE y RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 949-950.

²⁵⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 99-100.

²⁵⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, p. 100. «En cuanto a los bienes –dice este autor (p. 99)–, la porción que hubiera quedado vacante mantiene su integridad, y pasa a los descendientes del llamado a ella, y por esa misma razón se obvian las consecuencias de la preterición... Y ello sin que en las previsiones testamentarias tenga lugar otra modificación que la entrada de dichos descendientes ulteriores en el lugar del legitimario que falló; sin que para tal cosa sea preciso, en su caso, más que acreditar aquellos su carácter de tales». A este respecto, destaca MARTÍNEZ DE AGUIRRE (pp. 97-98) que esta solución que ahora se propone en base al art. 814.3 Cc es sustancialmente igual a la que en la práctica anterior a los años cincuenta del pasado siglo se daba en muchos casos al problema del descendiente instituido que premoría dejando descendientes no contemplados en el testamento del abuelo, si bien esta tenía dos inconvenientes graves: uno, que su fundamento positivo era muy endeble; y otro (consecuencia del anterior), que dependía de que se contara con el consentimiento en ese sentido de los demás llamados. Así pues, el art. 814.3 Cc, con la interpretación dicha, no haría sino dar respaldo positivo y confirmar tal práctica.

²⁵⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 82-88. Esta misma explicación –dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE, p. 89– justifica que la norma se sitúe sistemáticamente en sede de preterición, pues lo que con ella se trata y resuelve propiamente es un problema de

Y en quinto lugar porque, en la alternativa entre «derecho de representación» y «sustitución *ex lege*», se entiende que hay razones de estricta técnica jurídica que fuerzan a resolver a favor del primero, ya que «técnicamente una sustitución *ex lege* no es una tal sustitución, sino que constituye un derecho de representación»²⁵⁷.

Los anteriores son los principales argumentos en que se sustenta esta idea, aunque se han formulado también otras consideraciones²⁵⁸.

preterición, no de derecho de representación, aunque este sea el medio empleado para resolver aquel. «La finalidad del art. 814.3 –dice en p. 88– no es la de introducir el derecho de representación en la sucesión testamentaria (al modo del *Codice* o del Fuero Nuevo de Navarra) sino la de soslayar los efectos de la preterición; y el sistema empleado para ello es el de admitir el juego de la representación sucesoria en la sucesión testada, pero no con carácter general sino solo en la hipótesis a que responde el precepto». «El art. 814.3 –sigue diciendo este autor (pp. 88-89)– no es un equivalente del art. 467 del *Codice* de 1942 o de la ley 309 del Fuero Nuevo navarro: estos se dirigen a regular el derecho de representación como tal...; [y] para la introducción de una norma similar en nuestro Código civil sería necesaria una reforma más amplia que la producida. Pero es que... el art. 814.3 no se dirige a resolver un problema de representación sucesoria sino de preterición (...) Otra cosa es que, para ello, el legislador haya hecho uso del derecho de representación».

²⁵⁷ GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, p. 156.

²⁵⁸ La más destacada es la que aduce que el derecho de representación no es hoy incompatible con la sucesión testada, «porque el legislador así lo estima» (en el art. 814.3 Cc) (RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 359; en un sentido semejante GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, pp. 155-156; ALBALADEJO, *La sucesión del descendiente ulterior...*, cit., pp. 761-762; GARCÍA MORENO, «La preterición de herederos forzosos en el Derecho común tras la reforma de 1981», *Actualidad Civil 1995-4*, p. 902; MADRIÑÁN VÁZQUEZ, *op. cit.*, pp. 177-178). Esta consideración procede sobre la base de que en la situación anterior a 1981 la solución del caso estudiado mediante la aplicación del derecho de representación era idea extendida en la doctrina, pero que buena parte de quienes así pensaban estimaban que lamentablemente eso no podía ser a falta de una norma legal expresa que lo permitiera. «Pues bien –se dice entonces–, el legislador, haciéndose eco de los problemas que planteaba la premoriencia de un legitimario instituido que dejaba descendencia, intenta resolver el problema introduciendo esa norma expresa y categórica... en el art. 814.3», (RIVERA FERNÁNDEZ, *op. et loc. cit.*). No menos claros, en el mismo sentido, son LANZAS GALVACHE y RODRÍGUEZ LÓPEZ, quienes afirman que antes de la reforma de 1981 «se apuntaba... que quizá lo ideal era la aplicación del derecho de representación, pero que esta meta resultaba inalcanzable con los textos existentes... Se suspiraba porque el legislador resolviese el problema a través de una norma explícita... Pues bien, el legislador ha abordado el problema, le da una solución que en lenguaje usual podría calificarse de clara, y el resultado de ello es que los juristas nos negamos a creer que ello sea así» (*op. cit.*, p. 947; también GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, pp. 155-156). Por nuestra parte, aun sin negarle todo valor, recogemos esta consideración en nota porque más que argumento *a se stante* nos parece petición de principio: si lo que se está discutiendo es el sentido que debe darse al art. 814.3 Cc, no es argumento decir que en él se consagra un derecho de representación porque este no es incompatible con la sucesión testada, porque el legislador así lo ha dispuesto.

Otra consideración es la que afirma que necesariamente ha de tratarse de derecho de representación «porque la sustitución no puede tener cabida aquí, ya que la premuerte del legitimario no preterido impide... la delación sucesiva que es propia y característica de aquélla; hay... representación, puesto que los descendientes del premuerto suceden indirectamente» (VATTIER, *op. cit.*, pp. 286-287; aceptan el razonamiento ALBALADEJO, *Duda sobre si el testador...*, cit., p. 1197; y RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 344, nota 67). Por nuestra parte, situamos en nota esta consideración porque nos parece que en realidad no es sino derivación de los conceptos previos de los que parte, sobre cómo se configura el derecho de representación y la sustitución (sobre esto, remitimos a lo que veremos *infra* 5).

B) *Que se trata de una sustitución vulgar establecida ex lege*

Aunque con una fundamentación mucho menos elaborada que la anterior, esta idea del art. 814.3 Cc es tenida también muy presente –siquiera sea para rebatirla– en el debate doctrinal habido en torno a este precepto²⁵⁹.

La idea aquí es considerar que el precepto, no obstante hablar de que los descendientes del descendiente no preterido *representan* a este en la herencia del ascendiente, lo que realmente quiere decir es que lo *sustituyen* vulgarmente. Se trataría, por tanto, de un caso de sustitución vulgar establecida por disposición de norma legal (*ex lege*) a favor de esos descendientes ulteriores del causante. Como argumentos para ello se señalan los siguientes.

En primer lugar, y sobre la base de que el derecho de representación es institucionalmente incompatible con la sucesión testamentaria, se relativiza la importancia del argumento literal en contrario –que el precepto habla de representar, no de sustituir–apuntando que «el legislador de 1981... no pretende expresarse con rigor técnico sino con claridad; no persigue la precisión terminológica, sino la facilidad de comprensión... Pudo el legislador hablar de sustitución en lugar de representación, pero para el lego en Derecho el primer término es menos significativo y, en cambio, el segundo tiene cierto arraigo práctico al que han contribuido no pocos notarios que lo utilizan en los testamentos como equivalente del llamamiento de la estirpe por sustitución vulgar. Puede, pues, pensarse que el término "representan" está utilizado en sentido vulgar como sinónimo de "sustituyen"»²⁶⁰.

²⁵⁹ Como veremos en el punto siguiente del trabajo, cuando se trata en general de la naturaleza jurídica del derecho de representación la idea de la sustitución *ex lege* está o ha estado muy presente tanto en nuestra doctrina como en la extranjera, pero otra cosa sucede cuando se trata en concreto de la norma contenida en el art. 814.3 Cc, donde no son tantos los autores que verdaderamente sostienen esta idea, a pesar de que quienes la rebaten estimen que sí. PINTO RUIZ se muestra partidario de esta solución *de lege ferenda*, pero considera que la modificación del art. 814.3 Cc tal como se hizo en 1981 no lo permite, sino que eso requiere una modificación más amplia del Código («El actual artículo 814 del Código civil no introduce el derecho de representación en la sucesión testada», *Revista General de Derecho*, 1984, n.º 50, pp. 2686-2688).

²⁶⁰ BOLAS ALFONSO, *op. cit.*, p. 206, aunque en verdad la posición de este autor, en contra de la valoración que de la misma se hace habitualmente (situándolo entre quienes defienden la idea de una sustitución *ex lege*), nos parece que no es esa sino la que luego expondremos y defenderemos nosotros. A nuestro entender, aunque es verdad que su modo de expresarse no es del todo claro, BOLAS apunta la idea de la sustitución *ex lege* como una mera posibilidad alternativa al expediente de la representación, tratando de poner de manifiesto que este no es forzoso e inexorable (*vid.* pp. 205-206). También REY PORTOLÉS, *op. cit.*, p. 357, en relación con el cual advertimos aquí (en sentido contrario a lo que hemos dicho de BOLAS) que si bien es habitual situarlo entre los sostenedores de la inteligencia del art. 814.3 Cc en clave de derecho de representación, a nuestro juicio es más correcto incluirlo en este otro grupo. Pues lo que dice REY PORTOLÉS a este respecto es que «lo que ha hecho el legislador ha sido aceptar parcialmente la idea de Cámara [que el propio Rey Portolés resume así: «indagar si en las instituciones a descen-

Y en segundo lugar²⁶¹ se fundamenta esta idea acudiendo a los antecedentes del precepto, en concreto a determinadas propuestas que se entiende se habían hecho en la doctrina antes de 1981 para reformar el Código en este punto en clave de sustitución²⁶², a los trabajos preparatorios²⁶³ y al *iter* que el tantas veces repetido apartado tercero del art. 814 Cc tuvo durante su tramitación en las Cortes²⁶⁴. De los que se desprende, se dice,

dientes había o no datos suficientes para descubrir en el testamento una voluntad de sustitución vulgar tácita], pero presumiendo *iuris et de iure* la voluntad de sustituir y utilizando en lugar de ese verbo el de representar, con la ventaja de que así el supuesto legal nunca comprenderá el *casus noluntatis*». Su idea, por tanto, es considerar aquí una sustitución vulgar, pero no en el sentido propio de disposición testamentaria dependiente de la voluntad del testador (fuera ésta manifestada de forma expresa o tácita) sino en un sentido singular en tanto que impuesta por la ley (esto es lo que en realidad supone hablar de «presumir *iuris et de iure* (el legislador) la voluntad del testador de sustituir»), aunque con un contenido (exclusión del *casus noluntatis*) que se aproxima o coincide con el del derecho de representación. Esta, y no otra, creemos que es su verdadera idea. Aunque pueda en otro momento referirse a «la representación legal articulada en el art. 814.3 Cc», creemos que eso no es más que una forma de hablar, empleada por su concisión y mayor claridad de contenido.

²⁶¹ BOLAS ALFONSO, *op. cit.*, p. 206, aunque repetimos aquí la observación hecha en la nota anterior.

²⁶² Se suele hacer referencia aquí, en particular, a VALLET DE GOYTISOLO, cuya notable influencia en la reforma que en el año 1981 se operó en el art. 814 Cc es subrayada por la práctica totalidad de la doctrina. En concreto, la referencia es a lo afirmado por VALLET en su obra *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer op. cit.*, en cuya p. 944 sostiene lo siguiente: «preterición de descendientes de un hijo premuerto que no había sido preterido, casos en los que parece preferible aplicar la sustitución vulgar tácita, si no se probase ser otra la intención del testador, en cuyo caso se trataría de una preterición intencional». A nuestro entender, sin embargo, esa postura de VALLET no encaja propiamente en esta construcción sino en otra, como más adelante veremos. En todo caso, sin perjuicio de lo dicho nos parece interesante destacar aquí que la idea de VALLET, aunque ha variado a lo largo de los años (unas veces con motivo de la reforma de 13 de mayo de 1981, otras simplemente por cambio de opinión), en todo caso siempre ha estado marcada por su parecer primero, reflejado en el párrafo antes transcrito. Prueba de ello es que en *Panorama del Derecho de Sucesiones* (t. I, *Fundamentos*, Madrid, 1982), esto es, con posterioridad a la Ley 11/1981, si bien se consideraba forzado a cambiar su planteamiento anterior, lo hacía con reticencias y de forma poco convencida. Así, en pp. 469-470 escribía que «la expresión del 814 § 3 [...] plantea la duda de si solo la representación es en la legítima o si la misma implica una sustitución vulgar tácita para el supuesto de premoriencia. La interpretación literal –añadía–, si atiende al valor técnico de las palabras, no puede desconocer que la representación sucesoria tan solo tiene lugar en la sucesión intestada mientras que en la testada se aplica, en su caso, la sustitución vulgar». Aunque inmediatamente después (dos párrafos después) añadía: «La solución de estimar que, en el caso del art. 814 § 3, representar equivale a sustituir vulgarmente en el contenido testamentariamente atribuido [...] adolece de... falta de rigor terminológico». En definitiva, a nuestro juicio, una postura dubitativa y poco convencida en este tema.

²⁶³ El texto de esta norma, en los trabajos de la Comisión de Códigos, era este: «*Los descendientes preteridos de otros descendientes que no lo hubieran sido, percibirán lo que el testador hubiere dejado al causante*» (cit. por MIQUEL, *op. cit.*, p. 1299). Donde, como es evidente, no se hacía referencia ninguna al derecho de representación.

²⁶⁴ En este punto, el dato sobre el que se procede (*vid.* BOLAS, *op. cit.*, p. 206, aunque con una exposición más sintética que la que nosotros desarrollamos a continuación) es la enmienda núm. 500, que se formuló durante el paso del Proyecto de Ley 11/1981 por el Congreso. En esa enmienda, lo que a este respecto se propuso es dar al art. 814.3 una redacción matizadamente distinta, que se entendía lo mejoraba con respecto a la del Proyecto. Esa redacción alternativa era la siguiente: «*Los descendientes de otro descen-*

que la interpretación del art. 814.3 Cc en clave de sustitución vulgar establecida *ex lege* es la procedente. Se trata, como es fácil ver, de un argumento que se sustenta prácticamente en los mismos datos concretos que sirven a la explicación anterior para defender su idea, aunque ahora, lógicamente, se los valora de forma distinta.

Todo lo cual, se afirma, justifica la conclusión de que el expediente técnico empleado en el art. 814.3 Cc es una sustitución vulgar establecida *ex lege*.

C) *Críticas a las anteriores explicaciones*

Ninguna de las dos teorías expuestas cuenta hoy, sin embargo, con el entero favor de la doctrina, sino que ambas son objeto de críticas. Pasamos a continuación a exponer esas críticas, apuntando además nuestra valoración personal de las mismas.

a) *Críticas a la teoría que sostiene que en el art. 814.3 Cc se contempla un verdadero derecho de representación*

Contra esta explicación se han formulado o se pueden formular las siguientes objeciones, dirigidas básicamente a poner en cuestión sus fundamentos.

En cuanto al tenor literal y a los antecedentes del precepto, ya hemos visto se ha dicho que la interpretación correcta de los mismos no es la pretendida por esta teoría sino la propugnada por los partidarios de la sustitución vulgar *ex lege* (a cuyos argumentos remitimos aquí, para no repetir). ¿Qué valoración nos merece esta crítica? Por nuestra parte no afirmamos que la interpretación del

diente que no hubiere sido preterido, ocuparán su lugar en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos». Este cambio de redacción finalmente no se introdujo en el precepto –quizá, se ha dicho, por entenderse que no existía diferencia sustancial entre una redacción y otra (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, p. 71)–, pero lo destacable es que la Ponencia, en su Informe, dijo que lo aceptaba. A la vista de lo cual cabe concluir que durante la tramitación de la reforma el legislador tenía clara la idea de fondo –que en caso de descendientes de descendiente premuerto y no preterido no haya preterición de aquellos y por tanto no tengan ni puedan, para defender sus intereses, que acudir a las normas que regulan la preterición–, pero que no ocurría lo mismo en cuanto al medio a emplear para ello. Pues habida cuenta de la polémica tradicional que existía en este punto y de las propuestas doctrinales diversas habidas al respecto (unas a favor de la representación, otras de la sustitución), si se propuso cambiar el término «*representan*» (que hubiera sido el propio, si esa hubiera sido la idea) por la fórmula «*ocuparán su lugar*» (que encaja perfectamente con la figura de la sustitución vulgar), y la Ponencia dijo aceptarla, esto debe tener algún valor, y no puede ser precisamente a favor de la representación. Por lo cual, aunque finalmente el cambio de redacción no se llevara al texto, lo que en todo caso resulta claro es que el argumento literal no es inequívoco en este sentido.

art. 814.3 Cc en clave de sustitución vulgar *ex lege* sea la procedente, pero eso no obstante, a la vista de la disparidad de valoraciones que se han hecho de unos mismos datos, y ambas plausibles, sí nos parece oportuno –y hasta forzoso– concluir que ni el argumento literal ni el basado en los antecedentes son inequívocos en este tema, y por tanto que no valen para sustentar de modo definitivo ninguna de las interpretaciones propuestas.

En cuanto a la finalidad con que se introdujo este precepto –evitar, en el caso considerado, la aplicación del régimen de preterición–, que según esta teoría lleva a afirmar el establecimiento y aplicación al mismo del derecho de representación, hemos de decir que este argumento no nos parece decisivo per se. Pues a él se puede responder que aun estando de acuerdo en que esa es la finalidad propia del precepto ello no conduce de modo inexorable al derecho de representación, ya que tal resultado se puede conseguir también a través de otros expedientes (por ejemplo, la sustitución vulgar *ex lege*, u otros).

Y eso mismo se puede aducir frente a la idea de que para alcanzar el fin pretendido por el art. 814.3 Cc el derecho de representación es la fórmula más sencilla y que da satisfacción a los intereses en juego con la menor interferencia posible en el desenvolvimiento del fenómeno sucesorio. Pues a ese resultado se puede llegar también por medio de otros expedientes (sea la sustitución vulgar *ex lege* u otro).

b) Críticas a la teoría que sostiene se trata de un supuesto de sustitución *ex lege*

A esta teoría se le ha objetado, en primer lugar, que las consecuencias prácticas de optar por este expediente son sustancialmente distintas a las que se producen si se trata de un derecho de representación, e incompatibles con las que se deben dar en aplicación del art. 814.3 Cc. En este sentido, contraponiendo el derecho de representación y la sustitución vulgar *ex lege*, se apuntan las siguientes diferencias²⁶⁵: a) que si se trata de derecho de representación sólo pueden ser representantes las personas señaladas por la ley mientras que si se trata de sustitución no hay límites en cuanto a las personas a las que se puede designar como sustitutos, siendo así que en el caso del art. 814.3 Cc favorecidos sólo pueden serlo descendientes del descendiente pre-

²⁶⁵ VATTIER (*op. cit.*, pp. 285-286), ALBALADEJO («Duda sobre si el testador...», *op. cit.*, p. 1196), MARTÍNEZ DE AGUIRRE (*op. cit.*, pp. 164-166), RIVERA FERNÁNDEZ (*op. cit.*, pp. 345-348) y ALGABA ROS (*op. cit.*, p. 418, nota 74), aunque no todos sostienen todas las diferencias que se señalan en el texto.

muerto; b) que si se trata de representación los descendientes del descendiente premuerto habrán de colacionar lo que este último y lo que ellos mismos hayan recibido del causante (*ex art. 1.038 Cc*), mientras que si se trata de sustitución no, siendo así que en el caso del art. 814.3 Cc la colación no debe ser excluida; c) que el derecho de representación es figura de carácter imperativo, por lo que debe prevalecer aun en caso de que el causante haya dispuesto en su testamento otra cosa (normalmente una sustitución, pero con sentido o contenido distinto), mientras que si se trata de una sustitución vulgar esta debe ceder ante otra disposición establecida expresamente por el testador, y que en el caso del art. 814.3 Cc esto no debe ser, porque los intereses de los descendientes del descendiente premuerto son prevalentes; d) que la sustitución vulgar, a diferencia del derecho de representación, opera en caso de repudiación del llamado, lo que en el caso del art. 814.3 Cc no debe ser²⁶⁶.

A nuestro entender, sin embargo, la anterior no es una objeción válida. Lo sería si se estuviera comparando el derecho de representación regulado en los arts. 924 ss. Cc y la sustitución vulgar regulada en el art. 774 Cc, con los caracteres que allí se le señalan. Pero si se admite –hacerlo, o no, es otra cuestión– que lo que hay en el art. 814.3 Cc es una sustitución de origen legal, no debe haber inconveniente entonces para aceptar que a la misma no tienen por qué aplicársele los mismos caracteres que tiene la sustitución voluntaria, ya que siendo aquélla una creación *ex novo* el legislador puede configurarla en los términos que quiera. Esta crítica, por tanto, no vale para rechazar la explicación del art. 814.3 en clave de sustitución *ex lege*²⁶⁷.

En segundo lugar, a esta explicación se le ha formulado una objeción derivada de la naturaleza propia de esta figura, señalando

²⁶⁶ A esta objeción, aun suponiendo ahora que la operatividad del derecho de representación en caso de repudiación no fuera procedente, podría en todo caso responderse que en el supuesto del art. 814.3 Cc resulta inane, pues en este nunca podrá darse tal caso por hipótesis, ya que el supuesto de hecho de este precepto supone que el descendiente instituido en testamento premuere al ascendiente causante, por lo que nunca podrá haber habido renuncia o repudiación a una herencia todavía no deferida, *ex art. 991 Cc*.

²⁶⁷ Además de las señaladas en el texto, y para evidenciar mejor las diferencias teóricas entre un expediente y otro, se ha apuntado también otro dato: que si se trata de derecho de representación cabe dudar si lo que los descendientes de segundo grado recibirán será todo lo que el causante haya dispuesto en su testamento a favor del descendiente premuerto o solo lo que en concepto de legítima corresponda a este, mientras que si se trata de sustitución no hay duda de que recibirán lo mismo que se destinaba al premuerto. Ahora bien, aunque por lo dicho pudiera pensarse que la opción por el derecho de representación arroja mayores dudas, hay que advertir aquí que los autores que han apuntado esta diferencia, aparte de claros partidarios del derecho de representación, sostienen además que los descendientes del descendiente premuerto deben recibir lo mismo que a este último estuviera destinado en el testamento del ascendiente.

que una sustitución establecida *ex lege* no es una sustitución. ¿Qué nos parece a nosotros?

Por nuestra parte, y si tomamos esta explicación en los estrictos términos en que antes ha sido expuesta, hemos de señalar nuestra conformidad con la objeción apuntada. Pues aunque en sus efectos pueda ser semejante al derecho de representación, esto no permite ignorar que la sustitución vulgar es una figura de origen y esencia propiamente voluntarios, por lo que pretender pueda venir establecida directamente por disposición legal no lleva sino a desnaturalizarla y a trastornar el sistema sucesorio en su conjunto, lo que no resulta conveniente ni aceptable. Y contra esto no cabe decir que el legislador puede hacer lo que quiera y que ése podría ser el caso del art. 814.3 Cc, de tal forma que, al reformarlo, el legislador habría dado nueva naturaleza a aquella figura. Esto no es posible, entre otras cosas porque en este caso no consta existiera tal intención. Así pues, pensamos que esa no es la fórmula que en este caso debe aceptarse.

Esto descarta la explicación del art. 814.3 Cc en clave de sustitución vulgar establecida *ex lege*. Lo que de rebote ha llevado a afirmar, como hemos visto antes, que el mecanismo dispuesto en el art. 814.3 Cc ha de explicarse en clave de derecho de representación. Pensamos nosotros, sin embargo, que ese razonamiento no basta, que no procede aquí resolver por exclusión de la explicación alternativa sino que es necesaria una fundamentación positiva suficiente en apoyo de la explicación propia. La pregunta que se plantea entonces es esta: ¿resulta compatible el derecho de representación con la norma contenida en el art. 814.3 Cc? Nos ocupamos de ello en el apartado siguiente.

D) *Nuestra interpretación de la norma contenida en el art. 814.3 Cc*

Nos enfrentamos aquí con lo que a nuestro juicio constituye la clave en este tema: la naturaleza jurídica de la figura dispuesta en el art. 814.3 Cc. Y la tarea a realizar consiste en contrastar esa naturaleza con el expediente del derecho de representación, a fin de ver si son o no compatibles. ¿Lo son?

A este respecto se ha dicho que sí, aduciendo que lo procedente no es relacionar sustitución con sucesión testada y representación con sucesión intestada, sino sustitución con previsión del testador y representación con previsión del

legislador²⁶⁸. Y que ello permite explicar el art. 814.3 Cc en clave de representación.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con la ecuación apuntada. Pero con esto no queda definitivamente resuelta la cuestión, pues cuando se habla de previsión del legislador lógicamente hay que entender se está haciendo referencia a una disposición establecida por el legislador enteramente al margen de la voluntad del testador y sin contar con ella, no a una disposición establecida por el legislador pero con carácter interpretador de una voluntad del testador no del todo clara o no suficientemente explicitada²⁶⁹. Y esta última, sin embargo, es una posibilidad que también ha sido planteada en nuestra doctrina para la resolución del caso del descendiente instituido heredero que premuere al testador dejando descendientes no contemplados en tal testamento.

En efecto, frente a quienes, no encontrando otra solución, han propugnado la aplicación directa del derecho de representación al caso estudiado, algunos autores han denunciado tal proceder diciendo que «la doctrina, al estudiar el problema que nos ocupa, suele plantear la cuestión sobre una base equívoca. Porque si de lo que se trata es de que en la sucesión testamentaria, al faltar un heredero, se den las mismas consecuencias prácticas que se producen en la sucesión intestada cuando juega el derecho de representación, lo lógico no es trasplantar precipitada y extemporáneamente una institución que tiene su asiento en el campo de la sucesión intestada al terreno de la testamentaria, sino ver si es posible llegar a aquellas consecuencias prácticas mediante una adecuada interpretación de la voluntad del testador»²⁷⁰. «El planteamiento acertado de la cuestión –se ha dicho– no estriba en estudiar si el derecho de representación puede aplicarse a la sucesión testamentaria, sino en llegar a las mismas consecuencias prácticas, cuando sea posible, por vía de interpretación de la voluntad del testador y mediante la admisión, en el caso concreto de que se trate, de la sustitución vulgar tácita»²⁷¹.

Este expediente de la sustitución vulgar tácita, aunque frecuentemente mezclado o confundido con el de la sustitución vulgar *ex lege*, es en verdad distinto. Pues aquel propugna también resolver

²⁶⁸ GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, p. 156. En este sentido, aunque tratando de los mayrazgos y por tanto de una forma en cierta medida incidental, ya Antonio GÓMEZ decía que «*jura quae admittunt repraesentatione, loquuntur & habet locum in successione quae provenit ex dispositione legis, non vero in successione quae provenit ex dispositione hominis*» (*Ad leges Tauri Comentarium absolutissimum*, Madrid, 1794, Ley XL, núm. 41).

²⁶⁹ Sobre esto *vid.* Juan JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958, pp. 94-107.

²⁷⁰ CÁMARA, *op. cit.*, p. 18.

²⁷¹ CÁMARA, *op. cit.*, p. 20.

el supuesto estudiado en clave de sustitución vulgar, pero con un fundamento distinto, lo que supone que su naturaleza y régimen sean asimismo distintos²⁷². Lo que esta otra explicación postula es tratar de averiguar por vía de interpretación si en el tenor del testamento, aunque sea oscuro en este punto, es posible reconocer una sustitución vulgar establecida por el causante a favor de los descendientes del descendiente llamado explícitamente por aquel en ese testamento pero premuerto²⁷³. Aquí por tanto no sería la ley la que establece la sustitución vulgar, sino el propio testador. Lo cual, naturalmente, lleva el tema a un terreno distinto y que escapa a la objeción antes señalada a la teoría de la sustitución *ex lege*.

La dificultad que se ha planteado tradicionalmente a esto, habida cuenta de las circunstancias del caso –la oscuridad del testamento en este punto–, es cómo apreciar que el causante ha establecido efectivamente tal sustitución vulgar en su testamento, y sobre todo cómo fundamentar la relevancia jurídica de tal voluntad. Responder a esto, se ha dicho, exige distinguir²⁷⁴. Porque una cosa es interpretar en el sentido de aclarar, de averiguar el preciso sentido de una disposición testamentaria oscura o ambigua, y otra cosa llenar la laguna que en este punto pueda tener un testamento mediante el recurso a la voluntad no expresada pero que se considera tácita del causante.

La primera no ofrece especial dificultad teórica (todo lo más, la admisibilidad o no del recurso a la prueba extrínseca²⁷⁵), aunque en la práctica pueda tenerla. «Las reglas del Código civil sobre interpretación de los testamentos –se ha dicho– no son obstáculo invencible para que pueda y deba ser buscada... la tácita voluntad del testador favorable al llamamiento de los descendientes del instituido, cuando esa voluntad pueda ser claramente inducida de los términos o la causa de la disposición»²⁷⁶. Esto es posible «cuando cabe conjeturar, a base de un *rationale vestigium voluntate* extraído

²⁷² Esta explicación, considerada en algunos trabajos casi anecdótica y sin sentido, ha tenido sin embargo importantes sostenedores.

²⁷³ Antes de la reforma de 1981, la idea de que la institución al descendiente más próximo permitía presumir instituidos también a sus descendientes fue defendida por NOVOA SEOANE, *op. cit.*, p. 146; y CRUZ AUÑÓN, *op. cit.*, pp. 554-555 (aunque el parecer de este último no nos queda del todo claro).

²⁷⁴ Así lo apunta, certeramente, CÁMARA, *op. cit.*, pp. 21 ss.

²⁷⁵ Sobre la admisibilidad del recurso a la prueba extrínseca, *vid.* JORDANO, *op. cit.*, pp. 47-55.

²⁷⁶ CASTÁN, *op. cit.*, p. 173. En el mismo sentido la STS 6-12-1952 (RJ 2430/1952), Cdo. 7. Como ejemplo de esto, CÁMARA apunta (*op. cit.*, p. 22) el caso de un testador que tiene hermanos y sobrinos (hijos de hermanos premuertos), y que instituye herederos a sus hermanos y sobrinos, a los primeros por cabezas y a los segundos por estirpes. En este caso, dice CÁMARA, «parece claro que en caso de premorir al testador uno de los hermanos instituidos, dejando hijos, estos deben considerarse instituidos en el concepto de sustitutos de su padre».

del contexto del propio testamento, que el testador ha querido emplear la sustitución vulgar»²⁷⁷.

La segunda, en cambio, es otra cosa. Pues aquí, por hipótesis, no hay previsión concreta ninguna en el testamento sobre la cual proceder y a la que «enganchar» el resultado de una interpretación. Aquí de lo que se trata es de indagar si, aunque no haya sido plasmada en el testamento, ha existido una voluntad real del causante en el sentido de establecer una sustitución vulgar, y luego además, supuesto lo anterior, decidir si es posible dar relevancia jurídica a esa voluntad. Lo cual en términos generales se ha considerado tradicionalmente difícil de aceptar, aunque se hayan buscado fórmulas para lograrlo en algún caso.

Una de esas fórmulas ha sido recurrir al expediente creado por la Jurisprudencia que entiende que cuando un sujeto, en su testamento, instituye herederos a sus hijos, en la palabra hijos han de considerarse incluidos no solo los que lo son en sentido estricto (descendientes de primer grado) sino también los hijos de los hijos (descendientes de segundo o ulterior grado)²⁷⁸. Aunque esta fórmula no resulta siempre factible, pues se aplica solo cuando la institución de heredero a favor de los hijos se hace de forma genérica, no si se les instituye de forma nominal, que es el supuesto más frecuente.

Otra fórmula, partiendo de preceptos del Código en que el propio legislador llena ciertas lagunas frecuentes en los testamentos fijando la voluntad presumible del testador (arts. 765, 769, 770, 771 y 751 Cc), es admitir «que el intérprete utilice esas normas con... amplitud y acudiendo a la analogía pueda... llegar a una verdadera integración de una disposición testamentaria incompleta»²⁷⁹. Esta posibilidad se considera factible cuando el testador ha instituido a todos sus sucesores legales de un mismo

²⁷⁷ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, II, *op. cit.*, p. 278 (quien sin perjuicio de esto sabemos que rechaza en términos absolutos la aplicación del derecho de representación en la sucesión testada). En todo caso, conviene aquí advertir que para este autor la solución apuntada en el texto, aunque posible, debe emplearse con extrema cautela, por la propia índole de la misma: «no puede admitirse en buenos principios jurídicos –escribese respecto de lo que el testador guarde claro y absoluto silencio, pueda forcejear el legislador (o el intérprete) haciéndole decir lo que evidentemente calla. [...] ante la posibilidad de que el testador disponga la sustitución vulgar, cuando un testamento no la contenga explícita o implícitamente a favor de la estirpe de uno de los hijos instituidos... sería violentar la voluntad del causante querer llenar este silencio absoluto del testamento imponiendo una sustitución vulgar que no aparece por ninguna parte» (pp. 277-278).

²⁷⁸ Entre otras muchas, y aunque *obiter dicta*, *vid.* STS 6-12-1952 (RJ 2430/1952) Cdo. 2.º, y STS 7-6-1950 (RJ 1018/1950). Esta práctica hunde sus raíces en el Derecho romano: *Filii appellatione omnes liberos intelligimus* (Digesto, Lib. L, Tít. XVI, ley LXXXIV). Y ha sido defendida como posible solución en este tema por CASTÁN, *op. cit.*, pp. 138 y 155 ss.; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado...*, *cit.*, pp. 272-273); y CÁMARA, *op. cit.*, p. 21.

²⁷⁹ CÁMARA, *op. cit.*, p. 24.

rango, o a un grupo de ellos, sin discrepar de la regulación establecida por el legislador para la sucesión abintestato: en estos casos, se ha dicho, podrá acudirse a las normas de aquélla para interpretar o completar la disposición testamentaria, en lo que resulte oscura o insuficiente²⁸⁰. Aunque esto, se precisa, debe siempre hacerse con mesura, añadiéndose –para responder así a quienes lo apuntan como posibilidad²⁸¹– que «no hay en nuestro Derecho suficiente fundamento para sostener que toda disposición testamentaria deficiente deba ser interpretada o completada, a falta de elementos de hecho específicos, siguiendo la pauta señalada por el legislador para la sucesión intestada»²⁸².

Mediante estas fórmulas, y no obstante sus dificultades prácticas, algunos autores han apuntado –lo decíamos antes– que se pueden conseguir resultados semejantes a los que se obtendrían aplicando el derecho de representación a la sucesión testada (aunque no totalmente iguales, pues la operatividad de esas fórmulas depende de las circunstancias concretas de cada caso, y de lo que resulte de su interpretación²⁸³).

²⁸⁰ CÁMARA, *op. cit.*, p. 25.

²⁸¹ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios...*, cit., ad art. 562, t. II, pp. 17-18; CASTÁN, *op. cit.*, p. 140.

²⁸² CÁMARA, *op. cit.*, p. 24. En este sentido parece oportuno señalar que en el Proyecto isabelino de Código civil se decía (art. 562) que «la disposición hecha simple y generalmente a favor de los parientes del testador se entiende hecha a favor de los más próximos en grado, pero habrá lugar al derecho de representación con todos sus efectos, con arreglo al título siguiente». Y que GARCÍA GOYENA, al comentarlo, escribía que en tal caso debe operar el derecho de representación «aun cuando el testador llame a los parientes más cercanos», pues «en lo que no se contraría abiertamente la voluntad del testador, debe observarse el orden de la sucesión legítima, al que se presume que en todo lo demás quiso atemperarse» (*Concordancias, motivos y comentarios...*, cit., t. II, p. 17). Pero que eso no obstante, en su paso al definitivo Código civil se suprimió en esa norma el inciso final que hacía referencia al derecho de representación, de modo que hoy el precepto concordante –art. 751 Cc– contiene una disposición en la que no se alude siquiera a tal figura, lo que ha sido valorado por los comentaristas en el sentido de que este precepto no permite sustentar en él, en el caso considerado, el juego del derecho de representación (CASTÁN, *op. cit.*, pp. 155-157; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado II*, cit., pp. 272-275).

²⁸³ No obstante la semejanza dicha en cuanto al resultado, se subraya que no hay confusión entre esos expedientes, pues «es muy distinto sostener que el derecho de representación sea una institución común a la sucesión testada e intestada... a defender la posibilidad de que por vía de interpretación integradora de un testamento insuficiente pueda llegarse, en ciertos casos, a la aplicación, en una sucesión testamentaria, de las normas que otorgan y regulan el derecho de representación» (CÁMARA, *op. cit.*, p. 26). Entre una y otra fórmula apunta CÁMARA (pp. 26-27) varias diferencias, de las cuales destacamos la siguiente. Los que sostengan que el derecho de representación es una institución común a la sucesión testada y a la intestada, dice CÁMARA, tendrán que admitir que funcionará en todo caso de sucesión testamentaria, mientras el testador no lo haya excluido expresamente. En cambio, en el planteamiento apuntado eso solo resultará cuando la interpretación del testamento la consienta, en base a los elementos concretos que presente. Así por ejemplo, añade CÁMARA, si un testador instituye a dos hermanos disponiendo que la porción del primero de ellos, en caso de premorirle, pase a sus descendientes, y no diciendo nada del otro para igual supuesto, con el planteamiento dicho la sustitución tácita a favor de los descendientes del segundo hermano queda excluida, mientras que los que aceptan la procedencia del derecho de representación en caso de sucesión testada tendrán que aplicarlo.

Esas fórmulas, sin embargo, han sido objeto de numerosas críticas, aunque la mayor parte de ellas motivadas por un no del todo correcto entendimiento de la idea en que se basan, lo que lleva a atribuirles un contenido que realmente no tienen.

La más importante crítica que se les hace es que en esos casos no cabe apreciar sustitución vulgar tácita precisamente porque en ellos, por hipótesis, hay que partir de la base de que el testador no ha tenido voluntad ninguna en ese sentido: si no ha dispuesto nada en su testamento, se dice, será porque no lo ha querido (máxime si se trata, como en la práctica es el caso absolutamente habitual, de un testamento otorgado ante Notario, que sin duda habrá tenido cuidado de advertirle en ese sentido)²⁸⁴. Concluyéndose entonces que pretender resolver la situación de los descendientes de segundo grado buscando una sustitución vulgar tácita es una solución que, más que fundada en la voluntad tácita del testador, va en contra de la que este ha expresado, por lo que no puede aceptarse²⁸⁵.

²⁸⁴ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, II, cit., pp. 292-293.

²⁸⁵ A esta solución se le han hecho, también, estas otras críticas:

1. Que esta explicación implica que, llegado el caso, los nietos serán legitimarios por derecho propio aunque también, al concurrir con sus tíos, por estirpes, siendo así que resulta contradictorio concurrir por derecho propio al mismo tiempo que por estirpes, ya que las consecuencias son distintas: si es por derecho propio –se dice– el reparto de la herencia será entre todos y por cabezas; si es por estirpes, en cambio, la porción a repartir será solo la destinada inicialmente al descendiente premuerto, y entre sus descendientes (MADRINÁN VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 174). A esto se puede sin embargo responder en un doble plano. En primer lugar, que los sostenedores de esta explicación nunca han hecho especial hincapié en las nociones de suceder por derecho propio o suceder por estirpes. Y en segundo lugar, y principalmente, que tal crítica parte de un error, de clara impronta histórica pero superado hace ya muchos años. Pues no hay contradicción entre suceder por derecho propio y suceder por derecho de representación: el que sucede por representación sucede también por derecho propio, aunque la medida de su participación en la herencia se determine por estirpes.

2. Que esta explicación no permite abarcar todos los supuestos que en el art. 814.3 Cc deben tener cabida: «¿qué sucedería –se plantea– en aquellos supuestos en los que el descendiente premuerto haya quedado satisfecho en sus derechos legitimarios... mediante una donación *inter vivos*...? En estos casos –se dice– nos podremos encontrar ante un no preterido premuerto que ha dejado descendencia no contemplada por el testador y... no existe una nominación testamentaria en la que incluir la de los descendientes. ¿Se podrán considerar... preteridos? En principio –se contesta– ... no, ya que a la vista de los presupuestos de hecho es preceptiva la aplicación del art. 814.3, que considera inexistente la preterición. Sin embargo, la inexistencia de nominación testamentaria del no preterido en la que incluir a sus descendientes impediría... la aplicación de la norma, esto es considerar no preteridos a sus descendientes» (RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 342-343). A nuestro entender esta crítica no es válida por varias razones. En primer lugar porque se trata de una objeción que se plantea solo en un supuesto muy particular, no en todos los casos. En segundo lugar porque la misma dificultad que se denuncia se plantea si se considera que el mecanismo dispuesto en el art. 814.3 Cc es un derecho de representación, pues si lo que este hace es atribuir al representante lo mismo que el causante hubiera dejado al representado en su testamento, y en este caso en el testamento no hay llamamiento ninguno a su favor, ¿qué es lo que se atribuiría por representación a favor de los descendientes de ese descendiente? Y como tercera razón se puede decir que, si el descendiente premuerto ha recibido en vida, de manos del causante, bienes por valor igual o superior al que cuando la muerte del ascendiente se produce le hubiera correspondido en concepto de legítima, en este caso nada tie-

En una línea semejante pero más matizada, se ha sostenido que si bien en plano de principio no puede rechazarse absolutamente la posibilidad de una sustitución vulgar tácita, lo que en todo caso no procede es presumir, y más si se hace *iuris et de iure*, tal voluntad. Pues esto, más que interpretar la voluntad (tácita) del testador lo que hace es suplantarla o sustituirla, lo cual no es aceptable²⁸⁶.

¿Qué juicio nos merece esa solución que propugna escudriñar el testamento para ver si, mediante su interpretación, es posible apreciar en él una sustitución vulgar establecida por el testador a favor de los descendientes de su descendiente? Por nuestra parte pensamos que en línea teórica o de principio no cabe negar su posibilidad, aunque al estar sometida a los condicionantes de que una tal voluntad real del causante se pruebe suficientemente y de que haya base que de algún modo permita atribuir relevancia jurídica a la misma,

nen que reclamar, ni él (si hubiera estado vivo) ni sus descendientes (y pretender que en este caso hay preterición si no se han mencionado formalmente a esos descendientes de segundo grado, aunque sin tener que dejarles nada, es cosa de tiempos ya superados); y si los bienes recibidos por el descendiente primero fueran de valor inferior al que por legítima le hubiera correspondido, en este caso lo que podrán hacer sus descendientes es ejercitar, en calidad de herederos suyos, las oportunas acciones de suplemento o reducción. Por todo lo cual hay que estimar que esta crítica no es válida para rechazar esta explicación de la norma contenida en el art. 814.3 Cc.

3. Que en caso de que el testador hubiese destinado al descendiente premuerto una atribución de valor superior al que en concepto de legítima le hubiera correspondido, esta construcción supone hacer dos partes en esa atribución —la coincidente con la legítima, que se atribuiría por sustitución vulgar tácita, y la que excede de la legítima, que se distribuiría con arreglo a las normas de la sucesión intestada—, lo cual no se considera aceptable por dos motivos: uno, que ése es el efecto que antes de 1981 ocasionaba la preterición, cuya exclusión es precisamente lo que se pretendió con la reforma; y otro, que se trata de una solución poco acorde con la voluntad del causante manifestada en testamento, ya que la apertura de la sucesión abintestato supone una nueva distribución del haber hereditario, sustancialmente distinta de la prevista por aquel (RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 343). A esto se puede sin embargo contestar que el efecto contra el que esta crítica se dirige ha sido planteado únicamente por un autor (PINTO RUIZ, *op. cit.*, pp. 2683-2686), pero que la idea general de los demás sostenedores de esta explicación no propugna tal disociación de la atribución hecha por el causante al descendiente primero (premuerto), ni la ulterior destinación de cada una de esas partes por una vía distinta. Todo lo contrario: al considerar la idea de una sustitución vulgar tácita, esta explicación da un tratamiento unitario a lo que el testador ha destinado inicial y explícitamente a favor del descendiente premuerto, dirigiéndolo ahora, en su totalidad, a los descendientes de ese descendiente.

4. Que esta explicación supone una atribución directa, legal y forzosa de la legítima a los descendientes del descendiente premuerto, que no es testamentaria —porque el testamento nada dice a este respecto— ni abintestato —pues el testamento se mantiene, y no se trata de una parte del as hereditario de la que el causante no hubiese dispuesto—, y que una tal atribución no tiene cabida en nuestro Ordenamiento (RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 343-344). Esta objeción, sin embargo, no es atendible porque parte de una premisa incierta: lo que esta explicación supone es, precisamente, que esa porción hereditaria sigue el camino que se considera le ha marcado (aunque tácitamente) el propio testador mediante una sustitución vulgar a favor de los descendientes del descendiente premuerto. Esto es, una atribución voluntaria, testamentaria. Por tanto, se podrá no estar de acuerdo con esta explicación, pero en todo caso habrá de ser por consideraciones distintas de esta, ya que no se corresponde con la idea que esta explicación sostiene.

²⁸⁶ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 277-278.

esto hará en la práctica que su operatividad sea muy reducida. Pero además, y sobre todo, pensamos que esta solución ofrece poca o ninguna utilidad en orden a interpretar el art. 814.3 Cc. Pues la solución dicha, para poder aplicarse, no necesita el apoyo de ese precepto, en tanto que lo que plantea es simplemente una cuestión de interpretación; prueba de ello es que esa solución se planteaba y aplicaba ya antes de que en 1981 se reformara el Código y se introdujera ese nuevo precepto. Por lo que entendemos que la explicación del art. 814.3 Cc debe ser otra.

Volvemos entonces a la idea del derecho de representación establecido por disposición del legislador enteramente al margen de la voluntad del testador y sin contar con ella. ¿Es esto compatible con la norma del art. 814.3 Cc?

A nuestro juicio, la respuesta a esa pregunta ha de ser negativa. Lo que basamos en una doble consideración. Una, que el derecho de representación no es figura compatible con una sucesión voluntaria, cual es la de esa norma. Y otra, que es posible dar al mecanismo del art. 814.3 Cc una explicación distinta del derecho de representación, y plenamente ajustada a las circunstancias y características del caso.

La primera consideración se basa en lo que a lo largo del trabajo, en distintas ocasiones, hemos ido viendo sobre el derecho de representación –al analizar su historia, su configuración normativa actual, la sede sistemática en que se regula y su naturaleza jurídica–, todo lo cual evidencia que este derecho no es una figura propia de las sucesiones voluntarias sino de las legales. Recordamos eso a continuación, de forma resumida.

Empezando por el dato histórico, tenemos que este se muestra claro en este sentido, pues el derecho de representación, desde su origen en el primitivo Derecho romano, ha sido siempre una figura propia de las sucesiones legales, no de las sucesiones voluntarias. Esta valoración cuenta con el respaldo unánime de la doctrina, por lo que no resulta preciso que nos detengamos en este aspecto.

En cuanto a los datos positivos en nuestro Ordenamiento actual, tenemos que el apoyo que ofrecen al juego del derecho de representación en el ámbito de la sucesión testamentaria es poco o ninguno, salvo que se interpreten de un modo forzado e improcedente. Pues de los preceptos que se aducen en este sentido, como ya vimos, unos son descartables absolutamente (arts. 925 Cc y 17.2 Ley 17 de noviembre de 1940), otros afectan de modo tan tangencial (arts. 985.2 y 1.038 Cc) o son de interpretación tan oscura (art. 766 Cc) que no permiten sustentar en ellos tal pretensión, y otros, aunque efectivamente contemplan un derecho de representa-

ción operativo tanto en casos de sucesión intestada como en casos de sucesión testada (arts. 929, 761, 857 Cc) no sirven sin embargo para respaldar una postura afirmativa general en este sentido, porque se trata de casos en los que se atiende propiamente a la legítima, que es también una institución de naturaleza legal.

En cuanto al dato sistemático, tenemos que el núcleo de la regulación del derecho de representación se encuentra en el Código en los arts. 924 y siguientes, esto es, en sede de sucesión intestada. Sin que los arts. 761 y 857 Cc sean óbice en este sentido, pues como ya se ha dicho la representación que en ellos se considera atiende propiamente a la legítima, que es figura de naturaleza legal.

Y finalmente la naturaleza jurídica del derecho de representación, perspectiva que en parte es tributaria de las anteriores pero que en parte refuerza y consolida el resultado de las mismas, añadiendo nuevos argumentos. Pues si el derecho de representación es un llamamiento a suceder establecido por la ley no es posible, por su propia naturaleza, insertarlo en una sucesión de carácter voluntario sin trastornar completamente esta. Máxime cuando dentro de este ámbito, para conseguir el mismo resultado, se cuenta con un mecanismo paralelo: la sustitución vulgar. El hecho de que esté legalmente previsto el juego del derecho de representación también en algunos casos de sucesión testamentaria –lo repetimos una vez más– no obsta a lo dicho, pues se trata de casos puntuales justificados por la idea de garantizar que los hijos del representante reciban la legítima que la ley asigna a los descendientes, esto es una sucesión en cierta forma legal.

Todo lo cual fuerza a concluir que el derecho de representación es en nuestro Ordenamiento figura propia de las sucesiones legales, y por ello que su juego en el ámbito de las sucesiones testamentarias voluntarias no puede admitirse²⁸⁷. Y así, puesto que en el caso del

²⁸⁷ Por las razones dichas en el texto, resultan a nuestro juicio susceptibles de crítica los Ordenamientos que admiten la operatividad del derecho de representación en la sucesión testada (voluntaria) al mismo nivel que en la sucesión intestada (legal): así ocurre en Italia (art. 467.2 *Codice*-1942), en Portugal (art. 2040 *Código*-1966), en Aragón (art. 20.1 Ley 1/1999) y en Navarra (ley 309.2 Fuero Nuevo). Y nos parecen criticables, porque si bien resulta muy estimable el esfuerzo que han desplegado para atender al problema real que en esos casos se planteaba y darle una respuesta distinta a la de aplicarle el régimen de preterición, la solución por la que han optado resulta excesiva, por no haber tenido en consideración las características propias del derecho de representación y su ámbito natural de operatividad. Se ha querido alcanzar el resultado adecuado pero no se ha tenido el cuidado necesario para buscar el medio oportuno para ello (en contra de esto, rotundamente, ALBALADEJO, «La sucesión del descendiente ulterior...» *op. cit.*, pp. 761-762).

art. 814.3 Cc se trata de una sucesión voluntaria, entendemos que el recurso al derecho de representación no es aquí procedente²⁸⁸.

La segunda consideración en que se basa nuestra postura en este tema, es que es posible dar al art. 814.3 Cc una explicación distinta del derecho de representación, y compatible con las circunstancias y características específicas de ese precepto.

Para evidenciarlo es interesante empezar destacando que la doctrina dominante, para la inteligencia del expediente dispuesto en el art. 814.3 Cc, ha centrado la atención en la primera de sus dos proposiciones –que los descendientes del descendiente premuerto «representan a este en la herencia del ascendiente»– en detrimento de la otra proposición –«y no se consideran preteridos»–, que se interpreta en función de aquella. A nuestro juicio, en cambio, debe hacerse al revés.

A este respecto, pensamos que no cabe decir, como sin embargo se dice, que en el supuesto contemplado en el art. 814.3 Cc hay preterición pero no se le aplican su régimen y efectos, porque para evitarlo se establece un derecho de representación²⁸⁹. Esto, a nuestro juicio, no es aceptable. Pues por muy frecuentes que puedan ser los errores terminológicos del legislador, si este considerara que en el caso hay preterición es inconcebible pretender que en el mismo precepto y apartado diga que no se aplican sus efectos. Y sostener que hay preterición (porque el causante no ha dispuesto nada a favor de quienes son legitimarios suyos al tiempo de su muerte: los descendientes de segundo grado, por premoriencia del descendiente de grado primero) pero que no se aplica su régimen porque el legislador ha dispuesto un derecho de representación para hacer efectivos los intereses de aquellos, es un salto en el vacío para el que no hay base jurídica. Pues sea cual sea el concepto de preterición que se acoja, lo que en todo caso parece claro es que la misma no puede quedar excluida mediante el establecimiento, por parte del legislador, de un derecho de representación: si preterición es falta de consideración por parte de un sujeto a sus legitimarios, esto solo puede evitarse mediante una disposición voluntaria del causante hacia esos legitimarios²⁹⁰.

²⁸⁸ La impropiedad del derecho de representación en la sucesión voluntaria la ha afirmado repetidamente el T.S.: sobre esto, *vid.* las SS que a lo largo del trabajo se han ido citando, y en particular las de 22 de junio de 1931 (RJ 2098/1931), 7 de junio de 1950 (RJ 1018/1950), 6 de diciembre de 1952 (RJ 2430/1952), 18 de diciembre de 1962 (RJ 4897/1962) y 5 de julio de 1966 (RJ 3671/1966). Aquí solo hay que precisar que cuando el TS habla de sucesión testada, se está refiriendo propiamente a la sucesión voluntaria.

²⁸⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 82-88, 68-70 y 75-76; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 334; VATTIER, *Comentarios del Código civil...*, cit., p. 2229; MADRIÑÁN VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 173.

²⁹⁰ Normalmente un llamamiento mortis causa en ese sentido. Puede también evitarse la preterición si el causante ha hecho en vida atribuciones patrimoniales a favor de sus legitimarios; aquí, sin embargo, nos centramos en el llamamiento mortis causa, no solo por ser la hipótesis típica sino porque, con arreglo a la construcción que vamos a hacer, esas

Distintas son las cosas, en cambio, si la atención se centra en la otra proposición del art. 814.3 Cc, que dice que en este caso los descendientes del descendiente premuerto no se consideran preteridos (por el ascendiente testador)²⁹¹. Como hemos apuntado, excluir la preterición exige que haya habido un llamamiento del causante a favor de los legitimarios. En el caso, sin embargo, no lo ha habido, si nos atenemos al tenor literal del testamento. ¿Cómo conciliar esto con la idea de que los descendientes del descendiente premuerto no han sido preteridos?

La fórmula de la sustitución vulgar extraída de la interpretación de una disposición testamentaria oscura en su significado pero inequívocamente establecida, ya hemos dicho antes que en línea teórica no cabe descartarla, pero que tropieza con el obstáculo de su difícil operatividad práctica, por los requisitos a los que viene condicionada.

Se necesita otra fórmula, que permita excluir en ese caso la preterición y que además, no obstante venir dispuesta en una norma legal, sea compatible con una sucesión voluntaria. Pues bien, esa fórmula existe.

Se trata de valorar el art. 814.3 Cc en clave de norma de interpretación integradora de la voluntad del testador. No como norma estrictamente interpretadora de su voluntad oscura pero manifestada, que es cosa distinta, aunque habitualmente se las confunde. Sino como norma que establece una interpretación integradora de la voluntad del testador, considerando el legislador que la voluntad real y completa de ese testador no ha quedado suficientemente expresada en el testamento, y señalando el propio legislador el sentido de esa voluntad. Más concretamente: lo que el legislador ha pretendido con el art. 814.3 Cc es establecer que en este caso la voluntad real del testador, dado que no ha ordenado nada en sentido contrario o incompatible, ha de considerarse que ha sido instituir a los descendientes del descendiente explícitamente llamado en su testamento, en sustitución de este, para el caso de que premuera al causante-testador.

Esta explicación es coherente con el hecho de que en este caso los descendientes del descendiente premuerto no se consideren preteridos, aunque no hayan sido mencionados explícitamente por el ascendiente en su testamento. Porque, con ella, lo que el art. 814.3 Cc establece es que eso no obstante tales descendientes deben entenderse llamados, y llamados testamenta-

posibles atribuciones patrimoniales en vida son perfectamente integrables en esa explicación (*vid. infra* nota 295).

²⁹¹ Esto concuerda además con la sede en que esta norma se encuentra inserta, pues el art. 814 es el precepto que el Código civil dedica específicamente a regular la preterición.

riamente, aunque sea por interpretación integradora de la voluntad del testador. Y entonces, puesto que han sido llamados no han sido preteridos, y puesto que no ha habido preterición naturalmente no se aplican su régimen ni sus efectos. No es que, habiéndola, no se apliquen sus efectos (pretender esto es un artificio verdaderamente difícil de aceptar). Sino que esos efectos no se aplican porque no ha habido preterición, porque los descendientes del descendiente premuerto no se consideran preteridos sino llamados, aunque ese llamamiento sea por efecto de interpretación integradora –legalmente predispuesta– de la voluntad del testador²⁹².

La diferencia entre esta explicación y la muy semejante que antes quedó expuesta es que la que nosotros proponemos no depende de la interpretación de las circunstancias concretas concurrentes en cada caso, sino que esa interpretación integradora viene establecida por la ley, lo que facilita extraordinariamente su operatividad.

Esa explicación, por otra parte, no plantea ninguna dificultad para aplicarle el régimen que comúnmente se considera propio del art. 814.3 Cc, pues con ella ese régimen sigue siendo sustancialmente el mismo. Esto es, que el llamamiento dispuesto en el precepto solo procede en relación con descendientes de descendientes; solo en caso de premoriencia del descendiente de grado más próximo al testador (por tanto, no en casos de indignidad, desheredación o repudiación de este²⁹³); y solo si el testador no ha dispuesto nada para ese caso ni ha establecido ninguna otra disposición incompatible con el resultado de tal integración (pues en tales casos esta quedaría excluida *ex art.*

²⁹² En esta línea parece orientarse también la norma contenida en el § 2.069 B.G.B. En él se dispone lo siguiente: «(Abkömmlinge des Erblassers) Hat der Erblasser einen seiner Abkömmlinge bedacht und fällt dieser nach Errichtung des Testament weg, so ist im Zweifel anzunehmen, dass dessen Abkömmlinge insoweit bedacht sind, als sie bei der gesetzlichen Erbfolge an dessen Stelle treten würden» (Si el testador hubiese llamado a uno de sus descendientes y este muere después de hecho el testamento, se admitirá, en caso de duda, que sus descendientes están llamados en la medida en que puedan entrar reemplazándole en el orden de la sucesión legal). Sobre el § 2.069 BGB, vid. OTTE –en Staudingers Kommentar zum BGB., 12.^a ed., Berlin, 1989–, quien en el n.º 1 de su comentario sostiene primero que «die Vorschrift enthält eine Regel der ergänzenden Testamentsauslegung» (lo que involucra interpretación e integración, como él mismo reconoce), y luego afirma que este parágrafo «stellt... eine Parallele zum Eintrittsrecht des § 1924 Abs 3 dar». En el mismo sentido LEIPOLD (*op. cit.*, § 2069, núm. 1), que primero dice que «die Vernüpfung mit dem Willem des Erblassers zeigt, dass es sich um eine Auslegungsregel handelt», pero poco después añade que esa norma «stellt eine der wichtigsten Wurzeln des allgemeinen Rechtsinstitut “ergänzende Testamentsauslegung” dar» [este § 2069, por otra parte, según LEIPOLD no solo se aplica al caso de premoriencia del llamado (*op. cit.*, § 2069, núm. 9) sino también en caso de repudiación (núm. 13) y de indignidad (núm. 14) de este].

²⁹³ Vid. nota 238.

814.5 Cc²⁹⁴). En cuanto a la medida de la atribución, la explica-

²⁹⁴ En esta misma línea resuelve el *Codice* italiano de 1942 (art. 467.2: «*Si ha rappresentazione nella successione testamentaria quando il testatore non ha provveduto per il caso in cui l'istituto non possa o non voglia accettare l'eredità o il legato...*»). Y el portugués (art. 2040.2: «*A representação não se verifica: a) Se tiver sido designado substituto ao herdeiro ou legatário*»). En España, en el Derecho foral de Aragón el juego del derecho de representación (sustitución legal) se establece «*salvo previsión en contrario del disponente*» (art. 19 ley 1/1999). Y en Navarra se dice igualmente que el causante «*podrá... excluirlo en cualquier caso*» (ley 309 Fuero Nuevo), y que «*toda sustitución vulgar excluye el derecho de representación*» (Ley 221). Dicho esto, recordamos entonces lo que quedó apuntado al señalar los diferentes efectos que se dice tiene la alternativa entre sustitución *ex lege* y derecho de representación: si se trata de sustitución *ex lege*, vimos que se decía, esta debe ceder ante otra sustitución que haya establecido el testador (si es de sentido o contenido incompatible con aquélla), pero si se trata de derecho de representación este debe prevalecer, pues es figura de carácter imperativo (VATTIER, *Comentarios del Código civil*, del Ministerio de Justicia, Madrid 1991, t. I, ad art. 929, p. 2229). Esto último, a tenor de lo señalado en el texto, no es correcto, pues choca con lo dispuesto en el propio art. 814.5 Cc. Aunque esa diferencia entre una figura y otra no es tampoco comúnmente aceptada entre los partidarios de entender el art. 814.3 en clave de derecho de representación, habiendo entre estos muchos que en base al citado art. 814.5 Cc sostienen la prevalencia de otra disposición del testador, si la hubiera [entre estos autores, ahora bien, tampoco hay una idea única, pues mientras unos aceptan la total prevalencia de esa otra disposición, la mayoría la limita solo a la parte de la atribución que exceda de su legítima, ya que en relación con esta se considera que el derecho de representación del art. 814.3 Cc seguiría operando (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 168-175; BOLAS, *op. cit.*, p. 207; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 351-357; en este sentido se orienta también la doctrina italiana al comentar el art. 467 del *Codice civile* de 1942: *vid.* FERRI, en *Commentario del Codice civile*, de Scialoja-Branca, 3.^a ed. Bolonia 1997, arts. 456-511, ad art. 467, pp. 218-219; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 2.^a ed. Milán 2002, t. I, p. 149). Otros distinguen según que la otra disposición la hubiera hecho el testador con o sin conocimiento de que el descendiente luego premuerto tenía a su vez descendientes (REY PORTOLÉS, *op. cit.*, pp. 357-358; GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, pp. 161-163). Para buena visión general de este tema, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 163-164 y 167-175].

En todo caso, eso dicho, toca ahora plantearse en qué posición quedan entonces, con nuestra explicación, los descendientes del descendiente premuerto, si el ascendiente en su testamento, además de no llamarlos explícitamente, ha establecido alguna disposición incompatible con la fórmula dicha. ¿Cómo se atienden aquí los intereses de esos descendientes que ahora, por premoriencia de su padre, son legitimarios per se en la herencia del abuelo? La cuestión es ardua pero no impide la solución propuesta por nosotros en el texto, por varias razones. En primer lugar porque esa dificultad se plantea igual si se considera que el mecanismo empleado en el art. 814.3 Cc es un derecho de representación en sentido propio, y la solución al respecto, como ya hemos apuntado más arriba en esta misma nota, no es unánime, sino que las propuestas son variadas y contradictorias. Y en segundo lugar, y principalmente, porque la protección de los intereses de esos legitimarios no se ve impedida con la explicación que hemos propuesto. La diferencia es que su salvaguarda no será a través del art. 814.3 Cc, que a nuestro entender circunscribe su operatividad al caso de premoriencia del descendiente de primer grado no preterido sin que el ascendiente haya contemplado explícitamente en su testamento a los descendientes de ese descendiente y sin que tampoco haya establecido en su testamento ninguna disposición sobre el destino ulterior de lo atribuido a aquel descendiente, para el caso de que éste fallara. Pero eso no supone, repetimos, que los intereses de los descendientes de segundo grado ahora legitimarios queden desatendidos. Lo único es que, para ello, habrá que acudir ahora, dentro del mismo art. 814 Cc, a sus apartados 1 y 2, considerando que esos descendientes han sido preteridos y por tanto que procede aplicar el régimen y efectos de la preterición. Es verdad, se podría decir en contrario, que también este caso cae bajo el supuesto de hecho del art. 814.3 Cc, porque el descendiente de grado primero no ha sido preterido. Pero esto creemos debe descartarse si atendemos al supuesto que tradicionalmente había sido objeto de discusión en este tema, a los antecedentes del precepto y a las propuestas que en la doctrina se habían hecho para la reforma del mismo, todo lo cual apunta claramente a que el supuesto

ción propuesta supone que los descendientes del descendiente premuerto recibirán lo mismo que estaba destinado inicialmente a este (no se circunscribe por tanto a la legítima), aunque naturalmente tendrán que colacionar lo que su padre o ellos mismos hubieran recibido del causante en vida²⁹⁵. En cuanto a su operatividad en caso de repudiación, lo dejamos ahora sin contestar, remitiéndolo al apartado siguiente.

En definitiva, unos efectos sustancialmente iguales a los que se producen interpretando el art. 814.3 Cc en clave de derecho de representación. Esta última sin embargo, aunque en el terreno de sus efectos prácticos funcione, no procede en el terreno de la teoría o de los principios. Pues sobre la base de que en el art. 814.3 Cc se trata de un supuesto de sucesión voluntaria, admitir eso supondría trastocar enteramente la naturaleza de las figuras de nuestro Derecho sucesorio²⁹⁶.

Se trata, por tanto, de una explicación perfectamente conciliable con el art. 814.3 Cc, ya que aunque sea una fórmula de origen legal, al tratarse de una norma de interpretación integradora es compatible con el hecho de tratarse de una sucesión voluntaria²⁹⁷.

en que al redactar el art. 814.3 Cc se estaba pensando era el dicho, y no otro. El supuesto de hecho de esta norma se caracteriza porque el testador, en sus disposiciones, ha atendido solo al descendiente de primer grado y no a los descendientes del mismo, porque no ha pensado siquiera en la posibilidad de que aquel le premuera. En el caso ahora considerado, en cambio, el testador ha pensado en esa posibilidad y ha dispuesto el destino ulterior de esa atribución, solo que en un sentido distinto de dirigirla a los descendientes de ese descendiente. Por eso creemos que aquí no cabe acudir, para salvaguardar los intereses de éstos, a una interpretación integradora de la voluntad del testador, pues su voluntad ha manifestado claramente qué hacer en caso de premoriencia del descendiente primero. Hay que acudir a las normas de la preterición (aunque distinguiendo, en función de las circunstancias, si ha sido intencional o no). Este nos parece que es el resultado procedente (así también BOLAS, *op. cit.*, p. 207). Que por otra parte, si bien se mira no supone una mala solución para esos descendientes ulteriores, sino todo lo contrario. Piénsese así que, si se aplicara en ese caso la solución que propone la doctrina mayoritaria –mantener el derecho de representación pero circunscrito a la legítima, y en lo restante dar curso a esa disposición alternativa del testador– la posición de esos descendientes se vería reducida al mínimo legal. Mientras que si se aplican las reglas de la preterición su posición podrá verse limitada a la legítima (en caso de ser intencional: art. 814.1 Cc) pero podrá también resultar mayor (en caso de no ser intencional: art. 814.2 Cc).

²⁹⁵ Lo dicho supone que si el ascendiente, en vida, hubiera atribuido algo al descendiente que le premuere o a los descendientes de ese descendiente, eso no impide la explicación propuesta del art. 814.3 Cc. Lo único es que, llegado el momento de la muerte del abuelo, los descendientes del descendiente deberán colacionar tanto lo que hubiera recibido este como lo que ellos mismos hubieran recibido, *ex art.* 1.038 Cc (*vid. supra* nota 118). Y si la disposición a favor del descendiente primero no fuera suficiente para cubrir lo que por legítima le corresponde, sus descendientes podrán ejercitar las oportunas acciones de complemento o reducción.

²⁹⁶ Así lo denunciaba ya (aunque en el marco de su idea de la *successio graduum*, y naturalmente sin referirse al art. 814.3 Cc, que es de fecha posterior) ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, II, cit., p. 276. También CRUZ AUÑÓN, *op. cit.*, p. 554. Más recientemente, aunque tomándolo como hecho consumado, también VATTIER «El derecho de representación», en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia 2006, pp. 545-546).

²⁹⁷ Desde esta perspectiva se puede responder a la objeción que en contrario formula ALBALADEJO «La sucesión del descendiente ulterior...», *op. cit.*, p. 764) cuando afirma «que

Y además, al venir sustentada en una norma, esta explicación no se enfrenta a las objeciones que ya hemos visto se hacen a las explicaciones en clave de norma estrictamente interpretadora de la voluntad del testador²⁹⁸.

Dicho lo cual, resulta entonces que esta explicación encaja perfectamente con la norma del art. 814.3 Cc, y que no choca con ninguna de las perspectivas desde las que este se quiera enfocar: antecedentes, propuestas doctrinales, *iter* parlamentario, etc. Vemos esto a continuación.

Partimos de la base –al igual que han hecho muchos otros, también entre quienes lo explican en clave de derecho de representación– de que en la reforma de ese precepto en mayo de 1981 la idea principal que preocupaba al legislador era evitar la aplicación del régimen de preterición al caso estudiado, y no tanto el expediente técnico a emplear para conseguirlo. Y a ello le sumamos, tal como a lo largo de este punto hemos ido viendo, que ni las propuestas de la doctrina previas a tal reforma ni los trabajos habidos durante el trámite parlamentario se orientaban de forma unánime e inequívoca a favor de establecer una solución basada en el derecho de representación. Resultado de lo cual es –ni más, ni menos– que quedamos con un cierto margen de maniobra en orden a explicar el mecanismo de funcionamiento del art. 814.3 Cc, sin estar férreamente atados por la letra del precepto.

Pues bien, ese margen de maniobra entendemos que puede y debe aprovecharse en el sentido de encontrar una explicación del citado mecanismo que sea compatible con una sucesión voluntaria, como es la del art. 814.3 Cc. Esa explicación es la que hemos dicho: valorar el art. 814.3 Cc en clave de norma de interpretación integradora de la voluntad del testador²⁹⁹. Siendo así, además, que esa explicación no es desconocida en nuestra doctrina, pues son

la suplencia de un heredero por otro puede estar dispuesta bien como sustitución o bien como representación;... que esta la puede establecer el testador o la ley... pero que aquella no hay ningún caso en que la establezca la ley». Además, la explicación expuesta en el texto no choca con el art. 766 Cc sea cual sea la interpretación que se le dé, pues según nuestra idea en el art. 814.3 Cc no se trata ni de *ius repraesentationis* ni de *ius transmissionis*.

²⁹⁸ Ejemplo de esto son los arts. 765, 769, 770, 771 y 751 Cc, que más arriba hemos visto citados por CÁMARA como fórmula posible para dar solución al caso considerado (*vid.* también JORDANO, *op. cit.*, pp. 56 y 106-107). En otro orden de cosas podríamos aquí hacer un paralelismo con lo que ocurre en sede de contratos, donde ocurre algo semejante (no igual, porque ahí esas cláusulas han de ser probadas y en nuestro caso no, porque viene así dispuesto por ley) cuando en aplicación del art. 1287 Cc se integra un contrato con las cláusulas usuales en el lugar de su celebración, no obstante no haber sido incluidas de forma explícita. Esto no altera la naturaleza de ese contrato, que sigue siendo un negocio voluntario, fundado en la voluntad de las partes.

²⁹⁹ Esto concuerda además con la práctica jurisprudencial que considera que en la palabra hijos han de entenderse incluidos también los hijos de los hijos, con la diferencia de que ahora no se exige el requisito –que la jurisprudencia, en cambio, sí establecía– de que los hijos sean designados de forma genérica, no nominativa.

varios los autores que la han vislumbrado, aunque no hayan llegado a explicarla y llevarla a sus últimas consecuencias³⁰⁰.

4.2 Derecho de representación y repudiación, en caso de sucesión testada. Nuestra postura

Llegados a este punto ha quedado dicho que a nuestro entender el derecho de representación no tiene juego en nuestro Ordenamiento, en términos generales, en el ámbito de la sucesión testamentaria. Porque siendo una figura propia de las sucesiones legales, no se puede trasplantar a las sucesiones voluntarias.

Esto, ahora bien, hay que precisarlo, porque la legítima es también una figura de naturaleza legal, y el llamamiento a la misma se puede hacer lo mismo a través de sucesión intestada que testamentaria. De hecho, como sabemos, eso es lo que explica y justifica que en el Código esté previsto el juego del derecho de representación en casos de indignidad y desheredación del descendiente de grado primero, aunque se trate de una sucesión deferida testamentariamente. Porque en esos casos el legislador ha estimado que los descendientes de segundo grado tienen derecho a recibir la legítima y que esta no debe verse impedida por actos personales del descendiente de primer grado, articulando por consecuencia, para hacerlo efectivo, un derecho de representación a su favor, aunque no igual al regulado en los arts. 924 ss. Cc sino circunscrito a la legítima.

La cuestión que ahora planteamos es qué ocurre en caso de que el descendiente de grado primero instituido por su padre en testamento como heredero repudie esa herencia, cuando tiene (aquel) hijos y el testador no ha previsto ese supuesto disponiendo una sustitución vulgar a favor de ellos. Se trata de un supuesto sin regulación expresa en nuestro Derecho. ¿Cuál es la respuesta legalmente procedente en este caso?

A nuestro entender, y no obstante esa falta de regulación, la respuesta es exactamente la misma que en su momento hemos sostenido para el caso de repudiación producida en el marco de una sucesión deferida abintestato. Esto es, que los descendientes del descendiente repudiante pueden concurrir a la herencia de su abuelo y tienen derecho a recibir, por representación, lo que a su padre

³⁰⁰ BOLAS, *op. cit.*, p. 207; CÁMARA, *op. cit.*, pp. 26 ss. Pero también entre quienes sostienen la interpretación del art. 814.3 Cc en clave de derecho de representación: RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 360 y 341; MADRIÑÁN VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 177; LANZAS GALVACHE y RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 950 *in fine* y 951, aunque con toda probabilidad sin plena conciencia de ello.

hubiera correspondido en esa herencia en concepto de legítima (no todo lo que a su padre hubiera destinado su abuelo, sino solo lo que en concepto de legítima le hubiera correspondido³⁰¹).

Y la razón es también la misma³⁰². Esto es, que lo que aquí está en juego es el derecho a recibir la legítima que la ley reconoce a los descendientes, que es un interés de orden superior en nuestro Derecho sucesorio actual, y que por tanto no puede verse impedido ni obstaculizado por un hecho personal del descendiente de grado más próximo. La repudiación por parte de un sujeto a la herencia a él deferida, sea por vía intestada o testada, impide que esa herencia llegue a sus descendientes en lo que excede de la parte de legítima, pero no ocurre lo mismo con esta, que sí podrán recibir por derecho de representación.

Y el expediente técnico adecuado para ello, como también hemos apuntado ya, es el derecho de representación. Así resulta procediendo por analogía sobre lo dispuesto en los arts. 761 y 857 Cc. Que, recuérdese, valen tanto para la sucesión intestada como para la testamentaria.

Esto dicho, ahora bien, la cuestión no puede darse por enteramente terminada. Pues queda todavía precisar cuál es la medida de esa legítima: ¿legítima corta o estricta, o legítima larga incluyendo por tanto la mejora? Esta cuestión, que en caso de sucesión intestada es fácil pensar que no tiene relevancia, sí la tiene sin embargo en caso de sucesión testamentaria. ¿Cuál es la solución adecuada? A favor de cada una de las dos opciones mencionadas se pueden aducir los siguientes argumentos³⁰³:

A favor de la legítima corta se puede apuntar que la mejora es una atribución de carácter voluntario y libre por parte del testador, por lo que desde este punto de vista se asemeja más a la parte de libre disposición que a la legítima³⁰⁴, siendo así que en aquella no

³⁰¹ Aunque no pueden citarse como apoyo a la tesis que propugnamos, tampoco resultan incompatibles con la misma todas las SSTs que han sostenido que en la sucesión testada no cabe la representación, salvo en lo atinente a la legítima: 22 de junio de 1931 (RJ 2098/1931), 7 de junio de 1950 (RJ 1018/1950), 18 de diciembre de 1962 (RJ 4897/1962), 5 de julio de 1966 (RJ 3671/1966). A título de ejemplo, transcribimos lo afirmado por el T.S. en la importante S. 6 de diciembre de 1952 (RJ. 2430/1952), en la que se dice que «el art. 766 no contradice, sino que confirma, la tesis expuesta de que en nuestro Derecho constituido no se da acceso al derecho de representación en la porción libre...». Como apuntábamos, tales palabras no se utilizaron con intención de respaldar la tesis que aquí estamos estudiando, pero eso no obstante es reseñable el fácil encaje que ese entendimiento de la norma tiene con nuestra propuesta, distinguiendo dentro de la herencia entre legítima y no legítima.

³⁰² Sobre esto, *vid. supra* 3.2.

³⁰³ Para una visión general, SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pp. 458-459; MENA-BERNAL, *op. cit.*, pp. 126-127; MADRIÑÁN, *op. cit.*, pp. 146-149.

³⁰⁴ «El mejorado –ha dicho en este sentido ALBI AGERO, *op. cit.*, p. 119–, en cuanto a la mejora, debe ser reputado heredero voluntario, porque el testador era libre de mejorarle o no». También CASTÁN, *op. cit.*, p. 153; CÁMARA, *op. cit.*, p. 30; VATTIER, *op. cit.*, p. 280. En

procede el derecho de representación³⁰⁵. Se puede señalar también que la mejora es un beneficio que el causante hace a uno de sus descendientes con carácter personal y que ha de disponerse por el testador de forma expresa, por lo que no es admisible que pueda luego acabar, a través del derecho de representación, en manos de otro descendiente distinto³⁰⁶. Abundando en lo dicho, se puede añadir además que en nuestro Ordenamiento el otorgamiento de derecho de representación en relación con persona viva es cosa que el legislador ha dispuesto fundamentalmente por motivos de piedad, por lo que no debe interpretarse extensivamente.

A favor de la legítima larga cabe argumentar que la mejora forma parte de la legítima³⁰⁷, que en ella no procede el derecho de acrecer (art. 985 Cc), y por tanto que debe caer bajo la operatividad del derecho de representación. Además, se puede apuntar que el carácter expreso y personal de la mejora no es incompatible con que el derecho de representación pueda aplicarse a ella, «pues si se parte de la base de que la cuota de mejora forma parte de la legítima, en la cual la representación se da por mandato de la ley, el beneficio de la mejora se extiende naturalmente y sin perder su carácter personalísimo a los descendientes del mejorado, que la reciben ocupando el lugar de este»³⁰⁸. Y finalmente se puede destacar también que lo que los arts. 761 y 857 Cc atribuyen a los descendientes del descendiente indigno o desheredado es la legítima,

la Jurisprudencia, *vid.* STS 6 de diciembre de 1952 (RJ 2430/1952) y RDGRN 14 de agosto de 1959 (RJ 3354/1959).

³⁰⁵ Abundando en esta idea, y para responder al argumento en contrario traído del art. 985 Cc (que en la legítima no procede el derecho de acrecer ex art. 985 Cc, por lo que el derecho de representación es la única vía para dar salida a este caso), afirma ALBI ÁGERO en p. 118 que en el caso de mejora sí procede el acrecimiento, pues «aunque el art. 985 solo se refiere al caso de vacar la parte de libre disposición, para que tenga lugar el derecho de acrecer entre herederos forzosos, no puede decirse que lo excluya cuando la parte vacante sea la mejora, porque si bien esta forma parte de la legítima, en ella tiene libertad el testador para dejarla a uno o a varios descendientes legítimos, y si la dejó a dos o más de ellos, y no a todos, se dan los caracteres necesarios para que tenga lugar el derecho de acrecer (...) debiendo interpretarse el art. 985... en el sentido de que entre herederos forzosos solo tendrá lugar [el derecho de acrecer] cuando la parte de libre disposición, considerada esta frase en sentido amplio de porción de que el testador puede disponer, se deje a dos o más de ellos, si se trata de mejoras, o a dos o más de ellos, o a alguno de ellos y a un extraño, si se trata de legados». En sentido semejante la RDGRN 14 de agosto de 1959 (RJ 3354/1959). *Vid.* también LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, t. I, *Parte general*, Barcelona 1971, p. 82.

³⁰⁶ Así SÁNCHEZ ROMÁN, MANRESA, LACOSTE, DE BUEN, VALVERDE, etc. (*vid.* cita de autores en CASTÁN, *op. cit.*, 154, nota 1; y en MADRIÑÁN, *op. cit.*, p. 147, nota 33). En la Jurisprudencia, *vid.* STS 6 de diciembre de 1952 (RJ 2430/1952) y RDGRN 14 de agosto de 1959 (RJ 3354/1959).

³⁰⁷ En nuestro Derecho actual –se ha dicho con ocasión de estudiar el derecho de representación–, la legítima de los descendientes la integran dos terceras partes del haber hereditario (art. 808.1 Cc), y a esa consideración unitaria no obsta la circunstancia de que se pueda disponer de una de esas dos partes para aplicarla como mejora (ESCOBAR DE LA RIVA, *op. cit.*, pp. 207-208; LACRUZ, *Notas al Derecho de Sucesiones*, de BINDER, *cit.*, p. 164).

³⁰⁸ CASTÁN, *op. cit.*, p. 154.

sin añadir ninguna precisión o recorte, por lo que no hay razón para reducirla a la legítima estricta sino que su extensión debe ser la que marca el art. 808.1 Cc: dos terceras partes del haber hereditario³⁰⁹.

Los anteriores son, en síntesis, los elementos de este debate. ¿Qué decimos nosotros al respecto? Nuestro parecer, lógicamente, es tributario de las conclusiones que a lo largo del trabajo hemos alcanzado.

Y así, por lo pronto, entendemos que en esta cuestión es preciso distinguir según se trate de sucesión intestada o testada.

Pues si se trata de sucesión intestada no tiene sentido hablar de legítima estricta y de mejora. Aquí la legítima de los descendientes son dos tercios del haber computable del ascendiente causante³¹⁰, y sobre esos dos tercios, por tanto, hay que calcular lo que por representación corresponde a los descendientes del descendiente vivo al tiempo de la muerte del causante pero que no hereda por causa imputable a él. La letra de los preceptos correspondientes del Código (arts. 761 y 857), en tanto que se refieren a la legítima sin precisar nada más, avalan esta solución: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

La solución es distinta si se trata de sucesión testada y estamos ante un caso de indignidad, desheredación o repudiación³¹¹. Aquí, como ya hemos dicho, nuestro Ordenamiento sí confiere derecho de representación a los descendientes de ese descendiente, como medio para que puedan recibir la legítima que nuestro Derecho establece a favor de los hijos y descendientes. Pero entonces la pregunta es: ¿legítima corta o larga³¹²?

³⁰⁹ ESCOBAR DE LA RIVA, *op. cit.*, pp. 208-209; SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pp. 458-459; MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, pp. 251-252.

³¹⁰ Ya hemos apuntado más arriba en el trabajo que en la sucesión intestada hay también legítima, aunque por lo común quede oscurecida tras el llamamiento abintestato. Pero que eso no obstante la legítima existe en este caso, y que si las circunstancias lo requieren puede jugar su papel propio.

³¹¹ En la sucesión testada, como hemos visto antes en el trabajo, no cabe hablar de derecho de representación en términos generales. Pues lo que el art. 814.3 Cc establece no es un verdadero derecho de representación, sino una integración legal del llamamiento voluntario (testamentario) que el causante ha hecho a favor del descendiente más próximo, extendiéndolo a los descendientes ulteriores de ese descendiente (si el testador no ha dispuesto en su testamento nada incompatible con ello). Y su medida, por tanto, no tiene ninguna relación con la legítima, sino que viene dada por la que en el caso tuviera el llamamiento hecho al descendiente de grado más próximo. Dicho esto, no hay entonces dificultad ninguna para admitir que lo que los descendientes ulteriores puedan recibir en virtud del art. 814.3 Cc comprenda, además de la legítima, también lo que en concepto de mejora (o incluso de libre disposición) hubiera destinado el causante al descendiente más próximo. Y mucha menos dificultad aún hay para entender que si el causante no ha mejorado a nadie, la legítima correspondiente a esos descendientes ulteriores se calculará por referencia a los dos tercios. Así lo entendió también LACRUZ en sus Notas al *Derecho de Sucesiones*, de BINDER, cit. (p. 164), aunque posteriormente parece –si bien esto no nos queda claro– haber cambiado de opinión, reduciéndola a la legítima corta (*Derecho de Sucesiones*, t. I, *Parte general*, Barcelona 1971, p. 81).

³¹² En este punto, en la doctrina anterior a la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981 se introdujo en el debate otra cuestión, que versaba sobre si en nuestro

La respuesta creemos que precisa distinguir según que el testador haya establecido o no mejoras en su testamento.

Pues como hace ya más de medio siglo apuntó Cámara al estudiar este tema, es erróneo considerar que la herencia de todo causante que tiene hijos está siempre dividida en tres tercios –de legítima estricta, de mejora y de libre disposición–. «Si el testador no ejercitó la facultad de mejorar –dice Cámara–, los dos tercios de la herencia son legítima, y por tanto, de admitir el derecho de representación con relación a ella, no tiene sentido restringir su aplicación al tercio de legítima estricta (ya que la distinción entre tercio de legítima estricta y tercio de mejora es intrascendente en estos casos)»³¹³. En este caso, por tanto, el derecho de representación da a los descendientes del descendiente representado, derecho a recibir lo que corresponda atendiendo a la legítima en sentido amplio³¹⁴.

Distinto es si el testador ha dispuesto mejoras en su testamento.

Desde luego, si las ha hecho pero a favor de otro hijo distinto del representado, esas mejoras serán válidas y la legítima que por

Ordenamiento pueden darse o no a favor de una misma persona, simultáneamente, dos llamamientos: uno forzoso y otro voluntario. La postura afirmativa buscaba con ello una doble finalidad: por un lado salvar el obstáculo derivado del discutido juego del derecho de representación en la sucesión testada, y por otro explicar por qué en los casos de representación de persona viva la atribución se limita a la legítima estricta, dejándose fuera la parte de mejora en caso de que el causante la hubiera dispuesto a su favor. «Si el testador mejoró a alguno de sus hijos o descendientes –se decía–, el tercio de mejora... ya no es legítima propiamente dicha en lo que se refiere al título en virtud del cual recibe la mejora el mejorado, puesto que su derecho a la mejora... dimana de la voluntad del testador» (VATTIER, *op. cit.*, p. 280; MANRESA; SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 267; STS 6 de diciembre de 1952, RJ 2430/1952). Por eso –se pensaba– cabe la representación en la sucesión testada, aunque circunscrita a la legítima y sin alcanzar a la mejora. Esta idea, ahora bien, fue contestada por otros autores, aduciendo que un sujeto no puede presentar esa doble personalidad cuando sucede a un mismo causante, en un mismo patrimonio y en virtud de un solo título testamentario. En el caso señalado, dice GIMÉNEZ ARNAU, «no se puede admitir que la voluntad sea solo en parte fuente de la sucesión y en parte no; por el contrario, esa voluntad lícitamente manifestada es el origen de toda la sucesión. (...) La voluntad del testador, y solo esta voluntad... es la que determina el *quid* y el *quantum* del derecho hereditario; solo esa voluntad es la que rige la sucesión patrimonial *mortis causa*. (...) Solamente cabría hablar de heredero a la vez voluntario y forzoso –añade GIMÉNEZ ARNAU– cuando el testador no hubiera regulado la sucesión en la totalidad de su patrimonio. Y aun en tal supuesto cabría mejor decir que el heredero era en parte testamentario y en parte ab intestato» (*op. cit.*, pp. 26-27; también CASTÁN, *op. cit.*, pp. 149 ss.; y MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, p. 251). Esta polémica, tras la reforma de 1981, ha perdido su razón de ser para quienes interpretan el art. 814.3 Cc en clave de representación. Y también, aunque por motivos distintos, si se acepta la explicación del mismo propuesta por nosotros.

³¹³ *Op. cit.*, pp. 29-30.

³¹⁴ MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, p. 251. Eso es así, sin duda, en caso de indignidad y repudiación. En caso de desheredación la respuesta es más discutible, aunque por otras razones. A favor de la legítima corta en caso de desheredación se pronuncian ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 325; CÁMARA, *op. cit.*, pp. 62-63; y VALLET DE GOYTISOLO (*Comentario del Código civil*, del Ministerio de Justicia, Madrid 1991, t. I, art. 857, p. 2096; *vid.* también «Distribución del derecho a la legítima individual de los descendientes en el Código civil», *RDP*, 1967, pp. 735 ss.).

derecho de representación corresponda a los descendiente del descendiente representado se limitará a la parte de legítima estricta (o de esa parte y de la del tercio de mejora de que el causante no haya dispuesto efectivamente, si la mejora no ha agotado ese tercio).

¿Y si la mejora se ha hecho precisamente a favor del descendiente de grado más próximo que luego no hereda (por indignidad o repudiación³¹⁵)? Este es, evidentemente, el caso más complejo. Hay quienes sostienen que el derecho de representación, en este caso, abarca no solo la legítima estricta sino que se extiende a la mejora³¹⁶. A nuestro juicio, sin embargo, la respuesta no puede ser esa³¹⁷. Pues aunque es cierto que la mejora forma parte de la legítima, no lo es menos que tiene también un componente voluntario que la hace refractaria a entrar bajo la operatividad del derecho de representación³¹⁸, ya que este, como sabemos, juega solo en relación con sucesiones sustentadas estrictamente en la ley (sea la sucesión legal abintestato, sea la sucesión legitimaria). A lo que hay que añadir que la mejora es una atribución que presenta como notas destacadas su carácter expreso y su personalismo, que no permiten por tanto pretender que lo que el testador ha dejado al descendiente de grado más próximo, sin considerar a los descendientes de ese descendiente (por sustitución vulgar), pueda luego acabar llegando a estos. Por estas razones consideramos que, en este caso, lo atribuido en concepto de mejora queda fuera de la cobertura del derecho de representación³¹⁹.

5. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN COMO EXPEDIENTE HÁBIL EN CASO DE REPUDIACIÓN. NATURALEZA JURÍDICA Y CONFIGURACIÓN FUNCIONAL DE AQUEL

A resultas del trabajo hasta aquí desarrollado hemos venido a sostener, como conclusión procedente y viable *de lege lata* en nuestro Ordenamiento actual, que los descendientes del descendiente que repudia la herencia a él deferida tienen derecho a perci-

³¹⁵ Aquí no tiene sentido considerar el caso de desheredación.

³¹⁶ LACRUZ, en Notas al *Derecho de Sucesiones*, de BINDER, cit., p. 164; MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, p. 251.

³¹⁷ Así también, aunque por razones distintas a las nuestras, GIMÉNEZ ARNAU, *op. cit.*, p. 30.

³¹⁸ Califica CASTÁN la mejora como figura de «naturaleza polifacética, porque si de un lado forma parte del territorio de la herencia forzosa, de otro parece participar de las características de la sucesión voluntaria» (*op. cit.*, p. 154).

³¹⁹ Lo atribuido como mejora, si esta tenía como destinatarios dos o más hijos, acrecerá la parte de los demás mejorados (*vid. supra* nota 305). Y si el mejorado era único, se refundirá en los dos tercios de legítima.

bir lo que en concepto de legítima habría correspondido en esa herencia a este último.

Queda ahora, para terminar, contrastar si el derecho de representación es expediente técnico hábil para alcanzar ese resultado, o si por el contrario debe acudir a otro mecanismo jurídico. Pues aunque hasta ahora hemos venido procediendo sobre la base del derecho de representación, hay quienes sostienen el mismo resultado pero articulándolo a través de otro expediente.

Para resolver esto debemos analizar la naturaleza jurídica del derecho de representación y su configuración funcional, a fin de calibrar si lo hacen operativo o no en caso de repudiación. Aunque advertimos que se trata de una cuestión de la que nos vamos a ocupar con carácter marcadamente instrumental, esto es solo en la medida en que resulte necesario para nuestro propósito en este trabajo, sin entrar a fondo ni pretender resolver en términos generales el tema de la naturaleza jurídica del derecho de representación.

A continuación exponemos brevemente las diversas explicaciones que sobre el tema se han propuesto en la doctrina, para luego analizarlas.

5.1 La naturaleza jurídica del derecho de representación

A) *Exposición sucinta de las explicaciones propuestas, y de las críticas que se han hecho a las mismas*

En este sentido, son varias las explicaciones que se han formulado. En esencia, la idea de cada una de ellas es la siguiente.

a) Ficción legal

Para esta tesis, el derecho de representación es una ficción dispuesta por la ley en virtud de la cual se considera que los hijos ocupan el grado de parentesco que correspondía al padre para así poder concurrir en lugar de este y junto con sus hermanos a la herencia del abuelo³²⁰. En otras palabras: un mecanismo mediante el cual la ley atribuye a ciertos parientes un mejor (más próximo) grado de parentesco del que realmente tienen con respecto al causante de una herencia –ficción legal, por tanto–, para así permitirles concurrir a ella junto con otros parientes que efectivamente tienen un parentesco más próximo con el difunto.

Con esta explicación se confirma además, se dice, el principio –rector en materia de sucesión intestada– de preferencia por proxi-

³²⁰ GUILARTE, *op. cit.*, p. 142.

midad de grado, pues si los nietos concurren a la herencia del abuelo utilizando el grado que a su padre correspondía, ello supone que ese principio no se violenta.

Esta tesis, entre las varias que tratan de explicar la naturaleza del derecho de representación, es la que tiene un origen más antiguo. Sus raíces más lejanas se encuentran en tiempos del Derecho Común, aunque su generalización en tiempos recientes se debe principalmente a Pothier³²¹, cuya influencia hizo que la idea de ficción legal fuera recogida incluso a nivel positivo en el Código civil francés³²². Y aunque no fue luego plasmada explícitamente en casi ningún otro Código³²³ dejó su impronta durante mucho tiempo en la doctrina europea, siendo dominante en la española hasta principios del siglo XX³²⁴.

b) Subrogación

La esencia de esta teoría se puede presentar señalando las tres notas que según una tesis extendida definen en términos generales la subrogación³²⁵: que se produzca un fenómeno de ingreso de un sujeto en la posición que otro ocupa, real o virtualmente; que la posición jurídica en la que se ingresa permanezca invariada a resultas de ese cambio; y que ese ingreso de un sujeto en la posición de otro no se funde en nexo causal derivativo entre ellos.

Eso, se dice, es lo que ocurre en la representación sucesoria, ya que en ella un sujeto (representante), por disposición de ley, ocupa la posición de otro (representado) en relación con una sucesión abierta a la que ese último no va a concurrir. Para esta tesis, por tanto, el derecho de representación es un expediente dispuesto por

³²¹ «Le droit de représentation –dice POTHIER–, à l'effet de succéder, peut être défini: une fiction de la loi, par laquelle des enfants sont rapprochés et placés dans le degré de parenté qu'occupait leur père et mère, lorsqu'il se trouve vacant, pour succéder au défunt en leur place, avec les autres enfants du défunt» (*Traité des Successions*, cit., p. 46). Esta misma idea había sido apuntada, algún tiempo antes, por VOET: «Ius rapraesentationis est fictio iuris quo gradu remotiores subintrant in locum proximioris defuncti» (*Commentariorum ad Pandectas*, Bassani 1827, t. V, lib. XXXVIII, *De successione ab intestato*, tit. XVIII, § 4).

³²² Art. 739: «La représentation est une fiction de la loi, dont l'effet est de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté».

³²³ También se recogió, según indica MOSCATI (*Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVIII, Varese, 1987, voz *Rappresentazione*, p. 652), en algunos Códigos civiles italianos anteriores a la unificación de ese país: Cc de Nápoles (art. 660), y de Parma (art. 831).

³²⁴ *Vid.*, por todos, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, op. cit., t. II, p. 105. También, aunque algo más matizados, MANRESA, *Comentarios al Código civil...*, op. cit., t. VII, pp. 57-58; y SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, VI.3, p. 1700.

³²⁵ *Vid.* Emilio BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp. 2.ª ed. Madrid 1959, pp. 28-29. «También en Sulla natura giuridica della girata dei titoli all'ordine», en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1927-I, pp. 565 ss.

la ley en virtud del cual un sujeto viene a ingresar –a subrogarse– en la posición jurídica que podía haber ocupado antes otro sujeto, a efectos de poder concurrir a una herencia deferida a este pero que sin embargo no va a adquirir. Si bien destacando que el representante no ingresa ni se subroga en derechos previamente adquiridos por el representado, «sino en los derechos que le habrían correspondido eventualmente en la hipótesis, que no se verifica, de haber venido a la sucesión»; esto es así, se subraya, «precisamente porque se opera con el concepto de subingresso en el grado sucesorio»³²⁶.

Esta teoría, en la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX, contó también con gran predicamento³²⁷.

c) Sustitución legal

Ampliamente extendida a nivel europeo, esta explicación ha venido a ser la dominante hoy en nuestra doctrina.

Para esta teoría, el derecho de representación *mortis causa* se asimila en su configuración a la sustitución (vulgar), figura de índole igualmente sucesoria en virtud de la cual unas personas son designadas para suceder en lugar de otra, con la única diferencia de que aquel viene establecido por la ley mientras que esta ha de ser dispuesta en testamento³²⁸.

Por esta razón, para describir con propiedad la naturaleza jurídica del derecho de representación, se ha precisado o matizado lo anterior diciendo que este «es una sustitución vulgar establecida por la ley»³²⁹.

³²⁶ BETTI, «Sulla natura giuridica...», cit., p. 567.

³²⁷ Art. 753 del Proyecto de Cc de 1851: «*La representación da á un pariente vivo los derechos que tendría otro ya difunto, si viviera, en cuyo lugar, grado y derechos se subroga*». Vid., entre nosotros, DE DIEGO, *op. cit.*, t. III, p. 288. También SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, p. 1700, aunque ha sido citado antes también como sostenedor de la tesis de la ficción legal, lo que evidencia el uso indistinto que el autor hace de una y otra teoría. Esta idea se mantiene hoy en el Cc italiano de 1942, cuyo art. 467.1 dice así: «*La rappresentazione fa subentrare i discendenti legittimi o naturali nel luogo e nel grado del loro ascendente, in tutti i casi in cui questi non può o non vuole accettare l'eredità o il legato*». Y en el Fuero Nuevo navarro, cuya ley 308 dice así: «*Concepto.- Derecho de representación es el de subrogarse en lugar de un ascendente que hubiera sido llamado a adquirir una herencia u otra liberalidad mortis causa y que no pudo hacerlo por premoriencia o incapacidad*».

³²⁸ Por ser la sustitución vulgar una figura cuyo concepto y funcionamiento son ampliamente conocidos, no es necesario aquí detenerse en su exposición.

³²⁹ ROYO MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 192. En este mismo sentido, entre otros, TRAVIESAS, «Sobre derecho hereditario», *RDP*, 1921, pp. 12-13; CASTÁN, *El derecho de representación...* cit., p. 146; MARTÍNEZ CALCERRADA, *La representación en Derecho sucesorio*, Pamplona 1966, p. 135. En el Derecho aragonés el derecho de representación se llama «sustitución legal».

d) Vocación indirecta. Vocación *per relationem*. Vocación subsidiaria³³⁰.

Las explicaciones contenidas en este apartado han alcanzado gran predicamento en países de nuestro entorno como Italia, y cuentan también con partidarios en España. Y aunque no son idénticas sí coinciden en la idea de fondo, lo que permite reunir las en un solo grupo desde la perspectiva que aquí nos interesa y considerarlas conjuntamente.

Esa idea común se puede compendiar diciendo que se considera el derecho de representación como figura en virtud de la cual «una o más personas son llamadas a la sucesión subordinadamente al hecho de que otro sujeto, llamado o solamente designado antes que él, no quiera o no pueda aceptar la herencia o el legado y, por tanto, suceder, y el objeto de la sucesión sea determinado... por referencia al objeto de la sucesión del primer llamado o designado»³³¹.

Ese es el sustrato común de las explicaciones reunidas en este apartado. Sentado lo cual, hacemos a continuación alguna referencia más específica a cada una de esas variantes.

Y así, tenemos que de «vocación indirecta» hablan algunos autores para destacar que la que se hace al representante está supevitada a la no efectividad de otra vocación –hipotética– prevalente, y para destacar asimismo que aunque el representante sucede por derecho propio y por tanto de modo originario, en todo caso la atribución en su favor viene determinada cuantitativamente por consideración a otra persona que no ha podido ser llamada a esa herencia³³².

La variante que habla de «vocación *per relationem*», por su parte, destaca que en la sucesión por representación «la ley atribuye al llamado (el representante) una posición originaria y autónoma pero en consideración al contenido que habría tenido el derecho de la persona intermedia (el representado)», lo que significa que «el contenido

³³⁰ Sirva esta nota para advertir que la terminología en este punto no es uniforme en la doctrina, oscilando entre llamamiento, vocación y delación. Empleándose esos términos, unas veces de forma cumulativa (como sinónimos) y otras de forma alternativa. Puesto que se trata de nociones no del todo pacíficas vamos aquí a seguir la idea, muy extendida en nuestra doctrina, de considerar la vocación como llamamiento general inicial a los posibles destinatarios de una herencia, reservando el término delación para el llamamiento que puede ser inmediatamente seguido por aceptación (o repudiación) y que puede desembocar, por tanto, en efectiva adquisición de la herencia.

³³¹ GROSSO-BURDESE: «Le successioni. Parte generale», en *Trattato di Diritto civile*, dir. por Vassalli, Turín, 1977, p. 172; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, «Designación mortis causa, vocación hereditaria y adquisición automática», *RDN*, 1959, pp. 115 ss.

³³² BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 3.^a ed., Milán, 1974, p. 63; GROSSO-BURDESE, *op. cit.*, pp. 172-173; NICOLO, «Le vocazione ereditaria diretta e indiretta», *Annali*, Messina, 1934, aunque aquí citamos de *Raccolta di Scritti*, Milán, 1980, t. I, pp. 172 ss.

de su llamamiento se fija [...] por referencia al de otro que ha quedado puramente hipotético o que no ha llegado a encontrar respuesta»³³³. Esta explicación, se ha dicho, refleja adecuadamente la esencia de la figura, «no solo porque con la referencia al derecho que hubiera correspondido al representado se precisa el contenido objetivo de la delación a los representantes, sino también porque subjetivamente la ley designa a estos en atención y en vez de aquel»³³⁴.

Finalmente está la variante de la «vocación subsidiaria»³³⁵, que cifra la esencia del derecho de representación en ser una figura que produce vocaciones potenciales múltiples –en tanto que contempla varios sujetos como posibles destinatarios de una sucesión– pero estableciendo entre ellas un orden, de tal manera que la efectividad de una vocación anterior destruye la de las posteriores. La vocación posterior, así pues, solo se produce efectivamente si la anterior se frustra y queda sin efecto. Siendo indispensable que la vocación preferente no haya llegado a tener efectividad en ningún momento, porque si la hubiera tenido, aunque fuera en un período de tiempo brevísimo, ya no estaríamos ante una vocación subsidiaria sino sucesiva, que es un supuesto sustancialmente distinto. En el derecho de representación hay una vocación subsidiaria, en tanto que su efectividad está supeditada a la frustración *ab initio* de otra vocación que en un plano puramente teórico se había considerado inicialmente preferente.

e) Sucesión indirecta

Antes de exponer esta idea debemos decir que la misma, a nuestro entender, podría integrarse perfectamente como una más de las variantes del grupo anterior, pues sin perjuicio de matices particulares o terminológicos su idea central es –a nuestro juicio, repetimos– sustancialmente coincidente. No lo hacemos así sino que le damos consideración autónoma, por dos razones. Una, porque su autor es uno de los máximos especialistas de la doctrina española en este tema, al que ha dedicado un estudio extenso, lo que justifica una atención específica³³⁶. Y otra, porque aunque hemos dicho que esta tesis nos parece sustancialmente semejante a las del apartado anterior, su autor sin embargo niega tajantemente

³³³ LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, ed. 1961, p. 191 (en ediciones posteriores no mantiene esta idea). El primer proponente de esta idea fue CARIOTA-FERRARA: *Le successioni per causa di morte*, Napoli 1958, t. I.2, pp. 129-130.

³³⁴ GUILARTE, *op. cit.*, p. 145.

³³⁵ SAPENA TOMÁS, «Vocación directa e indirecta», *RDEA*, 1960, pp. 116-117. Se trata, de entre los varios subtipos que SAPENA distingue bajo la rúbrica «vocación indirecta», del que él llama «vocación indirecta en su efectividad».

³³⁶ Se trata de VATTIER, *El derecho de representación en la sucesión mortis causa*, Madrid, 1986.

eso, dedicando numerosas páginas a la crítica de esas otras explicaciones: reunir las en un mismo apartado podía por tanto llevar a confusión, por lo que hemos optado por considerarla aparte.

Dicho esto, pasamos a exponer la esencia de esta tesis. En este sentido dice su autor, refiriéndose al derecho de representación, que «se trata de un tipo especial de sucesión *mortis causa* sujeto a un régimen particular y preferente»; «de una institución *sui generis* y autónoma»; de «una variable independiente en el sistema de las instituciones sucesorias»³³⁷.

Es, afirma, «una sucesión legal especial, provocada por la presencia de ciertos supuestos de hecho que impiden la sucesión de un heredero y evitan que se verifique el llamamiento a su favor», consecuencia de lo cual «es el llamamiento hereditario que la ley dirige... a ciertos parientes del causante que son, además, descendientes del heredero que no puede suceder (...) a los que la ley confiere una única vocación y delación por su derecho propio a suceder al *de cuius*, y de forma directa e inmediata al momento de abrirse la sucesión», aunque su contenido se determina «de una manera indirecta, mediante la división de la herencia por estirpes»³³⁸. Ambas orientaciones o perspectivas –subjetiva y objetiva– «están presentes en la sucesión indirecta, y separadas... no la agotan ni explican todas sus características»³³⁹. «Tal es... –concluye entonces– la estructura esencial del derecho de representación, el que se caracteriza... por ser una sucesión indirecta» en el sentido dicho³⁴⁰.

Han quedado expuestas, con lo anterior, las principales construcciones elaboradas para explicar la naturaleza jurídica del derecho de representación. Es tiempo entonces de analizarlas, primero en términos generales y luego con referencia específica a nuestro interés en este trabajo, a fin de ver si su naturaleza permite o no la operatividad de ese derecho en caso de repudiación.

En este sentido podemos empezar diciendo que algunas de esas explicaciones, a pesar de haber gozado en su momento de gran favor doctrinal hoy son sin embargo comúnmente rechazadas; y que las otras no están tampoco exentas de críticas, por lo que no puede hablarse de opinión pacífica en este tema. Exponemos a continuación lo esencial de esas objeciones, para luego valorarlas.

a') La tesis de la ficción legal, en cuanto que se sustenta en la idea de ficción, es hoy objeto de rechazo generalizado en la doctrina, tanto europea como española.

³³⁷ VATTIER, *op. cit.*, pp. 226-227.

³³⁸ VATTIER, *op. cit.*, pp. 115-116.

³³⁹ VATTIER, *op. cit.*, p. 115.

³⁴⁰ VATTIER, *op. cit.*, p. 116.

Pues sin perjuicio de reconocer el carácter principal que en esta materia tiene el criterio de proximidad de grado y la singularidad que en ese sentido supone el derecho de representación, se le objeta que ello no fuerza a hablar de ficción. En el derecho de representación hay ciertamente, se dice, una alteración del principio de proximidad de grado, pero una alteración establecida por la misma ley que fija el principio, que la dispone como medio necesario para alcanzar el resultado que considera adecuado en determinados casos³⁴¹.

Concluyéndose entonces que no es preciso, ni acertado, hablar de ficción legal para explicar la naturaleza jurídica del derecho de representación.

b) A la tesis de la subrogación, por su parte, se le objeta fundamentalmente que no cabe decir con propiedad que el representante entra o se subroga en la posición jurídica del representado, porque esta posición, desde el punto de vista jurídico, no existe ni ha existido nunca. «La posición jurídica del representado –se dice–... carece de existencia real y actual, inexistencia que excluye que el representante pueda subentrar en ella»³⁴². En la representación sucesoria «hay un único llamamiento hereditario que se dirige al representante *iure proprio* al momento de abrirse la sucesión, y el que habría correspondido al representado no puede tener lugar, precisamente, por la muerte o la incapacidad de suceder que le afecta»³⁴³. Precisamente por eso la ley establece que el representante no sucede al representado sino directamente al causante: art. 928 Cc.

En la representación sucesoria, se concluye entonces rotundamente, no hay entrada en un puesto sucesorio vacante, ni cabe hablar de subrogación traslativa de derechos³⁴⁴.

c) La tesis de la sustitución legal, que como quedó dicho al exponerla es la que hoy cuenta con un mayor número de adeptos entre nosotros, no está tampoco exenta de críticas³⁴⁵.

A esta explicación se le ha objetado que incurre en los siguientes defectos³⁴⁶: imposibilidad lógica y jurídica de asimilación entre la representación sucesoria y la sustitución; diversidad de estructu-

³⁴¹ Así lo reconoce incluso la propia doctrina francesa actual: *vid.* FLOUR et SOULEAU, quienes escriben que «*c'est une explication inutile: quand le législateur veut édicter une règle, il n'a pas besoin d'inventer une fiction*». Y añaden: «*C'est une explication malencontreuse: en partant de cette idée, les rédacteurs du Code ont subordonné la représentation à des conditions qui ne s'imposaient pas rationnellement*» (*Les successions*, 3.^a ed. París, 1991, p. 38).

³⁴² VATTIER, *op. cit.*, p. 210. Para otras críticas *vid.* pp. 210 *in fine* y 211. *Vid.* también GUILARTE, *op. cit.*, p. 143.

³⁴³ VATTIER, *op. cit.*, p. 210.

³⁴⁴ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado* cit., p. 262.

³⁴⁵ VATTIER, *op. cit.*, pp. 214 ss.

³⁴⁶ VATTIER, *op. cit.*, p. 215.

ra entre una figura y otra; régimen jurídico diferente de cada una de ellas; y parcialidad. A continuación los exponemos sucintamente.

Imposibilidad lógica y jurídica, en primer lugar. Lógica, se dice, porque el derecho de representación supone «unidad y simultaneidad del llamamiento al representante con la apertura de la sucesión (...); no hay lugar, por lo tanto, para una vocación dirigida al representado, la cual de una parte no preexiste siquiera cronológicamente a la que se defiere al representante, y de otra parte, si existiera, se agotaría y haría ineficaz por el solo hecho de existir, de tal manera que no se concibe cómo podría ser trasladada ella misma por la ley al representante»³⁴⁷. Y jurídica, porque esta teoría «presupone que el derecho que ejercita el representante ha sido adquirido plenamente por el representado, lo que no se verifica... en el derecho de representación»³⁴⁸.

En segundo lugar –se apunta– diversidad de estructura, porque el representado «no es un instituido en sentido técnico, puesto que, por hipótesis, no ha podido ser llamado a la sucesión, y el representante tampoco es propiamente un sustituto, ya que es llamado de forma directa por la ley»³⁴⁹. No hay en el derecho de representación, se subraya, «un primer llamado, el representado, y luego otro, el representante, y por eso no tiene analogía alguna... con la sustitución vulgar»³⁵⁰; «en la representación hay no solo una delación, la que se ofrece por la ley al representante, sino que esta delación es, además, inmediata al momento de abrirse la sucesión, mientras que en la sustitución vulgar la delación es, en cambio, plural y sucesiva... o diferida»³⁵¹.

En cuanto al régimen jurídico de una figura y otra –tercera objeción–, se destaca que la sustitución vulgar es propia de la sucesión testamentaria mientras que el derecho de representación lo es de la sucesión intestada. Y más allá de eso se arguye sobre todo que aun si se admitiera una sustitución vulgar legal, en todo caso «su régimen jurídico no sería idéntico al del derecho de representación..., ya que la obligación de colacionar prevista en el art. 1038 [del Código civil] es propia y exclusiva de este y no de aquélla»³⁵².

Por último, se le objeta parcialidad a esta teoría por estimar que se centra en el cambio de sujetos dejando en la sombra el tema de su objeto, siendo así que para la construcción dogmática del derecho de representación se requiere la consideración simultánea de ambos³⁵³.

³⁴⁷ VATTIER, *op. cit.*, pp. 215-216.

³⁴⁸ VATTIER, *op. cit.*, p. 214.

³⁴⁹ VATTIER, *op. cit.*, p. 215.

³⁵⁰ VATTIER, *op. cit.*, p. 215.

³⁵¹ VATTIER, *op. cit.*, p. 216.

³⁵² VATTIER, *op. cit.*, pp. 216-217. Destacan también la diferencia que supone la obligación de colacionar LACRUZ (*Derecho de Sucesiones*, ed. 1961, p. 191) y ALBALADEJO (*Curso de Derecho Civil*, 3.ª ed., Pamplona, 1989, t. V, p. 74).

³⁵³ VATTIER, *op. cit.*, p. 217.

d') Las explicaciones contenidas en la letra correlativa –vocación indirecta, subsidiaria o *per relationem*–, también han sido objeto de crítica³⁵⁴.

A la tesis de la vocación indirecta se le ha objetado, básicamente, que una teoría así concebida incurre «en el defecto de abrazar dentro de una categoría única a la representación y a la sustitución vulgar, siendo así que... se trata de figuras profundamente diferentes», pues mientras que en la representación sucesoria hay un solo llamamiento (el que la ley hace, directo, al representante), en la sustitución vulgar hay –se dice– una pluralidad de llamamientos. Y el llamamiento único que es propio del derecho de representación «no se salva por la alusión [que esta explicación hace] a la mera designación del representado, puesto que esta es jurídicamente irrelevante y carece de autonomía, respectivamente, antes de la apertura de la sucesión o una vez abierta... porque, en último caso, queda absorbida por la vocación»³⁵⁵. Esta misma objeción parece que se podría referir también a la teoría de la «vocación subsidiaria».

Y a la tesis de la vocación *per relationem* se le objeta que esta expresión da a entender que la ley hace un llamamiento o vocación al representante remitiéndose al contenido de otra vocación, siendo así sin embargo que esta última no existe en el derecho de representación³⁵⁶. En este, se dice, «es la propia ley la que determina dicho contenido y lo defiende al representante... considerado singularmente», y «esto lo hace la ley, no... por referencia a una vocación imaginaria, hipotética o eventual, sino por efecto inmediato y directo de la norma misma; lo indirecto aquí es tan solo la determinación del *quantum*, que en lugar de ser el que correspondería a los representantes por aplicación de las reglas de la sucesión intestada o, en su caso, de la legítima, es el que resulta de la división por estirpes»³⁵⁷.

B) Nuestra valoración. Idea que adoptamos

Expuestas (en lo esencial) las críticas formuladas a las distintas explicaciones propuestas sobre la naturaleza jurídica del derecho de representación, se podría en una primera impresión terminar

³⁵⁴ Aunque la doctrina italiana es el referente principal en esta materia, por haber trabajado más el tema de la naturaleza jurídica del derecho de representación, aquí vamos a seguir fundamentalmente a VATTIER, no ya por contener en su obra un repaso exhaustivo de la doctrina italiana sino sobre todo por ser el autor que en España constituye el principal exponente de dicha crítica, además de por haber escrito en tiempos más recientes: *op. cit.*, pp. 80 ss. y 222 ss.

³⁵⁵ VATTIER, *op. cit.*, p. 225. De alguna forma, parece que comparte esta objeción también ROCA SASTRE (*Estudios...*, cit., p. 280).

³⁵⁶ VATTIER, *op. cit.*, p. 223.

³⁵⁷ VATTIER, *op. cit.*, pp. 223-224.

con la conclusión decepcionante de que ninguna es satisfactoria, ya que todas son objeto de críticas importantes³⁵⁸.

A nuestro entender, sin embargo, la valoración no debe ser tan negativa. Nuestra idea es la siguiente.

Estamos sustancialmente de acuerdo con la crítica que se hace a la tesis que califica el derecho de representación como una ficción legal, por lo que rechazamos esa explicación.

En relación con la teoría de la subrogación creemos que la crítica que se hace a la misma, aunque estrictamente considerada puede ser cierta, en realidad es más índole terminológica que sustantiva. Pues si bien es cierto que no es propio hablar de subrogarse (el representante) en una posición que realmente o jurídicamente no ha existido (la del representado), no es menos cierto que eso es reconocido por los propios partidarios de esta teoría, que por ello aclaran que aquí operan «con el concepto de subingreso en el grado sucesorio», para exponer así que el representante no ingresa ni se subroga en derechos previamente adquiridos por el representado «sino en los derechos que le habrían correspondido eventualmente en la hipótesis –que no se verifica– de haber venido a la sucesión»³⁵⁹. Así pues, aunque posiblemente no convenga mantener esta explicación, para evitar el equívoco a que su terminología puede llevar, en cuanto a su idea de fondo pensamos que la valoración podría ser más positiva.

No compartimos sin embargo, al menos en su totalidad, las críticas vertidas contra las teorías de la sustitución y de la vocación o sucesión indirecta, subsidiaria o *per relationem*. Pues, aunque no puedan asumirse en su integridad, si relegamos a un plano secundario las cuestiones de detalle o terminológicas, nos parece que en su idea de fondo todas estas explicaciones resultan sustancialmente acertadas. Para explicar nuestra idea, debemos analizar con algún mayor detenimiento esas críticas. La importancia de estas teorías y el amplio número de sus partidarios así lo justifican.

b.1) Empezando por la tesis de la sustitución legal, tenemos que las críticas que se han hecho a la misma son susceptibles de reducirse a dos grandes bloques. Pues dos de esas críticas –las dos primeras, siguiendo el orden en que fueron expuestas– no son sino perspectivas de una misma objeción, por lo que se pueden unificar. Y la última objeción, por su carácter valorativo y por tanto subjetivo, no es sino un corolario que estará fundado o no en función del acierto de las otras críticas, por lo que puede ahora dejarse a un lado. Atendemos, entonces, a las dos críticas resultantes: una, que la configuración propuesta, al asimilar el derecho de representa-

³⁵⁸ VATTIER, *op. cit.*, p. 226.

³⁵⁹ Sobre esto *vid.* también BETTI: *Teoría general del negocio jurídico cit.*, pp. 28-29.

ción a la sustitución, incurre en un defecto de imposibilidad lógica y jurídica; y otra, que esa asimilación no casa con el distinto régimen jurídico que cada una de esas figuras tiene en nuestro Ordenamiento. ¿Qué valoración nos merecen?

En cuanto al defecto de imposibilidad, hemos de decir que no nos parece acertada esta objeción, ni en el plano lógico ni en el jurídico. Por lo siguiente.

La (pretendida) imposibilidad de orden lógico, porque parte de un equívoco. En efecto, esa «imposibilidad lógica» se articula enfrentando el llamamiento único y simultáneo a la muerte del testador que es propio del derecho de representación, con el llamamiento plural y sucesivo o diferido que se dice es propio de la sustitución vulgar. Y las cosas, sin embargo, no ocurren así. Pues también en la sustitución vulgar hay un único llamamiento a favor del sustituto, producido además de forma simultánea al tiempo de la muerte del causante. Esto es así de forma incuestionable en caso de premoriencia, ya que no puede haber llamamiento a alguien que no existe en el momento en que el testamento adquiere vigencia³⁶⁰. Pero también en los casos en que la sustitución vulgar procede porque el instituido no puede o no quiere heredar (por indignidad o por repudiación), por razón de la retroactividad que se establece normativamente para ellos (arts. 758 y 989 Cc)³⁶¹. Pues aunque en esos casos no pueda hablarse, desde el punto de vista real, de llamamiento único al sustituto, desde el punto de vista legal –que es el que aquí interesa– así debe entenderse³⁶².

Y si eso es así en ese caso, tampoco la objeción basada en imposibilidad jurídica es atendible. Porque la sustitución vulgar no

³⁶⁰ La objeción planteada solo se explica considerando –equivocadamente– que puesto que en el testamento existe, desde que se otorga, designación a favor de un sujeto, ello implica que en esa sucesión existe siempre un llamamiento plural: uno primero a favor del instituido en el testamento, aunque llegado el momento resulte ineficaz, y otro posterior a favor del sustituto (vid. ROCA SASTRE, *Estudios...* cit., p. 280). Sin embargo, las cosas no son así. Aunque la terminología en este tema es imprecisa, oscilando entre las nociones de «llamamiento», «vocación» y «delación» (vid. SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pp. 113 y ss.; MOSCATI, *op. cit.*, p. 653), en todo caso no hay duda de que ninguna de ellas es jurídicamente relevante sino a partir del momento de la muerte del causante, y siempre que en ese instante se cumpla el requisito de estar vivo el sujeto instituido heredero. Por tanto, en este supuesto –que lo es de sustitución vulgar– no cabe en modo alguno afirmar que hay dos llamamientos o delaciones (esta confusión parece sin embargo desprenderse del modo en que se expresa ROCA SASTRE en sus *Estudios...* cit., t. II, p. 280).

³⁶¹ Así se admite también pacíficamente en Francia, a pesar de que en ese Derecho no se admite el juego de la representación en caso de indignidad: «*L'indigne –dicen MARTY y RAYNAUD– est exclu rétroactivement de la succession. Le successible dont l'indignité est constatée n'est pas héritier et il est censé ne l'avoir jamais été, cette indignité jouant de plein droit dès l'ouverture de la succession*» (*op. cit.*, p. 30).

³⁶² El propio autor que sostiene la crítica que ahora estamos nosotros rebatiendo (VATTIER) no tiene más remedio que reconocer eso, hablando en esos casos –aunque formalmente lo refiere a la representación sucesoria– de «simultaneidad legal» del llamamiento al representante y de la muerte del causante (*op. cit.*, p. 215).

supone en nuestro Derecho –como sin embargo se pretende de contrario– que lo que el sustituto recibe haya sido adquirido previamente por el sustituido: en nuestro Ordenamiento el sustituto (vulgar) recibe o adquiere directamente del causante³⁶³. Se trata por tanto, claramente, de una configuración paralela a la del derecho de representación, lo que supone que esta objeción no se sostiene, si hablamos de sustitución vulgar. Otra cosa sería en la sustitución fideicomisaria: aquí sí se dan llamamientos plurales y sucesivos, de tal modo que lo que finalmente llega al fideicomisario ha sido efectivamente recibido y adquirido por el fiduciario de forma previa³⁶⁴. Ahora bien, aunque cuando se habla de esta teoría se la suele denominar «de la sustitución legal» a secas, eso no obstante es claro que siempre se piensa en la sustitución vulgar, nunca en la fideicomisaria, por lo que la objeción planteada no es atendible³⁶⁵.

A la vista de lo cual hay que concluir que no existe imposibilidad, ni lógica ni jurídica, para asimilar desde este punto de vista el derecho de representación y la sustitución vulgar.

Queda entonces la objeción sustentada en el régimen aplicable a cada una de estas figuras, que se pretende diverso. A este respecto, decimos lo siguiente.

En cuanto al distinto ámbito de operatividad de una y otra figura –la sustitución en casos de sucesión voluntaria, la representación en casos de sucesión legal o intestada–, y de conformidad con lo dicho en su momento en el trabajo, reiteramos aquí nuestra sustancial conformidad con esa diferencia. Lo que no consideramos aceptable, ahora bien, es la conclusión que de ello se pretende extraer, en el sentido de que esa diferencia fuerza a separar tajantemente el derecho de representación y la sustitución vulgar, como si de figuras contrapuestas se tratara. Pues esa diferencia de ámbitos de operatividad simplemente impide la absoluta identificación de esas figuras entre sí, pero no su asimilación en aquellos aspectos en que presentan identidad de razón, como es el que ahora estamos viendo.

La objeción de mayor calado es la que postula que el régimen jurídico de esas figuras presenta una diferencia esencial, por la

³⁶³ Así lo dice claramente, entre otros, ROYO MARTÍNEZ: «en la sustitución vulgar –afirma– el sustituto nada recibe *del* instituido que no llegó a heredar, ni *por mediación*, representativa o transmisiva, de tal frustrado instituido; el sustituto (el representante) sucede directamente al *de cuius*, y precisamente porque aquel a quien sustituye no heredó» (*op. cit.*, p. 192). Esto es doctrina pacífica en nuestro Derecho.

³⁶⁴ Aunque luego el fideicomisario, desde otra perspectiva, se considere que recibe directamente del fideicomitente.

³⁶⁵ En este sentido hay que tener presente que en nuestro Derecho la sustitución es una categoría amplia dentro de la cual se engloban supuestos de naturaleza diversa entre sí que poco o nada se parecen, y por tanto que no deben predicarse, de un tipo de sustitución, notas que son propias de otro.

obligación de colacionar que se establece a cargo del representante en el derecho de representación (art. 1038 Cc) que no existe –según se dice– en caso de sustitución vulgar. A nuestro entender, sin embargo, las cosas no son así. En este sentido hay que empezar destacando que la colación no es figura específica del derecho de representación, ni consustancial al mismo³⁶⁶. Lo cual se entiende fácilmente si reparamos en que lo determinante para que proceda la colación no es el expediente técnico a través del cual unos sujetos reciben bienes del causante, sino la cualidad de legitimarios de quienes reciben esos bienes. Y entonces, sobre esa base no puede haber duda de que es perfectamente posible que quienes reciben bienes por vía de sustitución vulgar se vean obligados a colacionar, si son herederos forzosos del causante. El art. 1035 Cc así lo establece con carácter general. Que el art. 1038 Cc considere la obligación de colacionar específicamente en relación con un caso de representación no permite extraer la conclusión opuesta para el caso de sustitución vulgar, aunque la aplicación de ese artículo a este caso sea por analogía³⁶⁷. La conclusión adecuada es que en todos aquellos supuestos en que los sustitutos o representantes sean legitimarios –no se olvide que la sustitución vulgar, al igual que el derecho de representación, son figuras que permiten deferir bienes de una herencia no solo a herederos forzosos sino también a favor de quienes no lo son– la colación será procedente (salvo que el testador disponga lo contrario)³⁶⁸.

³⁶⁶ Esto último es evidente al considerar que hay supuestos de representación en los que no tiene lugar la colación, *v. gr.* en caso de que los representantes sean sobrinos del causante.

³⁶⁷ Sobre esto, *vid. supra* nota 118.

³⁶⁸ Con lo dicho podría tal vez darse por rebatida esta objeción, a la vista de los términos en que es formulada por sus sostenedores. Pensamos, sin embargo, que se deben precisar algo más las cosas, en un doble plano.

La primera precisión atiende al doble referente que tiene la obligación de colacionar contemplada en el art. 1038 Cc, que por un lado establece que los nietos (representantes) deben traer a la masa lo que ellos mismos hayan recibido directamente del causante de la herencia durante la vida de este (art. 1038.2 Cc), y por otro lado establece que deben colacionar también lo que su padre (representado) haya recibido del suyo (abuelo de los representantes, y causante de la herencia ahora abierta), aunque los nietos no hayan heredado a su padre (art. 1038.1 Cc). ¿Son, ambos referentes, aplicables en caso de sustitución vulgar? La obligación de colacionar el sustituto legitimario lo que él haya recibido directamente del causante de la herencia, a tenor de lo que hemos dicho en el texto no ofrece ninguna duda, sea con base directa en el art. 1035 Cc, sea aplicando por analogía lo dispuesto en el art. 1038.2 Cc. No tan clara sin embargo es la operatividad, en caso de sustitución vulgar, de la colación contemplada en el art. 1038.1 Cc. ¿Debe también el sustituto colacionar los bienes que el sustituido haya recibido del causante en vida, incluso en caso de que no los haya recibido el sustituto? La razón de la duda es que no existe aquí la previsión legal explícita que existe para con el derecho de representación en el art. 1038.1 Cc, ni es posible buscar apoyo para ello en el art. 1035 Cc. Creemos sin embargo que es posible salvar esta dificultad mediante una hermenéutica adecuada. Tenemos así, primera y principalmente, la sustancial identidad de razón que hay en este punto entre el derecho de representación y la sustitución legal, lo cual permite la analogía, pues la norma contenida en el art. 1038.1 Cc,

Sentado lo cual, podemos entonces concluir que las críticas que se hacen contra la aproximación entre el derecho de representación y la sustitución vulgar no son plausibles, al menos si se toman en los términos radicales en que se acostumbran a formular. Porque el

con independencia de que se considere acertada o no, en todo caso no es posible calificarla como excepcional. Y podemos además acudir a la norma contenida en el art. 780 Cc, entendiendo que cuando dice que «*el sustituto quedará sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido...*», la obligación de colacionar se encuentra incluida entre ellas. La exégesis doctrinal de este precepto, ciertamente, no se ha pronunciado sobre este aspecto, considerando en general que el art. 780 Cc se refiere a los elementos accidentales de los negocios jurídicos: condición, carga o modo, y término, aunque este último no esté expresamente contemplado en la letra del precepto. Esa exégesis, ahora bien, aunque no se puede presentar en apoyo de nuestra pretensión tampoco la impide: simplemente guarda silencio sobre ella. Lo cual posibilita la interpretación del art. 780 Cc que hemos apuntado, aunque no tenga respaldo literal explícito. Considérese, en este sentido, que se ha dicho en nuestra doctrina que la norma contenida en el art. 780 Cc recoge «un principio que en términos más generales debe considerarse aplicable... en cualquier ocasión en que el sucesor llegue a serlo una persona distinta de la que el testador contempló o contempló en primer término» (ALBALADEJO, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid 1991, ad art. 780 Cc, p. 1913), lo que vale tanto para la sustitución vulgar como para el derecho de representación.

La segunda precisión atiende a determinar a qué parte de la herencia deben imputarse las donaciones hechas por el causante a los descendientes de segundo grado, cuando estos llegan a ser legitimarios en representación del descendiente de grado más próximo. El Código no contiene previsión específica para este caso, por lo que aplicando las reglas generales parece que habrán de imputarse primero a la legítima y luego a la parte libre. Pero, ¿y las donaciones hechas por el causante a favor del descendiente de primer grado que finalmente no le hereda? ¿A qué parte de la herencia se imputan? Para unos (VALLET: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, t. XI, Madrid 1982, art. 819 Cc, p. 279 y ss.; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil* cit., t. V, pp. 108-109; ALGABA ROS, *Efectos de la desheredación*, Valencia 2002, pp. 71 y ss. y 229 y ss.), y con apoyo en el art. 1038.1 Cc, tales donaciones deben imputarse a la legítima, tanto si en representación de ese descendiente heredan sus propios descendientes como si no. Para otros (ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho de sucesiones*, t. II, Barcelona 1991, p. 80 y ss., GARCÍA VALDECASAS: La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor, *RDP*, 1963, p. 974, texto y nota 36), en cambio, no cabe imputar a la legítima tales donaciones, ya que el representante no las ha recibido y de otro modo ello podría suponer que el representante legítimo no percibiera en esa herencia nada, simplemente porque lo ha recibido el representado. La respuesta no es clara en nuestro Ordenamiento (el apoyo en el art. 1038 Cc es muy discutible, ya que es una norma de colación, no de imputación: sobre esto, *vid.* ESPEJO, *op. cit.*, pp. 180-186; y VALLET, *Comentarios al Código civil...* t. XI, art. 819 Cc). Pero pensamos que la objeción apuntada por ROCA-SASTRE y GARCÍA VALDECASAS es fundada, y por tanto que la primera solución no puede admitirse. Esta cuestión, que en caso de admitir la representación en caso de repudiación es particularmente oportuna, ha sido resuelta en el Derecho italiano del modo siguiente (art. 552 *Codice civile* de 1942): «*Il legittimario che rinuncia all'eredità, quando non si ha rappresentazione, può sulla disponibile ritenere le donazioni o conseguire i legati a lui fatti; ma quando non vi è stata espressa dispensa dell'imputazione, se per integrare la legittima spettante agli eredi è necessario ridurre le disposizioni testamentarie o le donazioni, restano salve le assegnazioni, fatte dal testatore sulla disponibile, che non sarebbero soggette a riduzione se il legittimario accettasse l'eredità, e si riducono le donazioni e i legati fatti a quest'ultimo*». Al margen de cuestiones de detalle, pensamos que la idea de fondo es correcta. Pues el descendiente que repudia pierde su «cualidad» de legítimo—esta pasa a los descendientes de grado siguiente, por representación— y por tanto debe ser considerado a estos efectos como un extraño, no pudiéndose entonces imputar a la parte de legítima las donaciones que le hubieran sido hechas por el causante. Deberán imputarse a la parte libre. Otra cosa es su subordinación a otras disposiciones que también se deban imputar a esta parte (las hechas a favor de otros terceros), que en defecto de previsión normativa en este sentido como la del *Codice* italiano no parece posible, sino que habrá que atenerse a las normas generales.

derecho de representación y la sustitución vulgar son ciertamente figuras distintas en cuanto a su ámbito de operatividad —una en las sucesiones legales, otra en las sucesiones voluntarias—, pero no distintas desde la perspectiva que aquí nos interesa.

b.2) Pasamos ahora a considerar la objeción específica hecha a las teorías agrupadas bajo las rúbricas de vocación indirecta, subsidiaria o *per relationem* (dejamos aquí a un lado la crítica basada en la aproximación que estas teorías se dice hacen entre el derecho de representación y la sustitución vulgar, porque se puede considerar respondida con lo dicho en el apartado anterior).

Esa objeción, como vimos, se cifra en denunciar que estas teorías postulan que la ley llama al representante remitiéndose al contenido del llamamiento al representado, lo que no es correcto porque en el derecho de representación no existe este último llamamiento sino que la ley llama directamente al representante, como efecto propio e inmediato de la norma misma; lo indirecto en el derecho de representación, se dice, es solo la determinación del *quantum* de ese llamamiento.

Esta objeción, ahora bien, entendemos que no puede aceptarse porque incurre en el defecto de atribuir, a las tesis contra las que se dirige, unos postulados que realmente no son suyos³⁶⁹. Resultando así que aunque la idea que esa crítica defiende es correcta considerada en sí misma, no lo es sin embargo la utilización que hace de ella.

Lo dicho resulta claramente si se atiende sin prejuicios a los postulados que esas tesis señalan como esenciales del derecho de representación, que son los siguientes.

Por un lado, afirman que el contenido objetivo de la vocación al representante viene determinado por consideración al que hubiera sido propio del llamamiento al representado, si este se hubiera producido eficazmente³⁷⁰.

Pero por el otro lado destacan que el llamamiento que el derecho de representación hace al representante está supeditado en su existencia y eficacia a que el llamamiento a favor del representado —que la ley había considerado como preferente en un plano puramente hipotético— llegado el momento no resulte sin embargo eficaz. Esto es, precisamente, lo que se quiere decir cuando se habla de que el llamamiento al representante no es sucesivo sino subsidiario. Por ello los autores que militan en estas tesis destacan que

³⁶⁹ Así lo destaca, con gran clarividencia, GUILARTE, *op. cit.*, p. 145.

³⁷⁰ CICU, para reflejar esto, matiza a veces la denominación de teoría de la vocación indirecta, y habla de «delación indirecta pero con vocación directa», aludiendo al aspecto objetivo cuando habla de delación, y al subjetivo cuando habla de vocación «Successioni per causa di morte. Parte generale», en el *Trattato di Diritto civile e commerciale*, de Cicu-Messineo, t. XLII-1.º, Milano 1954, pp. 60-61).

el llamamiento o vocación que se hace al representante es originario, y que el representante recibe bienes del causante de la herencia *iure proprio*³⁷¹.

Pues bien, siendo esas, y con ese entendimiento, las notas esenciales de estas explicaciones, nos parece entonces que las mismas no pueden rechazarse, al menos si se consideran estrictamente³⁷². A nuestro modo de ver, como antes hemos dicho, el problema se ha producido porque esas explicaciones han sido «leídas» en una determinada clave interpretativa, que ha llevado a atribuirles unas derivaciones que sin embargo esas explicaciones no sostienen. Pues estas en ningún momento presuponen una pluralidad de llamamientos efectivos, ni una vocación previa y efectiva al representado cuyo contenido luego se deriva al representante.

Llegados a este punto, procede entonces exponer ya cuál es a nuestro juicio la naturaleza jurídica del derecho de representación.

En este sentido, sobre la base de lo que en general hemos ido diciendo en el trabajo y de lo que en las páginas anteriores ha quedado visto, nos parece que la idea acertada es considerar que el derecho de representación es un expediente a través del cual la ley posibilita que los descendientes de una persona puedan acceder a la herencia que en principio iba destinada a esta por su grado de parentesco más próximo al causante, cuando esa persona, por determinadas circunstancias, no la va a recibir. Que ese expediente se articula a través de un llamamiento directo, originario y simultáneo a la apertura de la sucesión que la ley hace a favor de los representantes, lo que supone que el llamamiento inicialmente destinado al representado no haya resultado eficaz en ningún momento. Y que se caracteriza además porque la medida cuantitativa del llamamiento a los representantes viene determinada por la ley, normalmente por referencia a lo que hubiera correspondido al representado en la herencia si hubiera estado vivo al tiempo de abrirse esa sucesión, aunque puede ser también por referencia a lo que en concepto de legítima le hubiera correspondido, en caso de que el no heredar sea debido a una causa imputable a él.

La mayor o menor proximidad de esta explicación con respecto a las varias teorías propuestas sobre el tema es fácil de advertir,

³⁷¹ BARASSI, *op. cit.*, p. 63; SAPENA, *op. cit.*, pp. 127-128.

³⁷² La R. de la DGRN. de 14-8-1959 (RJ 3354/1959) fue muy clara en este sentido al afirmar (Cdo. 2.º) que el derecho de representación es «un supuesto típico de la denominada vocación indirecta, así llamada porque presupone la existencia de otra vocación que, aun faltando por premorencia o debiendo considerarse retroactivamente inexistente, sirve para determinar el contenido máximo de la atribución que de un modo directo la ley reconoce al descendiente representante».

aunque dado el carácter instrumental de este punto aquí evitamos a propósito adscribirnos a ninguna teoría en particular.

5.2 Consecuencias que de lo anterior se derivan para nuestro estudio: plena adecuación del derecho de representación en orden a su operatividad en caso de repudiación

Así las cosas, no queda entonces sino ocuparnos de determinar si, en razón de su naturaleza jurídica, el derecho de representación es o no el expediente técnico adecuado para lograr el resultado que ya sabemos procede en caso de repudiación, cuando el repudiante es descendiente legitimario del causante y tiene a su vez descendientes.

Las explicaciones que hemos visto sobre la naturaleza de ese derecho se han construido atendiendo a los supuestos de premo-riencia, indignidad y desheredación, por lo que en la mayoría de ellas no se hace referencia a la hipótesis de repudiación.

Solamente una de esas explicaciones –o mejor dicho uno de sus sostenedores: Vattier Fuenzalida– contempla expresamente nuestro supuesto, y para rechazarlo. Esto justifica que le dediquemos una atención específica.

Y en este punto es necesario considerar además otra construcción –netamente española, y cuyo principal sostenedor es Roca Sastre–, que se puede denominar teoría de la «*successio graduum*»³⁷³. Pues si bien en una primera impresión puede parecer que su exposición y análisis no es aquí pertinente, ya que no se refiere al derecho de representación sino a una figura distinta –la denominada *successio graduum*–, ello es sin embargo absolutamente necesario, porque su naturaleza se propone mediante comparación y contraste con la del derecho de representación, y además porque la función que se le confiere es sustancialmente semejante a la del derecho de representación, radicando la diferencia entre ellos solamente en los casos en que cada una de esas figuras se dice que opera.

Procedemos a continuación a exponer los planteamientos de esos autores a este respecto, para luego valorarlos.

Y así, empezando por Vattier conviene recordar su tesis: se trata –dice, refiriéndose al derecho de representación– de «una sucesión legal especial, provocada por la presencia de ciertos supuestos de hecho que impiden la sucesión de un heredero y evitan que se veri-

³⁷³ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado...* cit., pp. 284-292. Parece seguirle también O'CALLAGHAN, *Comentario del Código civil*, dir. por Sierra Gil de la Cuesta, t. 4, Barcelona 2000, art. 857 Cc, p. 743.

fique el llamamiento a su favor», consecuencia de lo cual «es el llamamiento hereditario que la ley dirige... a ciertos parientes del causante que son, además, descendientes del heredero que no puede suceder (...) a los que la ley confiere una única vocación y delación por su derecho propio a suceder al *de cuius*, y de forma directa e inmediata al momento de abrirse la sucesión»³⁷⁴.

Pues bien, partiendo de esa base extrae entonces Vattier, como consecuencia necesaria, la improcedencia del derecho de representación en caso de repudiación. La exclusión de esta hipótesis, dice, «no solo es acertada sino también coherente con el sistema... que... impera en nuestro Derecho; (...) responde a la razón técnica según la cual rige en tema de renuncia la *successio ordinem*; así se advierte... en los artículos 766 y 923 concernientes a la sucesión testamentaria y a la sucesión intestada, respectivamente (...). Por eso la renuncia... extingue el *ius delationis* y abre paso a una nueva delación a favor de un designado ulterior; consecuencia de esto es que pone término a la fase provisional de herencia deferida, con lo que desaparece el presupuesto que habilita la actuación de la sucesión indirecta»³⁷⁵.

Vista la anterior idea, pasamos entonces a exponer la tesis de la «*successio graduum*». En este sentido, dice Roca Sastre que la *successio graduum* «es el nuevo o nuevos llamamientos que de grado en grado... hace la ley en la sucesión intestada, cuando los primeros o anteriores llamamientos que tuvieron lugar por vivir al tiempo de la delación los llamados a ellos, han quedado ineficaces por no llegar estos a ser efectivamente herederos por una causa cualquiera»³⁷⁶.

«Una vez abierta la sucesión intestada —explica—... la ley llama a los parientes que existen, o sea que viven... y que en el cuadro de herederos intestados están situados en lugar preferente. Pero puede ser que el primer llamamiento resulte inútil porque las personas comprendidas en él no puedan o no quieran ser herederos... Entonces... la ley hace un llamamiento a favor de los parientes de los grados sucesorios inmediatos y así sucesivamente... En estos casos, se produce un proceso de sucesivas delaciones hereditarias»³⁷⁷.

³⁷⁴ VATTIER, *op. cit.*, pp. 115-116.

³⁷⁵ VATTIER, *op. cit.*, p. 108.

³⁷⁶ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 284. Aunque ROCA SASTRE da a este mecanismo una operatividad mayor de la señalada en el texto, ya que habla de *successio graduum et ordinum* —lo que posibilita que esos llamamientos sucesivos se hagan no solo de grado en grado dentro de un mismo orden (sucesorio), sino también de orden en orden—, esto es excesivo a los fines que aquí nos interesan, ya que el derecho de representación procede básicamente en línea recta descendente (en línea colateral solo a favor de hijos de hermano, y además no por razón de legítima, que en este caso no existe). Por esta razón, en el texto vamos a plasmar esta construcción solo como *successio graduum*.

³⁷⁷ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 285. Sin embargo, aunque de modo ciertamente incidental, en algún momento ROCA SASTRE (*op. cit.*, p. 279) equipara la representación suce-

Sobre la base de lo anterior, compendia entonces Roca Sastre la esencia de esta figura señalando sus características y contraponiéndolas a las propias del derecho de representación. «Un paralelo entre el *ius repraesentationis* y la *successio graduum*... –dice– nos muestra la diferencia existente entre ambas figuras, o lo que es lo mismo, entre los supuestos de premoriencia, de una parte, y los de indignidad y repudiación, de otra. / El *ius repraesentationis* y la *successio* coinciden en que las dos son fórmulas dirigidas a subvenir la inoperancia de los llamamientos sucesorios intestados; pero existe entre ellas la diferencia fundamental de que, así como en la primera la inoperancia del llamamiento se produce *ab initio* (...), en cambio en la segunda dicha inoperancia tiene lugar *ex post facto* (bien sea con un intervalo de razón en el caso de indignidad, bien con un lapso de tiempo más o menos largo en caso de repudiación)»³⁷⁸.

Lo que supone en definitiva que la diferencia entre una figura y otra radica en que en el derecho de representación hay una única delación –la que se produce a favor del representante–, mientras que en la *successio graduum* hay un doble llamamiento sucesivo –produciéndose el segundo, precisamente, porque la primera delación queda vacante³⁷⁹.

Y esta diferencia, dice Roca Sastre, no es mero juego de palabras sino que se traduce en distintos resultados prácticos, pues «en la representación son llamados los hijos del hijo premuerto existentes al tiempo de la primera delación intestada, mientras que... en caso de repudiación la *successio* tiene lugar a favor de aquellos que vivan al tiempo de la delación ulterior, de modo que si, dado el largo tiempo que ha tardado en producirse la repudiación, algunos de aquellos hijos han muerto, ya no son llamados en esa posterior delación»³⁸⁰.

A la vista de lo cual, su conclusión es tajante: «es... tan fundamental la diferencia entre los casos de premoriencia... y los de indignidad y repudiación, que no es posible... comprenderlos todos dentro del instituto de la representación sucesoria. Este debe concretarse al supuesto de premoriencia...; respecto de los otros dos, sus caracteres específicos imponen que sean tratados dentro de una figura jurídica distinta, que [...es...] la *successio graduum*»³⁸¹.

soria y la sustitución vulgar, afirmando que en ellas se produce «el mecanismo de la delación sucesiva».

³⁷⁸ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 288. A pesar de que de las palabras transcritas parece desprenderse que en caso de premoriencia ROCA SASTRE considera la existencia de un llamamiento a favor del premuerto, aunque inoperante *ab initio*, un poco después (p. 288) él mismo admite que esto, en rigor, no es correcto, pues en ese caso no es que haya llamamiento inoperante sino que no hay llamamiento ninguno a favor del premuerto.

³⁷⁹ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 288-289.

³⁸⁰ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 290.

³⁸¹ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 290. En este sentido, y para ser consecuente con su planteamiento, propone ROCA SASTRE (p. 291) que «... en una reforma a fondo de nuestro

Expuestas las razones en que esos autores se basan para rechazar que el derecho de representación sea el expediente técnico adecuado para operar –actual o hipotéticamente– en caso de repudiación, procede ahora que las valoremos. Para lo cual debemos analizar críticamente los pilares en que esos autores sustentan su negativa.

Y así, empezando por el planteamiento de Vattier podemos decir que si bien compartimos en lo esencial su idea sobre la naturaleza del derecho de representación –de hecho, tal como apuntamos en su momento, y aunque su autor lo niegue, esa idea es sustancialmente coincidente con la de las teorías llamadas de vocación indirecta, subsidiaria o *per relationem*, en relación con las cuales nuestra valoración sustancialmente positiva ha quedado ya señalada–, no compartimos sin embargo la consecuencia que de ella extrae en relación con el caso de la repudiación.

Para Vattier el derecho de representación no es operativo en este caso porque considera que la repudiación del primer llamado provoca la extinción de la delación hecha en su favor y la entrada en juego de una nueva delación –sucesiva a la primera– a favor de un designado ulterior, lo que supone una pluralidad de delaciones incompatible con la delación única que es característica del derecho de representación. Resultando entonces que para dar viabilidad a ese supuesto acude a un expediente distinto, al que denomina «*successio ordinem*» (y que aunque no explica con detenimiento parece razonable asimilarlo a la «*successio graduum et ordinum*» de Roca Sastre).

¿Es ese razonamiento, ahora bien, acertado? A nuestro juicio, no. Su error procede de atenerse en demasía al modo en que las cosas suceden en el mundo real, sin reparar en que desde la perspectiva jurídica las cosas no son en este caso de la misma manera.

Desde una perspectiva real, en efecto, es posible decir que en caso de repudiación se producen dos llamamientos: uno primero al

Código civil, no solo no debe extenderse el derecho de representación al supuesto de repudiación hereditaria, sino que hay que suprimir la actual aplicación del mismo al caso de indignidad sucesoria». La *successio graduum*, añade para respaldar esta figura, «fue introducida en el período clásico [del Derecho romano] a través del *edictum successorium* del Pretor, y a base de la *bonorum possessio*, siendo... francamente aceptada y generalizada en el período justiniano» (p. 284). «Lo que ocurre es que los Códigos civiles de tipo novatorio y simplista, inspirados en la codificación napoleónica, descuidaron recoger formalmente y en toda su amplitud esta última figura jurídica» (p. 290). Pero esto no es, según este autor, correcto, pues con lo dicho «queda demostrada la improcedencia de ampliar el derecho de representación a los casos de indignidad y repudiación hereditaria, no solo por no permitirlo un perfecto tecnicismo de la institución, sino porque ello es innecesario desde el momento que se cuenta con una fórmula adecuada, cual es la *successio graduum*» (p. 291). Y en p. 288 añade que «en Derecho romano, según la opinión más fundada, los hijos del repudiante entraban siempre en la herencia del ascendiente por vía de *successio*».

descendiente de grado más próximo al causante y luego, tras su repudiación, otro al descendiente de ese descendiente.

Pero en el plano jurídico las cosas no son así. No debe aquí olvidarse –ya hemos hecho referencia a ello más arriba– lo dispuesto específicamente para este supuesto en el art. 989 Cc, en el que se establece que «*los efectos de la... repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda*». Se trata de un precepto que atiende a señalar los efectos jurídicos de la repudiación, estableciendo que la virtualidad de la misma es borrar retroactivamente todo lo habido en relación con el repudiante desde la apertura de la sucesión hasta el momento de su repudiación. Lo que determina, en el aspecto que aquí nos interesa, que el primer llamamiento habido en el plano real se debe entonces reputar jurídicamente inexistente. Y por tanto que el llamamiento o delación al descendiente de grado ulterior, cuando se produzca, debe considerarse como el único habido, dirigido directamente a él, y producido simultáneamente a la apertura de la sucesión³⁸².

³⁸² Una prueba más de lo dicho es lo que sucede en caso de indignidad, en el que ciertamente se produce llamamiento a favor del indigno y eso no obstante se incluye en el ámbito de operatividad del derecho de representación. ¿A qué se debe esto? La clave está en que, una vez declarada la indignidad, ese llamamiento deviene ineficaz y deja de surtir efecto retroactivamente. Aunque la determinación de si en caso de indignidad hay o no delación a favor del indigno no es cuestión absolutamente pacífica, parece hoy dominante entre nuestros autores, y sólidamente fundada, la idea de que efectivamente hay delación en tal caso, sin perjuicio de que concurra en el sujeto causa que permita excluirlo de esa herencia. Los autores que niegan haya delación equiparan la indignidad con un caso de incapacidad para suceder, para lo cual buscan apoyo en los arts. 756, 852, 758, 164.2, etc., del Código. Los partidarios de que sí hay delación argumentan con base en lo confuso de la regulación del Código en este tema, que mezcla figuras distintas como son las incapacidades absolutas para suceder, las incapacidades relativas (prohibiciones legales) y la indignidad para suceder, pero sobre todo destacan que el régimen concreto del Código en tema de indignidad le otorga «unos determinados efectos jurídicos... que presuponen la existencia de capacidad sucesoria en el indigno» (MENA-BERNAL, *op. cit.*, p. 38). Así resulta de los arts. 757 y 762 Cc. Pues el primero, al disponer que las causas de indignidad dejan de surtir efecto en determinados casos está reconociendo que el llamado a pesar de ser indigno puede adquirir la herencia, y por ende que a pesar de existir esas causas la delación es posible. Y el art. 762 Cc también presupone lo mismo, ya que de otro modo el transcurso del tiempo (5 años) no podría hacer que el indigno conservara, y ya de forma inatacable, la herencia que hubiera recibido (sobre esto, *vid.* MENA-BERNAL, *op. cit.*, pp. 38 y ss.; para la refutación de los argumentos de derecho positivo antes señalados en contra de esta solución, *vid.* ALGABA ROS, *op. cit.*, pp. 139 y ss.; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 150-156). A la vista de lo cual hay que admitir que el Código, aunque al calificar jurídicamente la indignidad y regularla entre las causas de incapacidad para suceder se apartó de la tradición romanista, eso no obstante en su régimen –y esto es lo esencial– sigue conservando la orientación tradicional, de forma que hay que situarlo entre aquellos sistemas legislativos que configuran la indignidad sucesoria como causa para excluir al indigno de la herencia pero no para impedirle llegar a ser heredero (ROCA SASTRE, *Anotaciones al Derecho de Sucesiones de Kipp*, 2.^a ed., Barcelona, t. V.2, p. 15; MENA-BERNAL, *op. cit.*, pp. 40 y ss., ALGABA ROS, *op. cit.*, pp. 140 y ss.). *Potest capere sed non potest retinere*, es el aforismo que recoge esta idea. Y así, resulta entonces que la concurrencia en un sujeto de una causa de indignidad, no excluye que se produzca delación a su favor.

A pesar de que el recurso al Derecho alemán no es argumento demasiado consistente en este tema, por las diferentes premisas de que parte, no es inoportuno destacar aquí que coin-

Se trata, ciertamente, de una ficción establecida por la ley, pero que en el plano legal debe tomarse como hecho cierto³⁸³. Esto pensamos que no ha sido advertido por la tesis que estamos criticando³⁸⁴.

Por lo que no hay entonces impedimento, desde el punto de vista de la naturaleza y funcionalidad de la figura, para admitir el juego del derecho de representación en caso de repudiación. Pues aunque en el plano real haya dos llamamientos o delaciones, en el plano jurídico, por virtud de la retroactividad que la repudiación lleva legalmente aparejada, hay que considerar que existe solo una delación, directa a los descendientes de grado ulterior y simultánea al momento de apertura de la sucesión³⁸⁵.

Resuelto eso, pasamos entonces a analizar el planteamiento de Roca Sastre. Como antes pudo verse, son dos las razones en que se basa para negar la operatividad del derecho de representación en caso de repudiación (aunque eso no obstante afirma que se puede y debe llegar a un resultado sustancialmente semejante, si bien que a través de otra figura: la *successio graduum*).

La primera de esas razones, sustancialmente coincidente con la que apunta Vattier, se cifra en considerar que la repudiación del llamado en primer lugar se traduce en una delación sucesiva, pero nueva, a favor del descendiente de grado siguiente, lo que es incon-

cide plenamente con lo que hemos dicho. Pues al comentar el § 1953 BGB afirma rotundamente LEIPOLD lo siguiente: «*Rückwirkung der Ausschlagung. Die wirksame Ausschlagung beseitigt den Anfall der Erbschaft von Anfang an*» (*op. cit.*, § 1953, RdNr 1). Y en el mismo sentido se muestra EDENHOFER, quien escribe que «*Bei wirksamer Ausschlag vor dem Anfall erfolgt kein Anfall. Wird nach dem Anfall ausgeschlagen, so gilt der Anfall als nicht erfolgt. Die Ausschlag wirkt also auf den Erbfall zurück, so dass der Ausschlagende von Anfang an Nichterbe war. Der Nächts berufene gilt (rückwirkend) vom Erbfall an als Erbe*» (en Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch Kurz-Kommentare*, München 2009, § 1953, núm. 1). Y también OTTE y MAROTZKE: «*Da der Ausschlagende nach der Fiktion des Abs 2 als zur Zeit des Erbfalls schon verstorben anzusehen ist, tritt an seine Stelle bei der gesetzlichen Erbfolge der nach ihm berufene gesetzliche Erbe*» (en *Staudingers Kommentar zum BGB*, 12.^a ed. Berlin 1989, § 1953, núm. 6).

³⁸³ A la vista de lo cual es claro que la distinción de supuestos poniendo el acento en la existencia, en el plano real, de uno o de dos llamamientos, no se ve acogida por nuestro Derecho positivo. En este sentido es destacable que en nuestro Derecho el tratamiento del supuesto de indignidad se hace aunándolo con el de desheredación, en el que sin embargo no hay, por hipótesis, llamamiento a favor del desheredado.

Desde otra perspectiva, pero en este mismo tema, nos parecen clarificadoras las precisiones terminológicas que en este tema hace SAPENA (*op. cit.*, pp. 116-117), quien distingue entre vocaciones o delaciones sucesivas, y vocaciones o delaciones subsidiarias. Sucesiva es aquella que teniendo un mismo contenido se repite en el tiempo, una después de haber tenido lugar realmente otra, durante un lapso de tiempo más o menos largo. Subsidiaria es la que se produce solo si queda sin efecto la que en principio iba a tener lugar. Sobre esta base, en el caso de indignidad ocurre que la segunda vocación entra en juego porque la primera vocación, aunque se haya producido realmente, luego deviene ineficaz y deja de surtir efecto retroactivamente. Por lo que no es sucesiva sino subsidiaria.

³⁸⁴ Aunque VATTIER hace referencia a ello en su *op. cit.*, pp. 109, 215 y 255.

³⁸⁵ La referencia que en apoyo de su planteamiento hace VATTIER a lo dispuesto en los arts. 766 y 923 Cc no resulta en absoluto determinante en este sentido, a tenor de lo que en su momento dijimos al considerar esos preceptos. Para no repetirnos, nos remitimos aquí a lo que entonces dejamos dicho (*vid. supra*, en el trabajo, punto 3.1.a) y punto 3.3.A.d).

ciliable con el *ius repraesentationis*. Por tanto, afirma Roca Sastre, en caso de repudiación ese resultado se ha de articular a través de otro expediente –la *successio graduum*–, cuya esencia radica en tratarse de dos llamamientos o delaciones sucesivas³⁸⁶.

La segunda razón deriva de la anterior, y se concreta en las diferentes consecuencias que cada una de esas figuras dice que lleva aparejadas. Porque si en la *successio* hay dos delaciones distintas y sucesivas esto supone –según dice– que los descendientes de segundo grado que sean llamados en su momento no son necesariamente los que existan al tiempo de abrirse esa sucesión, sino los que existan cuando el segundo llamamiento se produce, lo cual será en un instante posterior a la muerte del causante (ya sea realmente –caso de repudiación–, ya sea conceptualmente –caso de indignidad–).

Estas razones no son sin embargo, a nuestro juicio, acertadas.

A la primera puede responderse con los mismos argumentos que se han dado antes para rebatir la negativa de Vattier, a los que remitimos.

Y la segunda hay que decir que no se corresponde con la realidad de nuestro Derecho actual. Pues en relación al momento a que hay que acudir para determinar qué descendientes ulteriores han de ser llamados en lugar del indigno o repudiante, nuestra doctrina actual es pacífica al afirmar (al margen ahora de cuál sea el expediente con que se articule el llamamiento) que «ha de atenderse al momento de la apertura de la sucesión, con lo cual los eventuales herederos de grado posterior transmiten el derecho en caso de su fallecimiento, aunque la renuncia de los parientes preferentes no hubiera tenido lugar y se exprese con posterioridad a dicha defunción, sin perjuicio de que el fallecido no hubiera alcanzado la condición de heredero efectivo, dado el carácter retroactivo de la repudiación»³⁸⁷. Y siendo esto así, como lo es, la objeción cae por su base.

³⁸⁶ En relación con el supuesto de indignidad, que es semejante desde esta perspectiva, ROCA SASTRE (*Estudios de Derecho privado* cit., p. 272) se pronuncia de un modo contradictorio, pues primero dice que «en cuanto al art. 761, hay que sostener análogo criterio [esto es, *successio graduum*], si bien con referencia a la estirpe del heredero testamentario indigno, pero no del heredero intestado, ya que en el caso de indignidad de este heredero actúa el derecho de representación», pero luego añade que «aquí tampoco se produce caso alguno de representación, sino una especie de *successio graduum*, si bien referida a la legítima».

³⁸⁷ VILLAGÓMEZ RODIL, *Comentario del Código civil*, coord. por Sierra Gil de la Cuesta, Barcelona 2000, art. 923, p. 211. Así lo sostiene también el propio ROCA SASTRE, aunque evidentemente no al tratar el tema de la *successio graduum*: vid. sus *Notas al Tratado de Derecho Civil de Kipp*, trad. esp. 2.ª ed. Barcelona 1976, t. 2, *Derecho de Sucesiones*, p. 19. Igual ocurre en el Derecho alemán (aunque su utilización aquí, lo advertimos una vez más, debe tomarse con cautela, por las distintas premisas de que parte). En este sentido, nos dice LEIPOLD que «*Der Anfall an den Nächtsberufenen wird durch Abs 2,2 Halbs wiederum*

Lo que supone que, al igual que las de Vattier, tampoco las razones apuntadas por Roca Sastre son válidas para negar la operatividad del derecho de representación en caso de repudiación. Pues la naturaleza jurídica de ese derecho, y su consecuente funcionalidad, lo permiten.

Llegados aquí, conviene entonces recapitular lo visto en este punto y concluir exponiendo nuestra idea.

En este sentido, hemos visto que las explicaciones sobre la naturaleza y la configuración funcional del derecho de representación se han construido atendiendo a los supuestos de premoriencia, indignidad y desheredación, y que en ellas no se hace referencia ninguna a la hipótesis de la repudiación. Esto es natural, por razones evidentes.

Lo importante, ahora bien, no es eso, sino constatar que casi todas esas explicaciones, sin perjuicio de matices y particularidades propios de cada una, presentan una idea de base común, y que esta no es en absoluto inconciliable con la operatividad del derecho de representación también en casos de repudiación.

Según hemos dicho antes, ese denominador común es el siguiente. Que la esencia del derecho de representación radica en ser un expediente a través del cual la ley permite que los descendientes de una persona puedan concurrir a la sucesión que en principio iba destinada a esta por su grado de parentesco más próximo al causante, cuando por determinadas circunstancias esa persona no la va a recibir. Que ese expediente se articula a través de un llamamiento directo, originario y simultáneo a la apertura de la sucesión, que la ley hace a favor de los representantes, lo que supone que el llamamiento inicialmente destinado al pariente de grado más próximo (representado) no haya resultado eficaz en ningún momento (sea esto así en el plano real, sea en el plano legal por retroactividad normativamente dispuesta). Y que la medida cuantitativa de ese llamamiento viene determinada por la ley, bien por referencia a lo que al representado hubiera correspondido en esa herencia (toda, o una parte alícuota) si hubiera estado vivo al tiempo de abrirse esa sucesión, bien por referencia a lo que en concepto de legítima le hubiera correspondido, en caso de que el no heredar sea debido a una causa imputable a él.

auf den Zeitpunkt des Erbfalls zurückbezogen. (...) Wenn der Nächstsberufene zwischen dem Erbfall und der Ausschlagung durch den Zuerst berufenen verstorben ist, so hindert dies den Anfall der Erbschaft nicht; sie ist dann vom Nächstsberufenen mittlerweile an seine Erben gelangt» (Münchener Kommentar zum BGB cit., § 1953, RdNr 7). También OTTE y MAROTZKE: «wem die Erbschaft oder der Erteil an Stelle des Ausschlegenden anfällt, entscheidet lediglich der Umstand, wer zur Zeit des Erbfalls der berufene sein würde» (Staudingers Kommentar zum BGB cit., § 1953, núm. 7).

Pues bien, eso dicho, resulta entonces que este expediente es perfectamente compatible con el caso del descendiente que no recibe la herencia a él deferida porque la repudia, teniendo a su vez descendientes (que los son también, por tanto, aunque de grado más lejano, del causante). Ya que todas y cada una de las notas antes señaladas son predicables de este caso.

Esto es así, porque lo que a través del derecho de representación se posibilita en ese caso es que los descendientes del descendiente repudiante puedan concurrir a la herencia del abuelo. Esa posibilidad se articula mediante un llamamiento legal que, en virtud de la retroactividad que el Código establece en caso de repudiación (art. 989), debe considerarse como el único habido en ese sentido, producido al tiempo de apertura de la sucesión y dirigido directamente a los descendientes de segundo grado. Y su medida viene dada por lo que en concepto de legítima hubiera correspondido en esa herencia al repudiante, sin que esta diferencia cuantitativa con respecto al derecho de representación contemplado en los arts. 924 y ss. Cc obste a lo dicho, pues en nuestro Derecho ya sabemos que hay que distinguir entre representación a efectos de herencia y representación a efectos de legítima.

Se trata además de una conclusión que encaja perfectamente con la consideración de que el derecho de representación no es un verdadero derecho subjetivo sino un expediente de llamamiento sucesorio que el Ordenamiento utiliza como medio para alcanzar los fines que en cada caso considera oportunos. Pues siendo eso así, como lo es, resulta entonces que la determinación de cuándo vaya a entrar en juego el derecho de representación es algo que ha de resolverse en función de consideraciones de política legislativa, en razón de otros derechos o intereses también reconocidos a nivel legal. En este sentido, como ya quedó dicho en su momento, hay que tener presente que en nuestro Ordenamiento sucesorio actual la legítima es un derecho que condensa un interés de orden superior, y que la percepción de la misma por parte de los descendientes no puede verse impedida por hechos o circunstancias personales propios del descendiente de grado más próximo al causante. Pues bien, los hechos o circunstancias que pueden incidir en ese sentido no son solo la indignidad y la desheredación (aunque esos sean los que el Código contempla expresamente) sino también la repudiación. Por lo que ha de articularse un expediente adecuado para hacer eso posible.

Pues bien, el expediente adecuado para ello es el derecho de representación³⁸⁸. No solo porque utilizar este sea más fácil y correc-

³⁸⁸ Así lo afirma también MARTÍNEZ CALCERRADA, *Comentario del Código civil* cit., p. 235.

to que resucitar o crear la figura de la *successio graduum*³⁸⁹. Sino porque, como a tenor de lo dicho en este punto ha quedado claro, la naturaleza y configuración funcional que el derecho de representación tiene en nuestro Derecho actual son plenamente adecuados a ese fin³⁹⁰.

³⁸⁹ Esto, por otra parte, no deja de desprenderse (más o menos veladamente) de las palabras de su principal paladín, ya que si bien afirma la vigencia histórica de la *successio graduum* en Roma, en todo caso reconoce que después se descuidó y olvidó. Y así, aunque aceptáramos aquí la vigencia de esa figura en el Derecho de Roma (lo cual no es del todo claro), más cierto aún debemos tener que la misma no se mantuvo luego en el Derecho Común, ni en nuestro Derecho histórico, ni fue atisbada siquiera al tiempo de elaborar el Código civil. Así lo afirma, muy certeramente, MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, pp. 234-235. En apoyo de lo dicho puede considerarse además que en otros Ordenamientos el derecho de representación tiene reconocida operatividad también en caso de repudiación. Y así, aunque es cierto que cada Ordenamiento jurídico configura sus expedientes como mejor considera, de tal forma que no tienen que ser iguales, no es menos cierto que eso evidencia que no se trata de un imposible o de un absurdo lógico, habida cuenta que el derecho de representación tiene, en esos Ordenamientos y en el nuestro, una raíz común.

³⁹⁰ Sentado lo anterior, no queda entonces sino hacer alguna digresión acerca de este expediente que procura el resultado de que los descendientes de segundo (o ulterior) grado reciban la legítima. En este sentido, hay que partir de la base de que lo que en tal caso recibirán los descendientes de segundo o ulterior grado no será por vía de testamento, ni tampoco de sucesión intestada. Lo primero es evidente. Pero lo segundo también es claro, si consideramos que entre el llamamiento abintestato y el que en este caso se produce existen diferencias importantes: en cuanto a la medida del llamamiento –la cuota intestada en un caso, la cuota legitimaria en otro–, en cuanto a la base de cálculo –el haber neto que haya al tiempo de la muerte del causante, en la sucesión intestada, y en la legítima el que resulte de sumar, al *relictum*, el *donatum*–, en cuanto a las personas llamadas –las que resultan de aplicar todas y cada una de las normas reguladoras de la sucesión intestada, en un caso, y en otro las que son consideradas legitimarios, que resultan también, en buena medida, de aplicar aquellas normas, pero no de forma total y directa sino por analogía, cuando haya identidad de razón suficiente que lo permita–, etc. Tenemos entonces que recurrir a la idea de llamamiento específico a la legítima, un *tertium genus* junto al llamamiento testamentario y al intestado. Se trata de una idea sostenida por autores relevantes en nuestra doctrina, cuya formulación más acabada la ha dado LACRUZ. En esencia, la idea es la siguiente. Nuestro Derecho no contempla con carácter general un llamamiento específico a la legítima. Las formas generales de suceder *mortis causa* son dos: voluntaria (testamentaria) o *ab intestato*. Así resulta del art. 658 Cc. Ahora bien, que en ese precepto no se haga referencia a un tercer tipo de llamamiento –legitimario– no significa que este no exista nunca, ni que la sucesión por causa de muerte se opere siempre por vía de testamento o de abintestato. Significa, simplemente, que esas son las formas «canónicas» y generales de suceder, al lado de las cuales no es posible situar, en un mismo plano, una tercera forma de suceder, general y con caracteres unitarios. Pero esto no es óbice para reconocer que hay supuestos concretos en que los legitimarios reciben bienes en cumplimiento o para pago de su legítima, por vía distinta de la sucesión testada e intestada. Entre estos casos están los siguientes. Uno es el de desheredación injusta, en que el legitimario, tras ejercitar la correspondiente acción, percibirá lo que le corresponda por legítima, pero no por vía testamentaria –esto es claro– ni tampoco de abintestato, pues el llamamiento a su favor en ese sentido se hace a título individual y solo en la medida necesaria para satisfacerle su legítima. Otro caso es cuando lo que el legitimario percibe a título de herencia o de legado no es todo lo que le corresponde: en este caso, ese legitimario puede pedir el complemento o la reducción necesarios para alcanzar lo que le falta, pero lo que perciba solo puede entenderse recibido en base a un llamamiento específico a la legítima, pues el testamento ha sido título insuficiente en ese sentido desde el punto de vista cuantitativo –esto es lo que ha motivado el ejercicio de esas acciones–, y la vía intestada es claro que no es la que se sigue. O el caso de preterición del cónyuge viudo, pues aquí no se anula la institución de heredero sino que el viudo entrará a suceder solo en su parte de legítima, lo que únicamente-

BIBLIOGRAFÍA

- AIZPUN TUERO, Rafael: *La representación sucesoria en el Derecho civil de Navarra*, Pamplona 1957.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: ad art. 766 Cc, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, t. X.1, Madrid 1987.
- Id: «Duda sobre si el testador quiso un representante o un sustituto vulgar del instituido», en *Actualidad Civil* 1988-1.
- Id: *Curso de Derecho Civil*, 3.^a ed. Pamplona 1989, t. V.
- Id: ad art. 780, en *Comentario del Código civil*, del Ministerio de Justicia, t. I, Madrid 1991.
- Id: ad art. 981 Cc, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, t. XIII.2, Madrid 1998.
- Id: «La sucesión del descendiente ulterior del causante en lugar del descendiente intermedio no preterido (Análisis del artículo 814, párrafo antepenúltimo, del Código civil)», en *Actualidad Civil* 2003-3.
- ALBI AGERO, Tomás: «Derecho de acrecer entre herederos forzosos», en *Revista de Derecho Privado* 1942.
- ALGABA ROS, Silvia: *Efectos de la desheredación*, Valencia 2002.
- BARASSI, Lodovico: *Le successioni per causa di morte*, 3.^a ed. Milán 1974.
- BETTI, Emilio: «Sulla natura giuridica della girata dei titoli all'ordine», en *Rivista di Diritto Commerciale* 1927-I.
- Id: *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp. de la 2.^a ed., Madrid 1959.
- BEUDANT, Charles: *Cours de Droit civil français*, t. V, 2.^a ed. París 1936.
- BOLAS ALFONSO, Juan: «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXV, 1982.
- CAPOZZI, Guido: *Successioni e donazioni*, t. I, 2.^a ed. Milán 2002.
- CARIOTA-FERRARA, Luigi: *Le successioni per causa di morte*, t. I.2, Nápoles 1958.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: «El derecho de representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1942.
- Id: *Derecho civil español, común y foral*, 9.^a ed. Madrid 1989, t. VI.1.

te puede explicarse admitiendo un llamamiento específico en ese sentido. Los casos apuntados son los que habitualmente se señalan como llamamientos específicos a la legítima, hechos directamente por la ley aunque en cada caso con caracteres particulares. Pero dentro de este grupo deben incluirse también los supuestos de los arts. 761 y 857 Cc (así PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «La naturaleza de la legítima», ADC. 1985, pp. 870 y 872; y ESPEJO, *op. cit.*, pp. 277-278): ¿por qué vía, si no, se puede explicar lo que los descendientes de segundo grado reciben en esos supuestos? Testamentaria no, porque entonces no se plantearía el caso —estaríamos ante una institución directa o ante una sustitución vulgar—, aparte de que esos preceptos son aplicables también si la sucesión se defiere abintestato. Pero intestada tampoco, por las características de ese llamamiento —en la medida del mismo, en su base de cálculo, en las personas llamadas— que ya dijimos antes son distintas de las que se dan en la sucesión intestada. Así pues, la legítima que en esos casos se atribuye a los descendientes del descendiente indigno o desheredado solo pueden recibirla a través de un llamamiento específico a su favor en ese sentido: recuérdese que ya se ha dicho que el derecho de representación no es un verdadero derecho subjetivo, sino un expediente de llamamiento sucesorio que la ley utiliza como medio oportuno para alcanzar los fines que en algunos casos estima procedentes. Pues bien, esa misma solución es la que proponemos para el derecho de representación en caso de repudiación por parte del descendiente de grado más próximo, ya que este no es sino un llamamiento a la legítima a favor de descendientes de segundo grado.

- CICU, Antonio: «Successioni per causa di morte. Parte generale», en el *Trattato di Diritto civile e commerciale* de Cicu-Messineo, t. XLII-1.º, Milán 1954.
- COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri: *Curso elemental de Derecho civil*, 3.ª ed., trad. esp. Madrid 1986, t. VI.
- CRUZ AUÑÓN, Alfonso: «Un caso frecuente de preterición», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. III, 1946.
- DE DIEGO: Felipe Clemente: *Instituciones de Derecho civil español*, t. III, Madrid 1932.
- DÍAZ ALABART, Silvia: ad art. 761 Cc, en *Comentario del Código civil*, del Ministerio de Justicia, t. I, Madrid 1991.
- EDENHOFER, Wolfgang: ad §§ 1924, 1935 y 1953 BGB, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch Kurz-Kommentare*, München 2009.
- ESCOBAR DE LA RIVA, Eloy: «El derecho de representación en la herencia testada», en *Revista de Derecho Privado* 1954.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Madrid 1996.
- Id: «Alcance cuantitativo del derecho de representación sucesorio en los casos de indignidad y desheredación», en *Libro-homenaje al Prof. Manuel Albaladejo García*, Murcia 2004.
- FERRI, Luigi: ad art. 467 Cc, en *Commentario del Codice civile*, de Scialoja-Branca, 3.ª ed. Bolonia 1997.
- FLOUR, Jacques et SOULEAU, Henri: *Les successions*, 3.ª ed. París 1991.
- FUENMAYOR Y CHAMPIN, Amadeo de: «Estirpe única y representación hereditaria», en *Revista de Estudios Jurídicos*, t. IV, 1942.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid 1852 (edic. facsímil, Barcelona 1973, Editorial Base).
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: «Designación mortis causa, vocación hereditaria y adquisición automática», en *Revista de Derecho Notarial* 1959.
- GARCÍA MORENO, José Miguel: «La preterición de herederos forzosos en el Derecho común tras la reforma de 1981», en *Actualidad Civil* 1995-4.
- GARCÍA VALDECASAS, Guillermo: «La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor», en *Revista de Derecho Privado* 1963.
- GIMÉNEZ ARNAU, Enrique: «El derecho de representación en la sucesión voluntaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 1940.
- GIMÉNEZ DUART, Tomás: «Los desajustes de la reforma: sobre legítimas y reservas», *Revista de Derecho Notarial* 1985.
- GÓMEZ, Antonio: *Variae Resolutiones*, Lugduni, 1744, t. I.
- Id: *Ad Leges Tauri Comentariorum absolutissimum*, Madrid 1794.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, t. II, 13.ª ed. Madrid 1881.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio: ad art. 766 Cc, en *Comentario del Código civil*, del Ministerio de Justicia, t. I, Madrid 1991.
- GROSSO, Giuseppe, BURDESE, Alberto: «Le successioni. Parte generale», en el *Trattato di Diritto civile* dir. por Vassalli, Turín 1977.
- GUILARTE ZAPATERO, Vicente: ad arts. 924 ss. Cc, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, t. XIII-1.º, Madrid 1989.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. III, Madrid 1863.
- JORDANO BAREA, Juan: *Interpretación del testamento*, Barcelona 1958.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Notas al Derecho de Sucesiones* de Julius Binder, trad. esp. 1953.

- Id: «*Derecho de Sucesiones. Parte general*», en *Tratado teórico-práctico de Derecho Civil* de Lacruz-Albaladejo, t. V.1, Barcelona 1961.
- Id: *Derecho de Sucesiones*, t. I, *Parte general*, Barcelona 1971.
- Id: *Elementos de Derecho civil*, t. V, *Derecho de Sucesiones*, 5.^a ed. Barcelona 1993.
- LANZAS GALVACHE, Joaquín y RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix: «El derecho de representación del artículo 814, párrafo tercero, del Código civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 1988.
- LEIPOLD, Dieter: ad §§ 1924, 1935, 1953 y 2069 BGB, en *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2.^a ed. 2004, t. 9.
- LLAMAS Y MOLINA, Sancho: *Comentario crítico, jurídico y literal, a las ochenta y tres Leyes de Toro*, 5.^a ed. Madrid 1875.
- LÓPEZ, Gregorio: *Glosas a las Partidas*.
- MADRIÑÁN VÁZQUEZ, Marta: *El derecho de representación en la sucesión testada*, Pamplona 2009.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código civil español*, t. VII (4.^a ed. Madrid 1914) y t. VI (5.^a ed. Madrid 1921).
- MAROTZKE, Wolfgang: ad § 1953 BGB, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12.^a ed. Berlín 1989.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: *Preterición y derecho de representación en el artículo 814.3 del Código civil*, Madrid 1991.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, Luis: *La representación en el Derecho sucesorio*, Pamplona 1966.
- Id: ad arts. 924 ss., en *Comentario del Código civil* dir. por Sierra Gil de la Cuesta, t. 5, Barcelona 2000.
- MARTY, Gabriel et RAYNAUD, Pierre: *Droit civil. Les successions et les libéralités*, París 1983.
- MAZEAUD, Henri, Leon et Jean: *Leçons de Droit civil*, t. IV.2, París 1982.
- MENA-BERNAL ESCOBAR, María José: *La indignidad para suceder*, Valencia 1995.
- MIQUEL GONZALEZ, José María: en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, t. II, 1984.
- MORELL, José: «¿Heredan los nietos por representación en caso de renuncia del padre?», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1905.
- MOSCATI, Enrico: «*I limiti della successione per rappresentazione nella linea collaterale (Profili storici e costituzionali)*», en *Rivista di Diritto Civile* 1977-I.
- NICOLO, Rosario: «La vocazione ereditaria diretta e indiretta», en *Raccolta di Scritti*, Milán 1980.
- NOVOA SEOANE, Ramón: «El derecho de representación según el Código civil. Antinomias aparentes», en *Revista de Derecho Privado* 1914.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: ad arts. 761, 766 y 857, en *Comentario del Código civil* dir. por Sierra Gil de la Cuesta, t. 4, Barcelona 2000.
- OTTE, Gerhard: ad §§ 1953 y 2069 BGB, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12.^a ed. Berlín 1989.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: «*La naturaleza de la legítima*», en *Anuario de Derecho Civil* 1985.
- PINO, Augusto: «Limiti di applicazione del diritto di rappresentazione», en *Giurisprudenza italiana* 1947.
- PINTO RUIZ, José J.: «El actual artículo 814 del Código civil no introduce el derecho de representación en la sucesión testada», en *Revista General de Derecho* 1984, n.º 50.
- PLANITZ, Hans: *Principios de Derecho privado germánico*, trad. esp., Barcelona 1957.

- POTHIER, Robert Joseph: «Traité des Successions», en *Oeuvres*, t. VII, 9.^a ed. París 1827.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V.3, 4.^a ed. Barcelona 1993.
- REY PORTOLÉS, Juan Manuel: «Comentario a vuela pluma de los artículos de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 1982.
- RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La preterición en el Derecho común español*, Valencia 1994.
- ROCA SASTRE, Ramón María: «Observaciones críticas sobre la tendencia expansionista del derecho de representación sucesoria», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1943.
- Id: *Estudios de Derecho Privado*, t. II, Madrid 1948.
- Id: Notas al *Derecho de Sucesiones de Kipp*, 2.^a ed. Barcelona 1976, t. 1 y 2.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho de Sucesiones*, t. II, Barcelona 1991.
- ROYO MARTÍNEZ, Miguel: *Derecho sucesorio mortis causa*, Sevilla 1951.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: «La sucesión legítima y el sistema de parentelas desde la perspectiva de la reforma del Derecho sucesorio», en *Estudios Jurídicos en honor del Prof. Octavio Pérez-Vitoria*, t. I, Barcelona 1983.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho Civil*, t. VI (núms. 2 y 3), 2.^a ed. Madrid 1910.
- SAPENA TOMÁS, Joaquín: «Vocación directa e indirecta», en *Revista de Derecho español y americano* 1960.
- SCAEVOLA, Mucius: *Código civil comentado y concordado*, t. XVI, 4.^a ed. Madrid 1900.
- SIERRA BERMEJO, Luis: *El derecho de representación en la sucesión testada*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV, 1948.
- STORTI STORCHI, Claudia: voz *Rappresentazione (Diritto intermedio)*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVIII, Varese 1987.
- TODARO, Renato Vittorio: «Studi sul diritto di rappresentazione», en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, t. XXXVIII, 1904.
- TRAVIESAS, Miguel: «Sobre derecho hereditario», en *Revista de Derecho Privado* 1921.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: «Distribución del derecho a la legítima individual de los descendientes en el Código civil», en *RDP*, 1967.
- Id: «Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer», t. I, *Las legítimas*, en *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, INEJ., vol. LVIII, Madrid 1974.
- Id: *Panorama del Derecho de Sucesiones*, t. I, *Fundamentos* (Madrid 1982) y t. II, *Perspectiva dinámica* (Madrid 1984).
- Id: ad art. 819 Cc, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa t. XI, Madrid 1982.
- Id: ad arts. 970 y 973, en *Comentario del Código civil* del Ministerio de Justicia, t. I, Madrid 1991.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho civil español*, t. V, 2.^a ed. Valladolid 1921.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos: *El derecho de representación en la sucesión mortis causa*, Madrid 1986.
- Id: ad arts. 923 y ss., en *Comentario del Código civil* del Ministerio de Justicia, t. I, Madrid 1991.

- Id: «El derecho de representación», en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia, 2006.
- VILLAGÓMEZ RODIL, Alfonso: ad art. 923, en *Comentario del Código civil* coord. por Sierra Gil de la Cuesta, Barcelona 2000.
- VOET, Johannis: *Commentariorum ad Pandectas*, Bassani 1827.
- WERNER, Olaf: ad § 1924, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12.^a ed. Berlín 1989.
- ZOZ, Maria Gabriella: voz *Rappresentazione (Diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVIII, Varese 1987.