



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

El Derecho de representación en la sucesión hereditaria

Presentado por:

Nora Palencia Cuadrado

Tutelado por:

Blanca Sánchez-Calero Arribas

Valladolid, septiembre de 2021

RESUMEN

El derecho de representación se encuentra regulado en los artículos 924 y siguientes del CC. Este derecho permite a los descendientes o sobrinos ocupar el lugar del premuerto en la herencia del causante, siendo representantes de la parte que a éste le correspondería.

Es una institución que inicialmente surge para la sucesión intestada, pero que a lo largo de los años se ha ido aplicando a la sucesión testada para no perjudicar a los descendientes del incapaz o desheredado, pero solo en su parte de legítima. Analizaremos su posible extensión a la repudiación.

PALABRAS CLAVES

Derecho de Representación - Sucesión Testada - Sucesión Intestada – Herencia - Heredero - Legítima - Línea recta descendente - Línea colateral - Descendiente – Causante - Indignidad - Desheredación - Repudiación.

ABSTRACT

The right of the representation is regulated in the articles 924 and following of CC. This right allow to the descendants or nephews take the pre-dead place in the *de cuius* heritage, being representatives of the part that would belong to this.

It is an institution initially arisen for the intestate succession, but over the years has been applied in the testate succession in order to not to harm to the descendants of the disqualified to succession or disinherited, but only in its legitime. We will analyze its possible extension to the repudiation.

KEY WORDS

Right of representation - Testate Succession - Intestate Succession - Heritage- Heir - Legitime (legitima portio) - Heirs of the body - Collateral Line - Descendant - *De cuius* - Disqualified to succession - Disinherited - Repudiation.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	4
2. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN	5
2.1. Concepto	5
2.2. Fundamento	6
2.3. Naturaleza Jurídica	7
2.4. Contexto Histórico	9
2.5. Figuras afines	11
2.5.1. <i>Sustitución vulgar</i>	12
2.5.2. <i>Derecho de acrecer</i>	13
2.5.3. <i>Ius delationis</i>	14
3. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN INTTESTADA 15	
3.1. Análisis de los artículos 924 y 929 del CC	15
3.2. Análisis del artículo 925 del CC	19
3.2.1. <i>Derecho de representación en la línea recta descendente</i>	20
3.2.2. <i>Derecho de representación en la línea colateral</i>	21
3.2.3. <i>Capacidad para suceder por representación</i>	23
3.3. Análisis del artículo 926 del CC	24
3.3.1. <i>División por stirpes en la línea recta descendente</i>	24
3.3.1.1. El deber de colacionar.....	25
3.3.1.2. El cálculo de la legítima.....	25
3.3.1.3. El derecho de acrecer.....	26
3.3.2. <i>División por stirpes en la línea colateral</i>	26
3.4. Análisis del artículo 927 del CC	27
3.5. Artículo 928 del CC	29
4. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA	30

4.1.	El derecho de representación en la sucesión testada antes de la reforma del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo	31
4.2.	El derecho de representación en la sucesión testada después de la reforma del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo	34
4.3.	El derecho de representación en la sucesión testada en la actualidad	38
5.	LA REPUDIACIÓN.....	41
5.1.	Repudiación y Derecho de Representación en la Sucesión Intestada.....	41
5.2.	Repudiación y Derecho de Representación en la Sucesión Testamentaria.....	45
6.	DERECHOS CIVILES PROPIOS	46
6.1.	Aragón.....	47
6.2.	Islas Baleares	49
6.3.	Cataluña	50
6.4.	Galicia	51
6.5.	Navarra	52
6.6.	País Vasco.....	53
7.	CONCLUSIONES.....	53
8.	BIBLIOGRAFÍA.....	55
9.	JURISPRUDENCIA.....	57
10.	LEGISLACIÓN	58

1. INTRODUCCIÓN

A pesar de que la muerte es un suceso muy triste, por desgracia a todo el mundo nos llega. Es en ese momento cuando tiene lugar un proceso jurídico muy importante, a la par que complicado y tedioso, que no es otro que la sucesión *mortis causa*.

Dentro de la sucesión nos encontraremos con dos ámbitos muy diferentes en función de si existe o no testamento, ya que, con la sucesión testada, será el *de cuius* quien libremente disponga de sus bienes, salvo en las legítimas; mientras que, de no existir testamento, se abre la denominada sucesión *abintestato* o intestada.

Puede ocurrir que algún heredero premuera a su progenitor, situación que produce una incertidumbre sucesoria si aquél tuviera descendencia. Sería obvio pensar que el abuelo va a querer a sus nietos del mismo modo que a sus hijos, y sería su voluntad que los nietos recibieran lo que su padre no hubiera podido heredar. Para estos casos el Código Civil recoge, en sus artículos 924 a 929, el denominado derecho de representación.

En sus orígenes esta figura fue creada para la sucesión intestada, no siendo posible su aplicación en la sucesión testada, puesto que ésta se basa en la voluntad del testador; de darse una situación parecida cuando hay testamento existe la sustitución vulgar, mecanismo con unos efectos similares al derecho de representación. Esta negativa de la doctrina española se justificaba, además, en la colocación de la institución dentro del articulado dedicado a la sucesión *abintestato*.

Sin embargo, otro sector doctrinal alegaba que, por motivos de equidad y justicia, en caso de premoriencia de un heredero, sus descendientes debían ocupar el lugar de su padre haciendo uso del derecho de representación, incluso si el hecho ocurría existiendo testamento. De este modo, la mejor forma de reparar el daño causado por la muerte de un padre era permitirles ocupar su posición, y no privarles injustamente de unos bienes que, de seguir el heredero vivo, finalmente habrían sido suyos. Este debate doctrinal concluyó con la Reforma del Código Civil del año 1981, momento en el que quedó clara la admisión de la representación en la sucesión testamentaria.

Del mismo modo, el ámbito de aplicación de este derecho, en un primer momento, solo tenía lugar con la premuerte de un legitimario. Con la Reforma antes citada, los casos se ampliaron, y a día de hoy se da el derecho de representación cuando exista un indigno o algún desheredado, supuestos que abren la posibilidad de representar a una persona viva. Es por

ello que actualmente se plantea si, cuando un heredero repudia o renuncia a su herencia, tiene cabida el derecho de representación a favor de sus descendientes.

Además, hemos de tener en cuenta que este derecho solo se dará en la línea recta descendente sin límite de grado, y en la colateral hasta los sobrinos del causante. Y que dependiendo del supuesto en el que nos encontremos, el representante tendrá derecho a toda la parte del progenitor, o solo podrá ser beneficiario de la legítima.

2. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN

2.1. Concepto

El derecho de representación hereditario se encuentra definido en el artículo 924 CC de la siguiente manera *“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”*, precepto que ha sido considerado de difícil comprensión o, en palabras de GUILARTE ZAPATERO, *“la fórmula del texto legal es poco afortunada, aun contemplándola con la mejor disposición; la idea que da del derecho de representación difícilmente puede calificarse de bastante exacta y clara, y por lo mismo de aceptable, si no matiza con precisión ni el objeto del derecho, ni los titulares del mismo”*¹. Estas críticas se realizan por incurrir el precepto en los siguientes errores:

Uno de los errores más llamativos en el artículo es que no determina con claridad a quien se refiere con la denominación *“parientes”*. En el artículo 925 CC nos indica que los referidos parientes serán los de la línea recta descendente, es decir, los hijos, los nietos, etc., y los sobrinos, hijos de hermanos del fallecido.

El Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 24 de mayo de 1999² hace constar la explicación del párrafo anterior en el Fundamento de Derecho Cuarto, de la siguiente manera *“la aceptación del transmisario determina que herede el segundo causante, es decir, el primer instituido, y sólo a través de la herencia de éste, produciendo sus efectos en la herencia de éste, como parte de la herencia de éste, llega hasta la esfera jurídica del transmisario la sucesión del primer causante. El transmisario ha recibido del segundo causante el derecho a aceptar la herencia del primero, pero la ley no puede hacer que el transmisario sea directamente llamado a ella, puesto que el primer causante no ha pensado en él ni lo ha nombrado en el testamento, ni es su heredero «ab intestato». Es heredero del transmitente y no heredero del primer causante”*.

¹ GUILARTE ZAPATERO, V. Artículos 912 a 958 del Código civil. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. T. XIII. Vol. 1º. Dir. Manuel Albaladejo. EDERSA, Madrid, 1989, pág. 133.
² AC 1999\5175.

Otro de los errores, es la utilización de la expresión “*para sucederle*”, ella nos puede conducir a una mala interpretación de la persona a la que se sucede, porque con el derecho de representación se hereda del *de cuius* en el mismo lugar que hubiera ocupado el representado, y no al revés como se pudiera deducir del artículo. Es decir, si un padre (representado) premuere al abuelo (causante), su hijo (representante) sucederá en los derechos que le corresponderían a aquél si viviera, en lo referente a la herencia del abuelo.

Por último, el artículo solo hace referencia a los derechos, y en ningún momento nos habla de los deberes que conlleva ser parte de una herencia, como son: el deber de colacionar y cumplir con las deudas del causante.

GUILARTE ZAPATERO extrae esta definición de derecho de representación “*el que la ley reconoce a ciertos parientes y en cuya virtud les llama para suceder en vez de su ascendiente cuando éste premuere al causante o no ha podido heredarle, dividiéndose la herencia por estirpes*”³.

Tras este análisis, a mi parecer, para solventar el primer error, el artículo 924 CC podría ser redactado de las siguientes maneras, o “*Llácese derecho de representación el que tienen los descendientes e hijos de hermanos de una persona...*” o “*Llácese derecho de representación el que tienen los parientes, a los que se refiere el artículo siguiente, de una persona...*”, porque de esta forma se limitan los sujetos que tienen este derecho.

En el caso de la expresión “*para sucederle*”, yo lo cambiaría por “*para ocupar su lugar*”, ya que se vería de forma más clara a quien se sucede.

Y, en último lugar, el precepto debería incluir no solo los derechos, sino también las obligaciones que conlleva ser heredero.

Es decir, mi propuesta de redacción del artículo 924 CC sería la siguiente: “*Llácese derecho de representación el que tienen (los parientes, a los que se refiere el artículo siguiente, de una persona) o (los descendientes e hijos de hermanos de una persona) para ocupar su lugar en todos los derechos y obligaciones que tendría si viviera o hubiera podido heredar*”.

2.2. Fundamento

A la hora de determinar el fundamento del derecho de representación son dos los posibles criterios, uno de carácter subjetivo, y otro de carácter objetivo.

³ GUILARTE ZAPATERO, V. Op. cit., pág. 137.

Desde un punto de vista subjetivo, el derecho de representación existe para seguir lo manifestado por el *de cuius*, es decir, para atender a su voluntad, dado que, habiendo premuerto su hijo, el vínculo afectivo que tenía con él su padre se extenderá a sus nietos. Partidario de este fundamento es GUILARTE ZAPATERO⁴, pero este jurista entiende que solamente los descendientes naturales son los que podrán hacer uso del derecho de representación, dado que no puede argumentarse que el causante tenga tal aprecio por los adoptados.

Como contrapunto, la tesis objetiva establece que el fundamento del derecho de representación lo encontramos en la protección legal de la familia, dado que la finalidad de este derecho es beneficiar a la línea recta descendente del causante.

Con la combinación de las dos corrientes anteriores, se plantea la teoría sincréticas, según la cual hay que entender que el derecho de representación debe fundamentarse en la teoría de carácter subjetivo, pero también en la de carácter objetivo, por un doble motivo, primero, para proteger a la familia, y segundo, para subsanar el dolor producido por una muerte inesperada y prematura.

Tras lo expuesto, soy partidaria de la teoría sincrética expuesta en el párrafo anterior, porque considero que el fundamento del derecho de representación en la sucesión hereditaria debe basarse en ambos criterios, puesto que la aparición de la representación sirve para que los herederos puedan heredar lo que su progenitor premuerto hubiera recibido en herencia si hubiera vivido (criterio objetivo), y porque se entiende que el deseo del causante siempre será beneficiar económicamente a su familia, debido al afecto que a ésta profesa (criterio subjetivo).

2.3. Naturaleza Jurídica

Debido a la interpretación realizada por los copistas medievales de los textos romanos, concretamente de la *Instituta* de Justiniano⁶, la *successio in locum* pasó a conocerse como derecho de representación, donde los nuevos herederos acudían a la herencia haciendo uso de un derecho transmitido por su padre (lo que realmente no sucedía, ya que eran los descendientes quienes, en este caso, podían ejercitar un derecho propio, como es la

⁴ GUILARTE ZAPATERO, V. Op. cit., pág. 138.

⁵ CAÑIZARES LASO, A. Código civil comentado, Volumen II. Civitas-Thomson Reuters, 2011, págs. 1313 y 1314.

⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J. Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo Sexto, Volumen Tercero, REUS S.A, Madrid, 1978. pág. 100.

representación⁷). Expresión que resultó ser errónea, dado que la representación en sentido técnico-jurídico implica que el representante actúe en nombre e interés del representado; por ello, es necesario que ambos sujetos coexistan al mismo tiempo⁸, siendo imposible representar a un fallecido. Así mismo, el término representación propiamente dicho, supone que el representante delegue en el representado su voluntad, o bien porque es incapaz de obrar (por ejemplo, por minoría de edad o por incapacidad), o bien porque le ha concedido dicha voluntad. No obstante, en la representación sucesoria esto no es aplicable ya que el representante actúa en su nombre e interés patrimonial.

Como consecuencia de esta inexacta transcripción, y en un intento de aclarar la finalidad de la representación sucesoria, se han formulado las siguientes teorías⁹.

En primer lugar, nos encontramos con la teoría de la ficción legal, teoría que entiende que esta institución es una ficción creada por el legislador, para que el representante ocupe el mismo grado que hubiera tenido su progenitor en la herencia del causante. Actualmente esta tesis está en desuso.

Considero que esta naturaleza jurídica no es la más adecuada, dado que el legislador no necesita generar o crear ninguna ley para poder conceder, a los hijos de un premuerto, algo que si éste hubiera seguido vivo hubiera recibido en herencia, y aquéllos, una vez fallecido éste, harían suyos esos bienes o derechos.

La siguiente teoría, muy similar a la anterior, entiende que el derecho de representación es una subrogación legal, según la cual, por imposición de la ley, el representante reemplaza a su progenitor premuerto en su mismo lugar y grado.

Tampoco, a mi entender, es comprensible que se entienda el derecho de representación hereditario como una subrogación legal, dado que un hijo no ocupará nunca la posición del progenitor; simplemente recibirán lo que éste hubiera heredado de seguir vivo.

⁷ BRIOSO ESCOBAR, E.L. El derecho de representación en la sucesión intestada de los descendientes y los artículos 921, 923 y 933 del Código Civil. Revista Jurídica del Notariado, Enero-Marzo 1993, pág. 22.

⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L. Elementos de derecho civil, Tomo V, Sucesiones. Cuarta edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, 2009, pág. 44.

⁹ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J.L. 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. Anuario de Derecho Civil, Sevilla, 2012, págs. 241 a 245. LÓPEZ SAN LUIS, R. El derecho de representación en la sucesión testamentaria. Comares, Granada, 2013, págs. 11 y 12.

La teoría dominante en nuestro derecho es la de la sustitución *ex lege* o legal. Según esta tesis el derecho de representación tiene un funcionamiento en la sucesión *abintestato* similar al de la sustitución vulgar en la sucesión testada, con la diferencia de que en la primera de ellas el llamamiento lo hace la ley, mientras que en la segunda proviene del testador. Siendo ambas una vocación indirecta, en la que los nuevos herederos suceden en lugar del representado.

De igual manera que la posición dominante, entiendo que la sustitución legal es la más acertada de las teorías, puesto que con el derecho de representación se permite que los descendientes o sobrinos ocupen la posición del premuerto, pero sin sustituirle en el derecho, ni ocupando su grado; interviniendo como un nuevo sujeto establecido por la ley.

Finalmente, se propone la teoría de la vocación colectiva, por la cual al haber sido instituido heredero el premuerto, se considera que toda su estirpe es llamada directamente por la ley en caso de faltar aquél. Dentro de esta modalidad, nos encontramos con la vocación colectiva indirecta y la *per relationem*.

Esta naturaleza jurídica es errónea desde mi punto de vista, porque con un nombramiento de un heredero solamente se hace referencia al llamado, y no a toda su estirpe, dado que, si se quiere llamar a la estirpe, deberían ser mencionados todos sus integrantes de alguna manera en el testamento. Del mismo modo ocurre en la sucesión intestada, pero, como sabemos, los parientes de mejor grado excluyen a los de más remoto, y, por tanto, no tiene sentido pensar que se llama a toda la estirpe.

2.4. Contexto Histórico

El derecho de representación ha sufrido diversos cambios a lo largo de toda su historia, desde la aparición de algún indicio en Egipto o la India, pasando por su máximo desarrollo en el Derecho romano, apareciendo brevemente en el derecho germánico. En España, se plasma a lo largo de la Edad Media en numerosos textos legales; hasta que en el siglo XIX fue recogido definitivamente por nuestro Código Civil de 1889. Pasemos a analizar resumidamente cada etapa vivida por el derecho de representación.

Fue en el Derecho romano donde empezó a tener importancia el derecho de representación, pero historiadores como D'AGUANNO¹⁰ sostienen que podemos encontrar

¹⁰ D'AGUANNO, G. La génesis y la evolución del Derecho Civil según los resultados de las ciencias antropológicas e histórico sociales, con una introducción de G. P. Chironi y traducción de Pedro Dorado Montero. Madrid, La Española Moderna, 1900, págs. 480 a 482.

indicios del derecho en pueblos más antiguos. El primero de ellos es Egipto, concretamente en tiempos de Darío I, Rey de los Persas (549 a 486 a.C.), donde, debido a la copropiedad de la familia¹¹, todos acudían a la sucesión de forma igualitaria; de ahí, que los hijos y descendientes, gracias a la existencia del derecho de representación, heredaban por estirpes.

Otro pueblo a tener en cuenta es la India, con un sistema sucesorio similar al egipcio, donde los descendientes heredaban por partes iguales. Pero en esta cultura nos encontramos con un caso muy peculiar de representación¹², donde un hijo menor, tras recibir la autorización necesaria, tenía un hijo con la mujer de su hermano mayor premuerto; este niño representa al marido de su madre en la herencia, que a efectos legales era su padre, y concurriría a la herencia con su padre natural, es decir, con el hijo menor.

Retomando la primera idea expuesta, es en Roma donde surge el derecho de representación, concretamente en la época clásica (27 a.C. a 235 d.C.), denominado como *Sucessio in locum*. Esta institución surgía cuando premuerto un hijo del *de cuius*, su descendencia pasaba a heredar la parte de su progenitor, repartiéndosela en partes iguales¹³. Pero cuando más se aproxima esta figura a nuestro derecho de representación actual, es en el Derecho Justiniano (527 a 565) donde a través de las Novelas 118 y 127 se concede el derecho de representación a la línea recta descendente, ya sean hijos o nietos, cuando su antecesor haya premuerto; pero, además, permitía a los sobrinos del causante representarle, sucediendo por cabezas¹⁴.

Aunque no solo poseía importancia en el Derecho romano, podemos encontrar otras fuentes que también explicaban este suceso jurídico, como es el Derecho germánico, donde en un primer momento los hijos de un premuerto no tenían derecho sobre la herencia del causante, siendo los hermanos de aquél quienes recibirían su parte. Pero en la Edad Medial, se dio prioridad a los descendientes y surgió a su favor el denominado derecho de entrada (*Eintrittsrecht*)¹⁵, figura similar la representación pero cuyo reparto se hacía por cabezas.

¹¹ Según D'AGUANNO, todo miembro de una familia egipcia era propietario de los bienes patrimoniales familiares, dado que entre ellos se creaba una especie de asociación patrimonial; por ello, el autor considera los bienes familiares como una copropiedad. (Vid. pág. 480).

¹² D'AGUANNO, G. Op. Cit. pág. 482.

¹³ GUILARTE ZAPATERO, V. Op. Cit. pág. 129.

¹⁴ BRIOSO ESCOBAR, E.L. Op, Cit., pág. 13.

¹⁵ BRIOSO ESCOBAR, E.L. Op. Cit. pág. 16. MADRIÑÁN VAZQUEZ, M. La representación sucesoria en el derecho común. Especial atención a su aplicación en la sucesión testamentaria. Tesis Doctoral. Universidad de Santiago de Compostela, 2008, págs. 40.

Llegado a este punto nos compete analizar cómo fue evolucionando el derecho de representación sucesorio en España, durante las distintas etapas.

La primera norma en la Edad Media que parece recoger el derecho de representación fue el Fuero Juzgo (1241)¹⁶ cuya Ley II, del Título II del Libro IV dispone lo siguiente “*En la heredad del padre sucedan los hijos, por su falta los nietos, por la de éstos los visnietos, y en su defecto, y de padre y madre, iereden los abuelos*”¹⁷; pero no se hace ninguna mención sobre la manera en la que se reparte la herencia, si por estirpes o por cabezas.

Y en las Partidas (1256-1263) se plasmó de nuevo el Derecho justinianeo, donde se creó un derecho de representación a favor de la línea recta descendente ilimitadamente y de los colaterales hasta los sobrinos del causante; por el contrario, se negaba tal posibilidad a los ascendientes¹⁸.

En la época moderna, tenemos que destacar la Novísima Recopilación (1805), norma que admitía la representación en los mismos términos que en las Partidas, pero no hacía ninguna mención sobre qué ocurriría en el caso de que los sobrinos concurriesen solos a la herencia de su tío¹⁹.

Adentrándonos en el siglo XIX, llegamos al periodo codificador del Código Civil, siglo repleto de abundantes proyectos de reforma²⁰. Cabe mencionar la reforma producida en 1836 cuya novedad fue que se otorgó la posibilidad de suceder por representación a los nietos de hermanos del causante, es decir, a los sobrino nietos. En el Proyecto de reforma de 1851, se reconoce en el artículo 758 la posibilidad de representar, no solo a una persona premuerta, sino también en los casos de indignidad y desheredación de los artículos 623 y 673; pero solo para los descendientes en línea recta y los sobrinos. Finalmente, en el año 1882 hubo otro proyecto cuya diferencia con el actual Código Civil de 1889 era que los sobrinos no tenían por qué concurrir a la herencia con sus tíos, sino que lo podían hacer ellos solos.

2.5. Figuras afines

A lo largo del trabajo vamos a analizar distintas figuras relacionadas con el derecho de representación, dado que persiguen evitar que se quede una cuota hereditaria vacante, pero

¹⁶ GUILARTE ZAPATERO, Op. Cit., pág. 130.

¹⁷ DE LA REGUERA VALDELOMAR, J. Fuero Juzgo, 1798. Estudio Preliminar de Santos M. Coronas González, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, pág. 202.

¹⁸ MADRIÑÁN VAZQUEZ, M. Op. Cit., págs. 50 y 51.

¹⁹ GUILARTE ZAPATERO, V. Op. Cit., pág. 131.

²⁰ MADRIÑÁN VAZQUEZ, M. Op. Cit., págs. 56 a 62.

tienen distintas finalidades. Principalmente son la sustitución vulgar, el derecho de acrecer y el *ius delationis*.

2.5.1. Sustitución vulgar

El artículo 774 del CC dice lo siguiente: *“Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia”*. Esta institución no es otra que la sustitución vulgar, la cual designa a un sustituto del heredero o legatario testamentario si por cualquier motivo (premorienza, indignidad, desheredación o repudiación²¹) éste no llega a heredar. Es decir, llamado el instituido que no llega a heredar, entra en juego el denominado sustituto; pero si el primero hereda, el segundo no tendrá ningún tipo de derecho²².

Una definición precisa de la sustitución vulgar nos la da la Sentencia de 30 de octubre de 1999 de la Audiencia Provincial de Asturias²³ cuando expresamente dice *“La llamada sustitución vulgar es, según la doctrina, una institución de heredero condicional, con arreglo a la cual se instituyen herederos a determinadas personas para el caso de que no llegue a serlo el nombrado en primer lugar, es decir, «si eres "non erit"». Tal institución condicional no puede reputarse tácitamente establecida por vía de una mera indagación de la presunta voluntad del testador, al margen del tenor del testamento”*.

En lo referido al número de instituidos o sustituidos, el artículo 778 y siguientes del CC no establece ningún tipo de limitación, por lo que pueden ser uno o varios, así como que sus sustitutos pueden ser una o varias personas.

El sustituto acude a la herencia con las mismas cargas y condiciones que tenía el sustituido, tal y como establece el artículo 780 del CC, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa en el testamento.

Su principal diferencia con el derecho de representación la encontramos en que la sustitución vulgar es de aplicación en la sucesión testamentaria, ya que es en el testamento donde se nombra al sustituto, mientras que la representación es una institución propia de la sucesión *abintestato*. Otra desigualdad de ambas figuras es el carácter de éstas, ya que la sustitución vulgar tiene un carácter voluntario, y la representación viene exigida legalmente. Finalmente se diferencian en que el sustituto carece de obligación de colacionar las

²¹ LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. Derecho de sucesiones, 2ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. pág. 109.

²² LACRUZ BERDEJO, J. L. Op. Cit., pág. 259.

²³ AC 1999\7848.

donaciones del instituido, salvo que el sustituto sea el nieto, quien según el artículo 1038 del CC, deberá colacionar.

2.5.2. Derecho de acrecer

El derecho de acrecer es la facultad que tienen los herederos de recibir aquella porción que queda vacante en una herencia como consecuencia de que otro heredero no pueda suceder; es decir, es un incremento de la cuota de los coherederos.

Los requisitos de este derecho los contempla el artículo 982 del CC, el cual establece que *“Para que en la sucesión testamentaria tenga lugar el derecho de acrecer, se requiere: 1.º Que dos o más sean llamados a una misma herencia, o a una misma porción de ella, sin especial designación de partes. 2.º Que uno de los llamados muera antes que el testador, o que renuncie la herencia, o sea incapaz de recibirla”*. Es decir, debe haber una conjunción de llamamientos sin que el testador haya dispuesto la cuota concreta que le corresponde a cada heredero, y que quede una porción vacante de la herencia. Por tanto, el efecto principal de este derecho es aumentar la cuota inicial del resto de coherederos.

En la sucesión intestada también se puede dar este derecho²⁴. Concretamente el artículo 981 del CC dice: *“En las sucesiones legítimas la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre a los coherederos”*, y en el artículo 922 del 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...”*.

Pero hay que tener en cuenta el inciso final de este último artículo cuando dispone *“salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar”*. Esto es así porque éste tiene una aplicación prioritaria, y existiendo descendientes del premuerto o indigno, éstos obtendrán su parte por derecho de representación.

Son numerosas las diferencias entre estas dos figuras. En primer lugar, el derecho de acrecer es propio de la sucesión testada, ya que en la intestada bastará con aplicar la regla de la proximidad de grado del artículo 921 del CC. En segundo lugar, el derecho de acrecer tiene lugar incluso cuando estemos ante un caso de repudiación. En tercer lugar, el acrecimiento beneficia a cualquier heredero, y no se encuentra limitado a los descendientes y sobrinos. En cuarto lugar, el derecho de acrecer no se da en la legítima, pues en este caso los coherederos recibirán la porción vacante por derecho propio. Finalmente, el acrecimiento es automático,

²⁴ SÁNCHEZ CALERO, F (director). Curso de derecho civil. IV, Derechos de familia y sucesiones (9ª edición). Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 405.

debido a que los beneficiarios no deben aceptarla de nuevo; además, no deberán colacionar las donaciones hechas por el causante al heredero que no sucede.

2.5.3. *Ius delationis*

El derecho de transmisión o *ius delationis* viene regulado por el artículo 1006 del CC, al disponer que “*Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía*”. Nos encontramos ante el caso de que una vez abierta la herencia, o deferida, el heredero fallece sin realizar ningún acto, por lo que tal competencia (aceptar o rechazar la herencia) pasará a sus descendientes²⁵.

Como vemos, este *ius delationis* se diferencia del derecho de representación por los siguientes motivos: Primero, porque el orden de los fallecimientos es distinto, dado que en la transmisión el heredero sobrevive al causante. Y segundo, en este caso se sucede del heredero intermedio, con la particularidad de que, si se acepta su herencia, también se sucede del causante, y, a la inversa, si se repudia la herencia del padre, no cabe acudir a la herencia del abuelo.

La Sentencia de 30 septiembre de 2011 de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares²⁶ hace una exposición clara de estas diferencias entre el *ius delationis* y el derecho de representación, en su Fundamento de Derecho Tercero, de la siguiente forma: «*Respecto a las diferencias entre el derecho de representación (924 y siguientes del Código civil) y el ius transmissionis son claras. Ya se ponían de manifiesto sus diferencias en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de diciembre de 1949: "Existen esenciales diferencias entre el ius representationis regulado por los artículos 924 a 929 CC y el ius transmissionis a que se refiere el artículo 1006 del mismo cuerpo legal; para el primer derecho se requiere la premoriencia al causante del representado; éste no llega a ser heredero y el representante sucede directamente a aquel; y por el contrario, el segundo de ambos derechos supone la supervivencia al causante del transmitente y es heredero de éste el beneficiado con el derecho de transmisión"*».

En este mismo sentido se pronuncia el Auto de 4 febrero de 2008 de la Audiencia Provincial de Murcia²⁷, en la que se añade lo siguiente: “*Abora bien esa transmisión mortis causa del "ius delationis" no convierte a los adquirentes de dicho derecho en herederos del causante primitivo, sino que son herederos exclusivamente de la persona de quien reciben ese "ius delationis" como consecuencia de la*

²⁵ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A. Sistema de Derecho civil. IV, tomo 2, Derecho de sucesiones, 11ª edición. Tecnos, Madrid, 2012. pág. 29.

²⁶ AC 2011\2214.

²⁷ JUR 2008\227866.

muerte de esta última. Es decir, los herederos a cuyo favor se ha efectuado la transmisión del "ius delationis" en relación con la herencia del primitivo causante no podrán aceptar esta última y repudiar la del transmitente del "ius delationis", ya que éste va incluido en la herencia del transmitente y no se puede aceptar una herencia por partes, tal como establece el artículo 990 del Código Civil'.

3. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN INTESTADA

Dentro del Capítulo III del Código Civil, denominado “*De la sucesión intestada*”, nos encontramos con su Sección Tercera, compuesta por los artículos 924 a 929, donde se regula el derecho de representación; motivo por el cual, autores como CASTÁN TOBEÑAS²⁸ entienden que es una institución exclusiva de la sucesión intestada.

Este derecho supone la derogación de tres preceptos generales aplicables a la sucesión *mortis causa*²⁹, como es la exclusión del pariente de grado más remoto si existe uno de grado más próximo del artículo 921 primero del CC, el derecho de acrecer entre coherederos del artículo 922 del CC, y que todos los parientes del mismo grado heredan por igual del artículo 921 segundo del CC. En este último caso, la exclusión se da respecto a lo establecido por el artículo 933 del CC³⁰, donde los nietos heredaran por estirpes y no por cabezas.

3.1. Análisis de los artículos 924 y 929 del CC

Los artículos 924 y 929 del CC establecen los supuestos en los que tendrá lugar el derecho de representación, ya que el primero hace referencia a los derechos que el representado tendría si viviera o hubiera podido heredar, y el segundo establece la posibilidad de representar a una persona viva en los casos de desheredación o incapacidad. De tales preceptos observamos que el derecho de representación tiene lugar en la premoriencia, en la desheredación y en la incapacidad del representado. Pasemos a analizar estas situaciones.

Falleciendo un heredero antes que el causante, los descendientes o sobrinos de aquél serán llamados a la herencia, cuando no exista testamento, haciendo uso del derecho de representación. Estos representantes sucederán en la parte de la herencia que le hubiera correspondido al sucesor. Nos encontramos ante la premoriencia³¹, supuesto originario del

²⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J. Op. Cit., pág. 111.

²⁹ ÁLVAREZ OLALLA, P. Comentario al artículo 924 CC, en Comentarios al Código civil, Tomo V (arts. 819 a 1042). Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 6739.

³⁰ Artículo 933 CC: “*Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre éstos por partes iguales*”

³¹ GUILARTE ZAPATERO, V. Op. Cit., pág. 179. ÁLVAREZ OLALLA, P. Op. Cit. pág. 6771.

Derecho romano y más típico, aunque no se recoge expresamente en los artículos 924 y 929 CC.

El Auto de 24 de mayo de 1999 de la Audiencia Provincial de Sevilla³² confirma que es necesario que para que unos descendientes más lejanos hereden, su ascendiente debe haber premuerto al causante. Auto en el que intervienen una tía y sus dos sobrinos, para solicitar que se les considere a los tres sucesores de la hermana de aquella; el problema que se plantea es que, a la muerte de la causante, el padre de los dos sobrinos, que era hermano de la causante y heredero legítimo, estaba vivo. La solución que da este auto lo encontramos en el Fundamento de Derecho Segundo al disponer que *“considera la Sala que es la situación que exista al momento del fallecimiento del «de cuius» la que hay que tener en cuenta a la hora de efectuar la declaración de herederos, teniendo por tales a quienes lo sean en ese momento, aunque fallezcan con anterioridad a la solicitud. Así se deduce claramente de lo dispuesto en el artículo 758 del citado Código con relación a la capacidad para ser heredero, al disponer que, para calificarla, se atenderá, únicamente, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se traté”*.

Situación distinta es la que se plantea cuando existe incertidumbre sucesoria, producida, por un lado, por la muerte simultánea del causante y el representado o conmoriencia, y, por otro lado, cuando el representado está ausente.

La conmoriencia está regulada en el artículo 33 del CC de la siguiente forma *“Si se duda, entre dos o más personas llamadas a suceder, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla; a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro”*. Debido al último inciso de este artículo, es vital para los herederos de los dos sujetos muertos simultáneamente saber quien falleció antes o después, dado que las situaciones serían muy distintas. Si se prueba que el hijo murió antes, su descendencia podrá representarle; sin embargo, si es el abuelo quien lo hizo primero, no tendrá cabida el derecho de representación, y la parte vacante del hijo también muerto, acrecerá a sus hermanos; a no ser que carezca de ellos, y serán los miembros del siguiente grado (los sobrinos) quienes acudan a la herencia por derecho propio.

Para GUILARTE ZAPATERO³³, la posibilidad de que surja el derecho de representación en este caso se fundamenta en la expresión *“si hubiera podido heredar”* del artículo 924 del CC, puesto que el hijo que muere a la vez que su padre no le puede suceder por circunstancias

³²AC 1999\5175.

³³ GUILARTE ZAPATERO, V. Op. Cit., pág. 182.

que son ajenas a su voluntad. MADRIÑÁN VÁZQUEZ³⁴ añade que la conmorienca y la premorienca intentan evitar que un descendiente sea excluido de la herencia, por medio de la representación sucesoria.

Considero que de no conceder a los descendientes el derecho de representación en caso de conmorienca se produciría una injusticia, puesto que el progenitor, voluntariamente, no decide estar en esa difícil situación; sino que es una circunstancia sobrevenida.

En el caso de que el ascendiente esté declarado ausente legalmente debemos acudir a lo establecido por el artículo 191 del CC el cual dispone que “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, abierta una sucesión a la que estuviere llamado un ausente, acrecerá la parte de éste a sus coherederos, al no haber persona con derecho propio para reclamarla*”. A pesar de la redacción, se entiende que los representantes podrán intervenir en la sucesión del *de cuius*, pero deberán mantener los bienes y derechos recibidos hasta que se produzca la declaración de fallecimiento, momento en el que podrán hacer suya la herencia³⁵.

Me parece correcto que los descendientes deban mantener la herencia intacta hasta que aparezca el ausente o hasta que se le declare fallecido, porque la herencia en la que participan no se produce a su favor, sino que quién es realmente el heredero es el ausente; y de aparecer vivo, deberá recibir lo que legalmente le corresponde. De no obtener su parte, estaríamos ante un enriquecimiento injusto o sin causa por parte de los descendientes del ausente.

En relación con la declaración de fallecimiento, es indiscutible que si la declaración se produce antes de la muerte del causante opera el derecho de representación en esta sucesión. La misma posición hay que mantener si el auto judicial³⁶ que declara fallecida a una persona, aunque se dicte en una fecha posterior a la muerte del causante, fije una fecha de muerte anterior a la muerte del *de cuius*. En cambio, tendrá lugar el *ius delationis*, si se prueba que el declarado fallecido estaba vivo a la muerte del causante, o si la muerte se entiende producida después de la del causante. De este modo, los herederos del declarado fallecido podrán aceptar o repudiar la herencia en nombre de su progenitor. Si es repudiada la herencia, no surgirá el derecho de representación a favor de los descendientes del declarado fallecido, sino que esta parte acrecerá a la del resto de coherederos forzosos.

Si el declarado fallecido aparece, entra en juego el artículo 197 del CC, el cual dispone que “*Si después de la declaración de fallecimiento se presentase el ausente o se probase su existencia, recobrará*

³⁴ CAÑIZARES LASO, A. Op. Cit. pág. 1330.

³⁵ CAÑIZARES LASO, A. Op. Cit. pág. 1331.

³⁶ ÁLVAREZ OLALLA, P. Op. Cit., pág. 6771.

sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto”.

Vistos los casos de premoriencia, conmoriencia, ausencia y declaración de fallecimiento, podemos entender que el derecho de representación en la sucesión *abintestato* usualmente tiene lugar cuando fallece una persona; pero el artículo 929 del CC dispone lo siguiente “*No podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad*”; es decir, este artículo abre la posibilidad de representar a una persona viva en los casos de incapacidad y desheredación, supuestos recogidos en sus propios artículos.

Para el supuesto de la incapacidad, el artículo 761 dice que “*Si el excluido de la herencia por incapacidad fuera hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima*”. A pesar de que los artículos 761 y 929 del CC hablan de incapacidad, en realidad se está refiriendo a la indignidad sucesoria³⁷. El artículo 761 del CC se refiere a los derechos que tienen los descendientes del legitimario indigno, cuando exista testamento, respecto a su parte legítima, por ello, y según el artículo 914 del CC³⁸, se interpreta que dicho precepto es de aplicación también en la sucesión intestada, donde el representante se convertirá en heredero legítimo, recibiendo toda la parte de la herencia correspondiente a su progenitor indigno.

La desheredación se encuentra regulada en el artículo 857 del CC que manifiesta que “*Los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima*”. Supuesto que es discutido por GUILARTE ZAPATERO³⁹, dado que es incongruente que el artículo 929 del CC mencione la desheredación, una institución propia y exclusiva de la sucesión testamentaria. Cabría pensar que es imposible encontrar algún supuesto en el que pueda aplicarse a la desheredación el derecho de representación de la sucesión intestada. Pero, este mismo autor⁴⁰ manifiesta que existen dos casos: en primer lugar, cuando el testador solamente deshereda a un descendiente sin hacer ningún otro tipo de disposición testamentaria; y, en segundo lugar, cuando por testamento no se reparten

³⁷ ÁLVAREZ OLALLA, P. Op. Cit., pág. 6773.

³⁸ Artículo 914 “*Lo dispuesto sobre la incapacidad para suceder por testamento es aplicable igualmente a la sucesión intestada*”.

³⁹ GUILARTE ZAPATERO, V. Op. Cit. pág. 190.

⁴⁰ GUILARTE ZAPATERO, V. Op. Cit., pág. 193.

todos los bienes o cuando éste es parcialmente ineficaz. En estas ocasiones, habrá que abrir la sucesión *abintestato* para suplir las faltas producidas.

Como resumen a este apartado, cabe mencionar el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 24 de mayo de 1999⁴¹, en cuyo fundamento tercero establece que “*La declaración de herederos en la forma solicitada por los promotores del expediente no puede fundamentarse en el llamado derecho de representación a que se refiere el artículo 924 del repetido Código, pues este derecho presupone necesariamente algo que no se da en este caso, como es el hecho de la muerte del representado con anterioridad a la del causante a quien se sucede, pues como señala el artículo 929, no podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad*”. Por tanto, la representación solo surgirá si el sucesor premuere al causante, dado que si no nos encontraríamos en la representación de persona viva que solo puede darse cuando surja la indignidad o desheredación.

3.2. Análisis del artículo 925 del CC

El Código Civil, en su artículo 925, establece los elementos personales de la representación sucesoria, otorgando tal derecho exclusivamente a los descendientes y a los hijos de hermanos, ya sean de vínculo sencillo o de doble vínculo, negando tal posibilidad al cónyuge viudo y a la línea recta ascendente.

Esta negativa a los ascendientes se fundamenta en el artículo 937 del CC, al decir que “*En el caso de que sobreviviera uno solo de los padres, este sucederá al hijo en toda su herencia*”. La inexistencia de esta institución en el caso planteado se debe a que no está en la naturaleza de las cosas que un ascendiente de grado más remoto herede de sus descendientes⁴². Imaginémosnos que un abuelo sobrevive a su hijo y posteriormente muere el nieto, entonces ¿tiene el abuelo derecho sobre la herencia del nieto? Acertadamente el legislador, con la mención del artículo 937, aplica el principio general de que el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, haciendo así que, si el nieto careciese de descendencia, fuese el padre superviviente el que heredase de su hijo, progenitor que vería su cuota ampliada con la del otro progenitor por derecho propio, y no que el abuelo vivo tenga algún tipo de derecho sobre la herencia de su nieto, representando a su hija o hijo premuerto. Además, y teniendo en cuenta los fundamentos explicados en el apartado 2.2, los ascendientes no cumplen ni las razones subjetivas ni objetivas necesarias para que concurra el derecho de representación en ellos⁴³.

⁴¹ AC 1999\5175.

⁴² ÁLVAREZ OLALLA, P. Op. Cit., pág. 6746.

⁴³ GUILARTE ZAPATERO, V. Op. Cit., pág. 150.

Llegados a este punto, debemos analizar a favor de quién puede surgir el derecho de representación en la sucesión intestada:

3.2.1. Derecho de representación en la línea recta descendente

Es el supuesto típico en el que tiene lugar el derecho de representación; derecho que tienen todos los descendientes, dado que el Código Civil no establece ninguna limitación, tal y como hemos visto anteriormente que dispone el artículo 933 del CC⁴⁴.

GUILARTE ZAPATERO⁴⁵ pone en duda la idoneidad de ciertos descendientes si tenemos en cuenta el tipo de filiación, a saber, matrimonial, extramatrimonial y adoptiva. Es con esta última con la que hubo más problema⁴⁶. Con la reforma del Código Civil por Ley 24 de abril de 1958⁴⁷ se modificaron artículos relativos a la adopción, y en su artículo 174, apartado último, mencionaba que la adopción creaba parentesco entre adoptante y adoptado, y los descendientes de aquél, pero no con el resto de la familia. En la modificación de la Ley de 4 de julio de 1970⁴⁸, por la cual tuvo la institución de la adopción grandes reformas, no se modificó la unión familiar del adoptante, manteniéndose la idea, ahora en su precepto 176, igual que en el año 1958. No fue hasta la reforma de 1981⁴⁹, en cuyo precepto 178 se dispuso que la adopción generaba parentesco entre el adoptado y todos los miembros de la familia del adoptante, incluido este último.

En definitiva, el hijo adoptado, desde la reforma de 1981, puede representar a su padre (adoptante) en la herencia de su abuelo. Esta afirmación se sustenta en el actual artículo 931 del CC, donde se dice que los hijos y descendientes suceden a su padre sin tener en cuenta ninguna limitación por edad, sexo o filiación.

Otra peculiaridad del derecho de representación en la línea recta descendente es que, según lo dispuesto por el artículo 932 del CC, los hijos del causante heredan siempre por derecho propio, dividiendo esta herencia en partes iguales. De este modo, cabe pensar que el resto de descendientes, ya sean nietos, bisnietos u otro grado más lejano, heredan del causante por derecho de representación. El artículo 934 del CC protege a estos descendientes

⁴⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J. Op. Cit., pág. 105.

⁴⁵ GUILARTE ZAPATERO, Op. Cit., pág. 150.

⁴⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J. Op. Cit., pág. 107. CAÑIZARES LASO, A. Op. Cit., pág. 1317.

⁴⁷ Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código civil. «BOE» núm. 99, de 25 de abril de 1958, páginas 730 a 738.

⁴⁸ Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción. «BOE» núm. 161, de 7 de julio de 1970, páginas 10702 a 10704.

⁴⁹ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. «BOE» núm. 119, de 19 de mayo de 1981, páginas 10725 a 10735.

en el caso de que su progenitor no pueda llegar a ocupar su posición en la sucesión, puesto que éste establece que al concurrir con sus tíos en la herencia heredan por derecho de representación. Así, ÁLVAREZ OLALLA⁵⁰ dice que los descendientes quedan protegidos en la totalidad de la herencia si su padre ha premuerto, y en la legítima si por el contrario aquél ha sido desheredado o es indigno. Situaciones que no perjudican a sus tíos, debido a que solo podrán obtener aquello que legalmente era de su padre.

3.2.2. Derecho de representación en la línea colateral

El segundo apartado del artículo 925 del CC limita más el derecho de representación en la línea colateral, ya que solamente podrán hacer uso del derecho de representación en la sucesión del tío, sus sobrinos, si faltase alguno de sus hermanos de cualquier vínculo ya sea sencillo o doble.

Es interesante citar el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 7 marzo de 2007⁵¹, en el cual un viudo solicita a los tribunales que le concedan la herencia de su cuñado, puesto que su esposa, fallecida con anterioridad al causante, había nombrado heredero universal a su marido de todos su bienes y derechos; alega el viudo que el derecho de representación hereditario de su mujer sobre la herencia de su hermano, le correspondería a él por ser un derecho integrado en la sucesión de ésta, aplicando el artículo 924 del CC. A lo que concluye el Auto que *“en la línea colateral el derecho de representación se da a favor de los sobrinos del causante - hijos de hermanos-, y solo cuando concurren con tíos, pues si concurren solos suceden con independencia y sin los efectos del derecho de representación”*.

Otra Sentencia que limita el derecho de representación en la línea colateral es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 17 de junio de 2002⁵², caso en el que un primo de la causante solicita ser reconocido heredero de su prima, junto con otros primos. El problema de este caso, es que la heredera más próxima en grado es una tía paterna, que estaba viva en el momento de la muerte de la causante, pero que una vez abierta la sucesión, muere, por lo que se convierte en heredera su hija. Por ello, la sentencia dice lo siguiente *“pues es claro que el art. 925 párrafo 2º no admite el derecho de representación en línea colateral, salvo que se trate de hijos de hermanos; es decir, viviendo doña Nicolasa al fallecimiento de doña Rafaela, nunca podrían haber heredado el recurrente, su hermana y sus primos, porque aquella tenía el tercer grado de parentesco en línea colateral y estos el 4º”*.

⁵⁰ ÁLVAREZ OLALLA, P. Op. Cit., pág. 6750.

⁵¹ AC 2007\1374.

⁵² JUR 2002\225408.

Para GUILARTE ZAPATERO⁵³, la razón de que se extienda la representación a la línea colateral es la misma que para la línea recta descendente, es decir, el afecto que tiene un tío respecto a sus sobrinos. Sobrinos de cualquier tipo de filiación, ya sean hijos de hermanos de vínculo sencillo o a los sobrinos adoptados por un hermano, porque como hemos visto en el apartado anterior, el adoptado es familiar del hermano del adoptante (artículo 933 del CC).

No se puede extender tal supuesto, como ocurre en la línea recta descendente, a los hijos del sobrino, es decir, los sobrino nietos del causante; ya que, de faltar un sobrino, la parte que le correspondería acrecería al resto de herederos. De faltar todos los sobrinos, heredarán por derecho propio los sobrino nietos por ser los parientes más próximos en grado existentes.

En tal sentido, la STS de 5 de julio de 1966 dispone en su considerando quinto que *“al estar como está hecha tal institución hereditaria en favor de sobrinos carnales, hijos de hermanos, perfectamente individualizados y nominalmente señalados, no cabe inducir que quiso llamar también a los hijos de tales sobrinos, pues la circunstancia de que no los excluyera expresamente no puede tener el alcance de considerárseles incluidos cuando no existe un llamamiento expreso ni tácito”*⁵⁴. Y la STS de 9 febrero de 1998⁵⁵, que expresamente dice *“el «derecho de representación» en la línea colateral sólo tiene lugar en favor de los hijos de hermanos, esto es, incluye a los sobrinos «ex fratre», pero no a los sobrinos-nietos”*.

Para que aparezca tal institución es requisito necesario que el hermano tenga descendencia, dado que, si carece de ella, su parte acrece a la de sus hermanos. Y solo se da en el caso de premoriencia de un hermano, y no en el supuesto de indignidad o desheredación, porque los hermanos no son herederos forzosos respecto al causante⁵⁶.

Pero el derecho de representación en la línea colateral no cumple las mismas funciones que en la línea recta descendente. A los descendientes, al suceder por estirpes, se les impone la obligación de colacionar y de reducir donaciones; mientras que, como los parientes colaterales, entiéndase a los sobrinos, aunque sucedan por estirpes, no se convierten en herederos forzosos ni son legitimarios, estas obligaciones desaparecen para ellos⁵⁷.

⁵³ GUILARTE ZAPATERO, V. Op. Cit., pág. 153.

⁵⁴ RJ 1966/3671.

⁵⁵ RJ 1998/609.

⁵⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J. Op. Cit., pág. 148.

⁵⁷ ÁLVAREZ OLALLA, P. Op. Cit., pág. 6760.

3.2.3. Capacidad para suceder por representación

Tal y como se desprende del artículo 925 del CC, el primer requisito para suceder por derecho de representación es tener parentesco con el causante, ya sea por ser descendiente en línea recta de cualquier grado o sobrino de éste.

Ahora bien, para poder suceder es necesario que los herederos tengan la suficiente capacidad legal respecto a la sucesión del causante⁵⁸. Lo que implica que el *nasciturus* (concebido, pero no nacido al momento de la muerte de su padre) y el *concepturus* (que no habiendo sido concebido a la muerte del padre puede heredar de su abuelo, si en el plazo de 12 meses concedidos por el artículo 9 de la Ley 14/2006, de reproducción asistida⁵⁹, la madre mediante el uso de embriones o de una técnica de inseminación artificial, se queda embarazada), podrán ser representantes de su progenitor dado que así lo establece el artículo 29 del CC (“*El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente*”). Pero, tal y como establece VELA SÁNCHEZ⁶⁰, el *concepturus*, a pesar de no existir en el momento de la muerte de su progenitor, y debido a la posibilidad establecida por la Ley de reproducción asistida, podrá representar a su padre, como si hubiera sido engendrado en vida de éste, en la herencia del abuelo, si fallecido este último causante, ya está concebido.

Para poder suceder es primordial que el heredero no incurra en alguna causa de desheredación justa o indignidad⁶¹, respecto del *de cuius*. Por ello, estas circunstancias que afectan al padre, no impiden que sus descendientes tengan capacidad suficiente para poder suceder de su abuelo; porque como ya hemos visto, el derecho de representación depende de la relación entre causante y nieto/sobrino, no entre causante e hijo/hermano.

Finalmente, el llamado a la herencia tiene que tener capacidad para poder aceptarla o repudiarla, o, si por ser un *nasciturus*, *concepturus* o un menor de edad, deberá tener a alguien que pueda aceptar o repudiar la herencia en su favor⁶², normalmente son los padres quienes ocupan este lugar, a no ser que se produzca un conflicto de intereses.

⁵⁸ CAÑIZARES LASO, A. Op. Cit., pág. 1319.

⁵⁹ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. «BOE» núm. 126, de 27/05/2006

⁶⁰ VELA SÁNCHEZ, A. El Derecho de representación: cuestiones prácticas en Homenaje al profesor Luis Puig i Ferriol, Tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 2495.

⁶¹ ÁLVAREZ OLALLA, P. Op. Cit., pág. 6752.

⁶² GUILARTE ZAPATERO, V. Op. Cit., pág. 158.

3.3. Análisis del artículo 926 del CC

Los efectos del derecho de representación se encuentran regulados en el artículo 926 del CC cuando establece que “*Siempre que se herede por representación, la división de la herencia se hará por estirpes, de modo que el representante o representantes no hereden más de lo que heredaría su representado, si viviera*”.

La finalidad perseguida por el legislador al introducir tal precepto, dice ÁLVAREZ OLALLA⁶³, es dar la posibilidad de suceder a los descendientes de quien fallece sin poder acudir a la herencia; pero el artículo también pretende evitar los posibles conflictos de intereses en ésta. Cuando un sucesor premuere al causante (solo podemos hacer referencia a la premoriencia dado que el artículo 926 del CC utiliza la expresión “*si viviera*”), sabemos que, mediante el derecho de representación, los descendientes de aquél ocupan su lugar, pero esta posición no puede perjudicar al resto de los coherederos, normalmente, sus hermanos. Por ello, en caso de que un representante herede por derecho de representación, lo hará siempre por estirpes. Lo que significa que a pesar de que el premuerto tuviese numerosos hijos, estos acudirían a la herencia como si fueran una persona, por lo que solo tendrían derecho sobre la cuota atribuida a su progenitor.

El Fundamento de Derecho Tercero del Auto de 26 de noviembre de 2011 de la Audiencia Provincial de Madrid⁶⁴ determina que el derecho de representación deberá dividirse teniendo en cuenta el artículo de estudio de este apartado, al decir que “*se puede definir el derecho de representación como un especial modo de suceder según el cual la Ley defiere la cuota del descendiente o del hermano del causante que no han podido sucederle a sus descendientes o hijos, respectivamente mediante una vocación con delación inmediata cuyo contenido patrimonial se determina por criterio de la estirpe (art. 926)*”.

Es preciso diferenciar los efectos de la división por estirpes en la línea recta descendente y en la línea colateral, pues estos efectos no concurren por igual.

3.3.1. División por estirpes en la línea recta descendente

Cuando a una sucesión concurren hijos y nietos del *de cuius* o solo nietos de distintas estirpes, éstos deberán: primero, colacionar los bienes del representado recibidos de forma gratuita del causante. Segundo, imputar a la legítima las donaciones recibidas. Y tercero, si

⁶³ ÁLVAREZ OLALLA, P. Op. Cit., pág. 6754.

⁶⁴ JUR 2011\54969.

uno de los miembros de la estirpe renuncia, premuere, es indigno o desheredado, su parte acrece al resto de coherederos. Veamos cómo funcionan estos deberes.

3.3.1.1. *El deber de colacionar.*

La colación es la operación por la cual un heredero deja de tomar los bienes en la herencia que ya recibió en vida del causante. De este modo, tras realizar ciertas operaciones matemáticas, obtendremos como resultado la cuota real que puede el heredero recibir, sin menoscabar los derechos del resto de coherederos⁶⁵. En el caso que nos encontramos, los descendientes del premuerto deberán colacionar las donaciones recibidas por su padre, para no perjudicar a sus tíos.

Esta idea viene regulada en el apartado primero del artículo 1038 del CC al establecer que “*Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos o primos, colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre si viviera, aunque no lo hayan heredado*”. Por tanto, serán los hijos del premuerto (otra vez este artículo solamente menciona el caso de premoriencia al decir “*si viviera*”) los que deban soportar este deber, pero como una estirpe conjunta, y no individualmente.

Pero según el apartado segundo del artículo 1038 del CC, los nietos deberán colacionar las donaciones que ellos han recibido de su abuelo, salvo dispensa. El artículo lo fija en los siguientes términos “*También colacionarán lo que hubiesen recibido del causante de la herencia durante la vida de éste, a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad si no perjudicare a la legítima de los coherederos*”. Esta donación se deberá colacionar como si hubiera sido recibida por la estirpe entera, pero una vez colacionado el bien y hecha la partición, se deberá imputar el valor del bien dentro de la estirpe para que el resto de miembros reciban lo mismo. Si el valor de lo donado al nieto es superior a la cuota hereditaria, no se tiene que devolver ese exceso a los tíos o sobrinos con los que concurren, salvo que se perjudiquen las legítimas⁶⁶.

3.3.1.2. *El cálculo de la legítima.*

Estando en una sucesión intestada, la legítima de los herederos siempre serán dos tercios de la herencia, dado que no cabe la posibilidad de mejorar a ningún descendiente si no es mediante testamento. Es relevante para la estirpe el cálculo de la legítima, porque deberán saber qué parte le correspondía a su progenitor, con independencia del número de miembros de la estirpe. Para saber si la parte que van a recibir cubre la legítima, deberán imputar las

⁶⁵ ÁLVAREZ OLALLA, P. Op. Cit., pág. 6756.

⁶⁶ CAÑIZARES LASO, A. Op. Cit., págs. 1666 y 1667.

donaciones recibidas en vida por el representado, donaciones que forman parte de la legítima. De esta manera, si estas donaciones cubren totalmente la parte proporcional del progenitor, no cabe realizar ningún acto por éstos, aunque esos bienes finalmente no lleguen a ellos con la herencia del ascendiente intermedio.

3.3.1.3. *El derecho de acrecer.*

Dentro de la stirpe no es obligatorio que todos sus componentes acepten la herencia, sino que uno o varios pueden renunciar a ésta libremente. En este caso, cuando estemos ante una herencia en la que concurren tíos con sobrinos, o nietos solamente, la porción vacante será cubierta por el resto de los miembros de la stirpe donde haya este vacío, usando el derecho de acrecer⁶⁷.

Si el representante premuere al causante, y aquél tiene descendencia, éstos intervendrán en la herencia por derecho de representación; pero si careciese de hijos, su cuota acrecerá a sus hermanos, miembros de su stirpe. No ocurrirá lo mismo si el representante es indigno respecto al *de cuius* o ha sido desheredado justamente o excluido de la sucesión, su porción será cubierta por sus descendientes haciendo uso de la representación, pero solo en la legítima; el resto de la herencia acrecerá a sus hermanos, y no a todos los coherederos. Lo mismo sucederá si el sujeto indigno, desheredado o excluido no tiene hijos, su parte acrece a sus hermanos. Solamente la cuota de una stirpe irá a parar al resto de herederos forzosos, si la stirpe entera renuncia a su parte.

3.3.2. *División por stirpes en la línea colateral*

El único efecto que hay en esta división es que los sobrinos de un heredero premuerto acudirán a su cuota de la herencia, si éste no tiene descendencia, ocupando su lugar y recibiendo lo mismo que éste hubiera obtenido si viviera, tal y como dispone ÁLVAREZ OLALLA⁶⁸. Por tanto, los sobrinos del premuerto no tienen el deber de colacionar, ya que esta obligación se la impone el artículo 1035 del CC⁶⁹ únicamente a los herederos forzosos; ni tampoco deben imputar a las legítimas porque no son legitimarios.

Hay que añadir que, si uno de los sobrinos es indigno o repudia su parte, su porción acrece a la del resto de miembros de su stirpe.

⁶⁷ ÁLVAREZ OLALLA, P. Op. Cit. pág. 6759.

⁶⁸ ÁLVAREZ OLALLA, P. Op. Cit., págs. 6760 y 6761.

⁶⁹ Artículo 1035 del CC “*El heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición*”.

3.4. Análisis del artículo 927 del CC

El reparto de la herencia cuando quien concurra a ésta sea un descendiente, haciendo uso del derecho de representación, no entraña ningún problema, pues el único requisito necesario es ser hijo del premuerto. Pero, ¿cómo se distribuye la herencia si quienes representan a un heredero son sus parientes colaterales? La solución la encontramos en el artículo 927 del CC al decir que *“Quedando hijos de uno o más hermanos del difunto, heredarán a éste por representación si concurren con sus tíos. Pero si concurren solos, heredarán por partes iguales”*. Por tanto, es requisito necesario para que surja el derecho de representación que exista una pluralidad de estirpes⁷⁰ y que los sobrinos concurren al menos con un tío, dado que, de lo contrario, se convertirán en los parientes de grado más próximo y heredarían por derecho propio y por cabezas, aunque pertenezcan a distintas estirpes.

Como bien manifiesta el Auto de 10 de febrero de 2000 de la Audiencia Provincial de Burgos⁷¹, este artículo 927 tiene un carácter excepcional, al decir que *“La representación en la línea colateral es excepcional y se admite restrictivamente solo en los casos previstos expresamente, como el supuesto del art. 927 del Código Civil, hijos de hermanos del difunto”*.

Cabe mencionar el supuesto de diversidad de vínculos⁷², donde el artículo 927 del CC debe ser matizado por el artículo 949 del CC en virtud del cual *“Si concurrieren hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquéllos tomarán doble porción que éstos en la herencia”*. Lo que significa que, aunque concurren a la herencia solo sobrinos del causante, si hay hijos de hermanos de doble vínculo éstos obtendrán el doble que los sobrinos hijos de hermanos con vínculo sencillo⁷³. Criterio que no es compartido por GUILARTE ZAPATERO⁷⁴ dado que opina que la norma recogida en este precepto es discriminatoria para los sobrinos de vínculo sencillo. Son distintas las circunstancias⁷⁵ que nos podemos encontrar referidos al vínculo:

⁷⁰ CAÑIZARES LASO, A. Op. Cit., pág. 1323.

⁷¹ JUR 2000\91732.

⁷² CAÑIZARES LASO, A. Op. Cit., págs. 1324 a 1326.

⁷³ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. La reforma de la sucesión intestada en el Código Civil, en Derecho de sucesiones: presente y futuro: XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Santander, 9 a 11 de febrero de 2006. Servicio de Publicación de la Universidad de Murcia, 2006. pág. 452.

⁷⁴ GUILARTE ZAPATERO, V. Op. Cit., pág. 206.

⁷⁵ GUILARTE ZAPATERO, V. Op. Cit., págs. 207 y 208. Del mismo modo, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. Op. Cit., pág. 452. MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M. El derecho de representación en la sucesión testada. Thomson Reuters, Pamplona, 2009, págs. 115 a 117.

- a) Concurrencia de hermanos de doble vínculo con hijos de un hermano de doble vínculo: este es el supuesto recogido expresamente por el artículo 948 del CC, cuya solución es la siguiente *“Si concurrieren hermanos con sobrinos, hijos de hermanos de doble vínculo, los primeros heredarán por cabezas y los segundos por estirpes”*. El Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de septiembre de 2008⁷⁶, es una manifestación de esta concurrencia, al establecer que *“Habiéndose acreditado que a la muerte de la causante solo vivían una hermana suya, y los hijos de otros dos hermanos que habían fallecido antes que la causante, concretamente dos hijos del primer hermano, y tres del segundo, procede declarar herederos a todos ellos conforme a los artículos 943 y 946 del Código Civil. Por otra parte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 948 del Código Civil para el caso de que concurren hermanos con sobrinos, hijos de hermanos de doble vínculo, los primeros heredarán por cabezas y los segundos por estirpes”*.
- b) Concurrencia de hermanos de doble vínculo con hijos de un hermano de vínculo sencillo: los primeros heredarán por cabezas, y los segundos por derecho de representación. Con la matización de que como el hermano al que se va a representar es de vínculo sencillo, solo podría recibir por herencia según el artículo 949 del CC la mitad que los otros; y será ésta la porción a la que tendrán derecho sus descendientes. Podemos plantearnos el caso a la inversa, es decir, que concurren hermanos de vínculo sencillo con hijos de un hermano de doble vínculo. En este caso, los sobrinos del hijo de doble vínculo recibirán el doble que sus tíos con vínculo sencillo.
- c) Concurrencia de hijos de hermanos de doble vínculo: es el supuesto del inciso segundo del artículo 927 del CC, donde todos los sobrinos heredarán por partes iguales. Tal idea la pone de manifiesto el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de abril de 2013⁷⁷, cuando al comprobar que los únicos herederos *abintestato* existentes eran todos primos, dispone que *“A la vista de lo expuesto, los seis herederos concurren a la herencia, sin las hermanas de la fallecida, que son sus madres y tías, respectivamente. Por lo tanto, han sido llamados -únicamente- los sobrinos, no existiendo las hermanas de la causante. De tal modo, no debería haber ningún inconveniente en que todos los sobrinos, heredasen por partes iguales, es decir, por cabezas y no por estirpes, tal y como prevé el artículo 927 CC”*.
- d) Finalmente, concurrencia de primos, donde unos son hijos de hermanos de doble vínculo y otros son hijos de hermanos de vínculo sencillo: lo lógico sería pensar que

⁷⁶ JUR 2008\379515.

⁷⁷ JUR 2014\297198.

todos los sobrinos sucederían por igual⁷⁸. Pero dado que el Código Civil hace distinción entre hermanos de vínculo doble y vínculo sencillo, y a falta de un precepto que resuelva esta incógnita, habría que aplicar el artículo 949 del CC a este caso. Por tanto, los primeros heredarán la parte que les hubiera correspondido a sus padres, es decir, el doble que los segundos.

3.5. Artículo 928 del CC

El artículo 928 del CC dispone que “*No se pierde el derecho de representar a una persona por haber renunciado a su herencia*”; precepto que quiere decir que aunque se renuncie a la herencia del representado, no se extingue el derecho de representación sobre la herencia del causante⁷⁹. Es decir, si una hija renuncia a la herencia de su madre, y con posterioridad muere la abuela; la nieta podrá representar a su madre en la sucesión de la abuela, a pesar de haber repudiado la primera herencia a la que fue llamada.

El artículo 924 del CC menciona “*todos los derechos que tuviera una persona su viviera o hubiera podido heredar*”, y uno de esos derechos que cabría incluir es la reserva hereditaria regulada en el artículo 811 del CC de la siguiente manera “*El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden*”.

Pero, ¿qué ocurre si un reservatario premuere al reservista? ¿Los descendientes del reservatario tienen algún derecho sobre esta herencia?⁸⁰. Para resolver estas preguntas hay que distinguir entre la reserva lineal y la reserva viudal.

CASTÁN TOBEÑAS⁸¹ entiende que el derecho de representación tiene lugar en la reserva lineal siempre y cuando estemos ante la premuerte del reservatario. Pero, debido al carácter personalísimo de la institución, debe interpretarse restrictivamente, solo pudiendo ser ejercitado por los parientes hasta el tercer grado del reservatario.

El otro tipo de reserva a enjuiciar es la reserva ordinaria o viudal. Es aquella obligación, impuesta al viudo, de preservar a favor de los descendientes del primer matrimonio la

⁷⁸ VELA SÁNCHEZ, A. Op. Cit., pág. 2499.

⁷⁹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. Código civil: comentado y con jurisprudencia, 4ª edición. La Ley. Madrid, 2004, pág. 905.

⁸⁰ CAÑIZARES LASO, A. Op. Cit., pág. 1327.

⁸¹ CASTÁN TOBEÑAS, J. Op. Cit., pág. 273.

propiedad de los bienes que haya adquirido éste del difunto mediante testamento, donación o sucesión intestada⁸².

En el caso del cónyuge viudo el derecho de representación en las reservas es innegable, si tenemos en cuenta lo que regula en el artículo 973 del CC “*Si el padre o la madre no hubiere usado, en todo o en parte, de la facultad que le concede el artículo anterior, 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*”.

Para el supuesto que nos concierne, hay que mencionar que con la expresión “*la facultad que le concede el artículo anterior*” (artículo 972 del CC⁸³), este precepto se refiere a la mejora en los bienes reservables a los descendientes del primer matrimonio, facultad que podrá ser utilizada o no por el reservista. Si el cónyuge viudo mejora a uno o varios de los hijos o descendientes, el derecho de representación tendrá lugar porque la mejora solo comprende una parte de los bienes reservables. Pero, si el cónyuge vivo y reservista no mejora a los hijos del primer matrimonio en los bienes reservables, éstos serán llamados a suceder de esos bienes concretos, por las reglas de la sucesión intestada y en partes iguales. Si uno de los hijos llamado a estas reservas premuere a su progenitor viudo, sus hijos ocuparan su lugar por derecho de representación heredando por stirpes.

El apartado segundo del artículo 973 del CC añade que el hijo desheredado justamente pierde todo su derecho sobre la reserva, pero si éste tuviera descendencia ellos podrán representar al padre en la reserva⁸⁴.

4. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

La aplicación del derecho de representación en la sucesión testada ha vivido un constante debate doctrinal a lo largo de la historia, puesto que en sus orígenes en Roma se usaba únicamente en la sucesión *abintestato*. Parece incompatible, por tanto, que existiendo testamento, donde prevalece la voluntad del testador, pueda existir este derecho.

⁸² SÁNCHEZ CALERO, F. Op. Cit., pág. 695.

⁸³ Artículo 972. “*A pesar de la obligación de reservar, podrá el padre o 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*”.

⁸⁴ GUILARTE ZAPATERO, V. Op. Cit., págs. 168 y 169.

Para analizar el derecho de representación en la sucesión testada debemos de tener en cuenta dos momentos cruciales, por un lado, el panorama anterior a la Reforma del Código Civil de 1981, y por otro, las consecuencias que tuvo dicha reforma para la representación.

4.1. El derecho de representación en la sucesión testada antes de la reforma del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo

A lo largo del siglo XX, fue muy común para los notarios⁸⁵ y registradores de la propiedad encontrarse con situaciones, sobre todo con casos de premoriencia de uno de los hijos del testador, en las que debían plantearse la utilización del derecho de representación en la sucesión testada.

Pero no fue hasta la década de los cuarenta⁸⁶ cuando surge en España la Ley de 5 de noviembre de 1940, de Contratación en Zona Roja⁸⁷ cuyo artículo 17, apartado segundo, disponía lo siguiente *“Las disposiciones testamentarias en que se hubiese designado a 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 en favor de los hijos o nietos, herederos legítimos del premuerto, considerádos a este efecto como representantes del mismo, siempre que el causante no hubiere otorgado nuevo testamento válido en favor de tercera persona”*. Con este precepto se aplicaba el derecho de representación en la sucesión testamentaria a favor de los hijos o nietos del muerto en la guerra, si apoyaba a la Causa del Movimiento Nacional.

Fue muy influyente el Codice Civile de 1942⁸⁸, en cuyo artículo 467 se dice *“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”*. Precepto en el que se regula el derecho de representación en la sucesión testamentaria, pero con límites. Solo existirá este instituto cuando el testador no hubiera previsto que sus descendientes pudieran repudiar la herencia o el legado, y cuando no se trate de un legado de usufructo o de un derecho de naturaleza personal.

⁸⁵ SIERRA BERMEJO, L. El derecho de representación en la sucesión testada. Anales de la Academia Matritense del Notariado. Tomo IV. 1948, pág. 451.

⁸⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J. Op. Cit., pág 111.

⁸⁷ Ley de 5 de noviembre 1940, Contratos, Anulabilidad de los celebrados en zona roja (RCL 1940/1840).

⁸⁸ Real Decreto de 16 marzo de 1942, n. 262 de Approvazione del testo del Codice Civile. Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942.

En esta misma línea nos encontramos con el Código Civil portugués⁸⁹, el cual regula en su artículo 2040 el ámbito de aplicación del derecho de representación de la siguiente manera “*A representação tanto se dá na sucessão legal como na testamentária, mas com as restrições constantes dos artigos seguintes*”. Estas restricciones son las recogidas por el artículo 2041, donde establece que existe derecho de representación en los casos de premoriencia o repudiación, y nunca se dará si se designa sustituto sucesorio, si hay un fiduciario o si se trata de un legado de usufructo u otros derechos personales.

Y en el BGB (Bürgerliches Gesetzbuch)⁹⁰ partimos de que en su artículo 1935 se establece que si un heredero premuere su parte acrece a la del resto de herederos; pero este precepto está matizado por el artículo 1924 apartado tercero al disponer que el heredero premuerto antes de abrir la sucesión será reemplazado por su estirpe, y por el artículo 1953, apartados primero y segundo, al hablar de la renuncia de la herencia dice que si ésta es repudiada se entiende como que no ha existido tal proceso, y será heredero quien hubiese heredado si el repudiante hubiera premuerto. Es decir, se parte de la idea de que el derecho de representación no se aplica en el Derecho civil alemán, pero los artículos 1924 y 1953 dan a entender que habrá derecho de representación en caso de premoriencia y repudiación.

El único Derecho de nuestro entorno que sigue negando la existencia del derecho de representación en la sucesión testada es el Code Civile francés⁹¹, ya que considera que no se respeta la equidad hereditaria. Por lo que solo acepta tal instituto en la sucesión intestada, concretamente en su artículo 754 se dice “*On représente les prédécédés, on ne représente les renonçants que dans les successions dévolues en ligne directe ou collatérale*”, es decir, solo hay derecho de representación en la premoriencia y en los casos de ausencia⁹².

Volviendo a nuestro Ordenamiento, hay que destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1952⁹³, caso en el que los demandantes pedían que les concediesen el tercio de mejora y de libre disposición que hubieran pertenecido a su padre (premuerto) por disposición de su abuela en el testamento, en concepto de derecho de representación.

⁸⁹ Decreto-Lei n.º 47344, de 26 novembro 1966, Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação. Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25.

⁹⁰ Bürgerliches Gesetzbuch en la versión promulgada el 2 de enero de 2002. Gaceta de leyes federales (Bundesgesetzblatt I Seite 42, 2909; 2003 I Seite 738).

⁹¹ Code Civile français de 21 de marzo de 1804.

⁹² Loi n° 77-1447 du 28 décembre 1977 portant réforme du titre IV du livre Ier du code civil: des absents.

⁹³ RJ 1952/2430.

Sentencia que puso de manifiesto que en el caso de premoriencia no se discute que los nietos se convierten en herederos forzosos y deben recibir la legítima estricta (Considerando primero); pero, en la sucesión testada cuando nos encontramos con casos de premoriencia, se hereda por aplicación de la sustitución vulgar y no por derecho de representación (Considerandos cuarto y séptimo).

En su Considerando segundo expone que ni las expresiones latinas “*in locus patris sui*”⁹⁴ y “*fili appellatione omnes liberos intelligimus*”⁹⁵, mediante las cuales los nietos heredaban del abuelo por presunto llamamiento, tienen aplicación porque solamente se utilizaran cuando los hijos (herederos forzosos) fueran llamados conjuntamente y no en forma nominal.

Y finalmente hay que destacar el Considerando sexto relativo al artículo 766 CC⁹⁶, dado que este artículo no menciona la representación, sino que habla de transmisión. Por ello, el magistrado ponente determina “*Que el artículo 766 del Código Civil no ofrece base segura para la decisión del pleito, aunque más bien parece que, en supuestos de premoriencia, ratifica el criterio excluyente ya expresado, porque si de una parte alude al «ius transmissionis», propio de herencia ya deferida, y no al derecho de representación, que se da por vocación legal sucesoria en favor de la estirpe del instituido que premuere al testador y, por ello, no pudo heredar*”. Además, este artículo viene a corroborar que, de existir el derecho de representación en la sucesión testada, solo tendría lugar en los llamamientos forzosos, esto es la legítima estricta. Por lo que niega que la parte de libre disposición, tercio que tiene carácter voluntario, pueda ser atribuido a los nietos al tener un carácter personalísimo.

Pero, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1966⁹⁷ interpretó, en su Considerando sexto, lo siguiente: “*Que el «ius representationis», regulado en los arts. 924 al 929 del CC, requiere que el representado premuere al causante, de quien no llega a ser heredero, pues los representantes suceden directamente al de «de cuius»; pero establecido solamente en las sucesiones abintestato, sus posibles aplicaciones en las sucesiones testamentarias no tiene lugar propiamente en las que siendo de esta última naturaleza son de carácter voluntario, porque la institución no es forzosa sino en las legales, o sea en lo relativo a las legítimas*”. Por tanto, a diferencia de la sentencia del año 1952, que negaba rotundamente

⁹⁴ En lugar de su padre.

⁹⁵ Con el nombre de hijos se entienden todos los descendientes.

⁹⁶ 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*”.

⁹⁷ RJ 1966/3671.

el derecho de representación en la sucesión testamentaria; la sentencia de 1966, la acepta, pero solamente, los descendientes podrán representar a su progenitor en la legítima.

Como vemos, el Tribunal Supremo tenía opiniones contradictorias acerca de si el derecho de representación podría ser usado en la sucesión testamentaria. Del mismo modo, la doctrina española dudaba de su aplicación⁹⁸.

LÓPEZ SAN LUIS⁹⁹ resume de una forma muy clara el derecho de representación en la sucesión testada antes de la reforma de 1981, donde solo podría aplicarse si era una manifestación expresa del testador; y, únicamente, en los casos de indignidad y desheredación, y en la parte legítima.

4.2. El derecho de representación en la sucesión testada después de la reforma del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo

En el año 1981 tuvo lugar la Ley 11/1981, de 13 de mayo por la que se reformó el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial. Dicha ley fue creada para eliminar las desigualdades sociales entre hombre y mujeres, igualando ambas partes del matrimonio respecto a la administración y disposición de los bienes gananciales.

Resulta curioso que, en el artículo cuarto de la ley, el legislador modificase la redacción anterior de artículos que nada tienen que ver con la materia a reformar (filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial), entre los que nos encontramos con el artículo 814 CC, relativo a la legítima sucesoria. BOLÁS ALFONSO¹⁰⁰, explica que no fueron del todo incoherentes esas nuevas modificaciones en la materia sucesoria, dado que, la modificación de la filiación afecta a los herederos forzosos; y de no corregirlo, podrían producirse abundantes casos de preterición.

4.2.1. Nueva redacción del artículo 814 del CC

El artículo 814 del Código Civil de 1958 establecía lo siguiente “*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.*”

⁹⁸ Para ver las distintas tesis favorables o contradictorias, MADRIÑAN VÁZQUEZ, M. Op. Cit., págs. 139 a 163. LÓPEZ SAN LUIS, R. Op. Cit., págs. 21 a 54.

⁹⁹ LÓPEZ SAN LUIS, R. Op. Cit., págs. 54 a 55.

¹⁰⁰ BOLÁS ALFONSO, J. La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981, Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1983, tomo XXV, págs. 191 y 192.

La preterición del viudo o viuda no anula la institución, pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos ochocientos treinta y cuatro a ochocientos treinta y nueve de este Código.

Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto”.

Como podemos observar, este artículo no recogía ninguna solución para el caso de que un legitimario llamado a la herencia por medio de testamento, y no preterido, premuriese al causante. Planteándose el problema de que derechos podrían adquirir sus descendientes¹⁰¹, ya que éstos eran preteridos de la herencia de su abuelo¹⁰².

La nueva redacción dada al artículo 814 fue la siguiente “*La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.*

Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos:

1.º Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

2.º En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas.

Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos.

Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos.

A salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador”.

Es en el apartado tercero de este artículo donde se da una solución a esta incertidumbre, dado que desde 1981, los hijos de un heredero testamentario que premuere al causante, representarán a aquél en la herencia y no resultarán preteridos.

El principal problema que plantea el precepto es la utilización del término “*representan*”. Autores como BOLÁS ALFONSO¹⁰³ consideran que el propósito del legislador al utilizar el verbo representar es otorgar una mayor claridad al artículo, puesto que para la población, desconocedora de los tecnicismos jurídicos, representar y sustituir son sinónimos. Además,

¹⁰¹ MADRIÁN VÁZQUEZ, M. Op. Cit., págs. 166 y 167.

¹⁰² VALLET DE GOYTISOLO, J. Artículos 806 a 857 del Código civil. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. T. XI. 2º edición. Dir. Manuel Albaladejo. EDERSA, Madrid, 1982, págs. 178 y 179.

¹⁰³ BOLÁS ALFONSO, J. Op. Cit., págs. 205 y 206.

añade, que era común en la práctica notarial el uso de este verbo cuando los testadores querían incluir la sustitución vulgar.

En cambio, para PINTO RUIZ¹⁰⁴ es un error el empleo de este verbo, porque el derecho de representación y la sustitución vulgar son instituciones diferentes; en cuanto que, la primera se impone por la ley, y, la segunda, es manifestación de la voluntad del testador.

En definitiva, aunque el artículo 814 apartado tercero solucionó la preterición de los descendientes no instituidos en un testamento, generó dudas sobre si, realmente, el derecho de representación tenía lugar en la sucesión testamentaria, si un heredero forzoso premoría; y, sobre cuál sería la parte de la herencia a la que tendrían derecho aquéllos.

Para GUILARTE ZAPATERO¹⁰⁵ estamos ante un verdadero derecho de representación a favor de la línea recta descendente en la sucesión testamentaria, derecho que abarcaría todo el contenido otorgado al premuerto en el testamento, y no solo la legítima. Es decir, para este jurista los descendientes preteridos podrán hacer suya, incluso, la mejora.

BOLÁS ALFONSO entiende que el legislador es quien crea una sustitución vulgar, únicamente para este caso, a favor de los descendientes del no preterido testamentariamente, a lo que añade que *“en el supuesto de premoriencia, la representación es “en la herencia”, en todos los derechos atribuidos al sustituto, ya que el artículo no distingue, si bien hubiera sido suficiente con salvar la legítima”*¹⁰⁶. Por tanto, para este autor, con este artículo, surge una sustitución vulgar *ex lege*, a favor de los descendientes, los cuales podrán recibir todo lo que hubiera recibido el premuerto; aunque matiza que hubiera sido más correcto concederle únicamente la legítima.

En cambio, PINTO RUIZ¹⁰⁷ estima que el precepto enjuiciado, ni regula el derecho de representación, ni la sustitución vulgar en favor de los descendientes del premuerto no preterido. Si no que, los descendientes son llamados por derecho propio, concurriendo a la herencia juntos con sus tíos y heredando por estirpes; dado que, con la nominación del progenitor, se está llamando a toda su estirpe para que le suceda en su legítima.

Personalmente, creo que el artículo 814 del CC está creando un verdadero derecho de representación debido a la utilización de la expresión *“representan”*. El legislador, de haber querido que fuera una sustitución vulgar, lo hubiera manifestado de otra manera, por

¹⁰⁴ PINTO RUIZ, J.J. El actual artículo 814 del Código civil no introduce el instituto de la representación sucesoria en la sucesión testada, Revista General de Derecho, 1984, págs. 2680 y 2681.

¹⁰⁵ GUILARTE ZAPATERO, V. Op. Cit., págs. 195 y 196.

¹⁰⁶ BOLÁS ALFONSO, J. Op. Cit., pág. 207.

¹⁰⁷ PINTO RUIZ, J.J. Op. Cit., págs. 2682 y 2683.

ejemplo, diciendo “sustituirán vulgarmente”. Conuerdo con las teorías de los tres autores expuestas en los párrafos anteriores, en lo relativo a que los descendientes son los únicos sujetos que pueden subrogarse en la posición de su progenitor en la sucesión testada, ya que, es el artículo el que expresamente menciona a los descendientes de otro descendiente; no pudiendo interpretarse, en ningún momento, que los sobrinos pudieran representar a su tío en la sucesión testada. Finalmente, en lo relativo a la porción de la herencia que podrán hacer suya los descendientes, a mi entender, lo lógico sería que éstos solo pudieran recibir la legítima, ya sea la estricta o la larga (solo si no se ha mejorado a ningún hijo o nieto); porque la mejora es un llamamiento personal hecho por el testador, y de faltar a quien se mejora, no se cumple su requisito principal de beneficiar a esa persona concreta. Y, obviamente, no le representarán en el tercio de libre disposición por los mismos motivos que para la mejora.

Todo lo expuesto con anterioridad en este punto ocurrirá si en el testamento no hay ninguna disposición o cláusula que determine cómo actuar en caso de que falte algún heredero instituido; porque si en el testamento aparece alguna mención, como es la sustitución vulgar, el artículo 814 del CC no podría aplicarse. Para BOLÁS ALFONSO¹⁰⁸ y PINTO RUIZ¹⁰⁹, si en el testamento claramente se utiliza el derecho de representación, y siempre y cuando se respete la voluntad del testador, esa institución podrá usarse en la sucesión testamentaria, con los límites recogidos en el Código Civil.

Esta misma idea la manifiesta la Sentencia de 13 septiembre de 1994 de la Audiencia Provincial de Ourense¹¹⁰, en cuyo Fundamento de Derecho Primero se dice: *“En efecto, teniendo en cuenta que la voluntad del testador expresada en el testamento es ley obligatoria para cuantos de éste deriven derecho (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 24 noviembre 1958 [RJ 1958\3800]) y que el testamento debe ser respetado y constituye la norma de la sucesión en aquello que no se oponga a la Ley o al derecho necesario que sobre ella debe imperar (así, Sentencia del Tribunal Supremo de 23 enero 1959 [RJ 1959\125]), la cuestión sobre la validez del derecho de representación en favor de los descendientes de los sustitutos establecido por el causante, en la cláusula sexta del testamento ha de resolverse de manera positiva, pues tal fue su voluntad expresa, ha de entenderse que no se opone a la Ley por cuanto, aunque el mencionado derecho se regule dentro de la sucesión legítima en ningún precepto se dispone explícitamente que no pueda tener lugar en la testamentaria, concurrió el caso prescrito en la cláusula cuarta del mismo, de que*

¹⁰⁸ BOLÁS ALFONSO, J. Op. Cit., pág. 196.

¹⁰⁹ PINTO RUIZ, J.J. Op. Cit., págs. 2681.

¹¹⁰ AC 1994\1456.

su hijo, que le sobrevivió, falleció sin haber recobrado la capacidad y, entonces, a salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador (artículo 814, último párrafo, del Código Civil)”.

La indignidad y desheredación, regulados por los artículos 761 y 857 del CC respectivamente, son vistos como los otros dos supuestos en los que cabe el derecho de representación en la sucesión testada, dado que el Código, en este sentido, era claro, y es que ambos artículos otorgan la posibilidad de representar a un indigno o desheredado en la parte legítima que le hubiera correspondido.

A pesar de que, el derecho de representación en la sucesión testada desde la Reforma de 1981, es aceptado; nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia de 27 de noviembre de 1992¹¹¹ en el Fundamento de Derecho Cuarto, aparte de expresar que el derecho de representación solo opera en la sucesión *abintestato*, también hace referencia a la sustitución vulgar de la siguiente forma *“este «Ius repraesentationis» no es aplicable al caso de autos, pues aparte de lo que es inconcuso que en nuestro Derecho, este derecho sólo opera en la sucesión intestada que no es, pues la de autos, la propia literalidad de la cláusula controvertida, sin lugar a dudas, deriva en la existencia de una sustitución vulgar, por su inespecificación de casos, por devenir evidente que ésa es la letra y ésa es la voluntad del testador, cuando se dice, que en el resto de sus bienes heredan todos sus hijos a partes iguales, sustituidos por sus descendientes legítimos, si a ello hubiere lugar; la expresión de la voz sustitución, es diáfana acerca del acaecimiento de esa sustitución y la no especificación de casos, como afirma la sentencia recurrida, canaliza el juego de la sustitución vulgar en términos genéricos prevenidos en el art. 774, por lo cual el motivo ha de rebusarse”.*

4.3. El derecho de representación en la sucesión testada en la actualidad

Desde la promulgación de la reforma de 1981, no son muchas las sentencias o autos dictados por nuestros tribunales sobre el derecho de representación en la sucesión hereditaria, y las pocas sentencias o autos existentes proceden de las Audiencias Provinciales, limitándose muchas a mencionar que en la sucesión testamentaria solo cabe tal derecho en su parte legítima.

Pero existe una sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, que hay que destacar por exponer que tras la Reforma del Código Civil de 1981 la representación en la sucesión testamentaria es innegable, concretamente es la Sentencia núm. 170/2017 de 2 junio¹¹², en cuyo Fundamento Jurídico Segundo hace un resumen de la historia del derecho

¹¹¹ RJ 1992\9597.

¹¹² AC 2017\963.

de representación de la siguiente forma *“La doctrina, tras la publicación del Código civil, vino manteniendo que el derecho de representación sólo era aplicable a la sucesión intestada porque, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos como el italiano, el Código trataba tal derecho de representación únicamente dentro de esta clase de sucesión (...). En efecto, en principio, en la sucesión testada, cuando un llamado voluntariamente a la herencia no puede (por premoriencia o por indignidad) o no quiere (repudia) adquirirla, ocupará su puesto otro que haya sido llamado por el testador subsidiariamente; es decir, se aplicará la sustitución vulgar si la ha previsto el testador; en caso contrario, si no la ha previsto, se dará el derecho de acrecer si concurren los requisitos de éste; y a falta de éste, se dará la sucesión intestada (...). Sin embargo, tras la reforma introducida de la Ley de 13 de mayo de 1981 (RCL 1981, 1151), el Código Civil, al establecer en el apartado 3 del artículo 814 que: Los descendientes de otro descendiente que no hubiera sido preterido representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos, viene a reconocer el derecho de representación en la sucesión testada”*.

En esta misma sentencia, la demandante solicitaba sustituir a su padre premuerto en el tercio de libre disposición de la herencia de su abuela muerta meses después que su hijo; tercio que es negado por no ser mencionado en el artículo 814 del CC. En este caso no se discute el tercio de legítima, puesto que en primera instancia se reconoció que la demandante ocupaba el lugar de su padre, en esa parte, mediante el derecho de representación.

El principal problema lo plantean dos disposiciones que introdujo la causante en su testamento, concretamente la disposición tercera y cuarta que rezaban lo siguiente *“Tercera. Instituye en la porción legítima a la persona o personas que tengan derecho a ella al ocurrir su fallecimiento. Cuarta. Del remanente de todos sus bienes presentes y futuros, instituye heredero universal a su nombrado esposo (fallecido muchos años atrás), con sustitución vulgar en favor de sus dos hijos, por partes iguales”*. Pues bien, con estas normas no se aprecia que la voluntad de la causante sea nombrar herederos a sus nietos en caso de premoriencia, y solo se limitó a crear una sustitución vulgar a favor de sus dos hijos. De este modo la sentencia dispone lo siguiente *“Piénsese que el derecho de representación ha estado excluido muchos años de la sucesión testada, precisamente porque se venía entendiendo que en esta clase de sucesión el título es de origen voluntario, es decir, que el llamamiento ha sido hecho libremente por el testador, y es, además de carácter personalísimo, referido sólo a la persona del llamado, por lo que no había motivo para que la ley efectuase llamamiento alguno como ocurre en el supuesto del derecho de representación”*. A lo que añade que para respetar la voluntad del testador hay que estar a lo que dice o no el testamento, y como el derecho de representación *“implica un llamamiento por ley a descendientes del premuerto en una sucesión testamentaria, por tanto, ha de ser objeto de interpretación restrictiva limitada a la legítima”*.

En esta materia es interesante la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de julio de 2018¹¹³; resolución que entiende que el derecho de representación tiene lugar en la sucesión testada si tenemos en cuenta la voluntad del testador. En este supuesto el padre legó a su hijo la mitad de la casa en la que aquél residía, bien sujeto a la sociedad de gananciales, y nombró herederos a sus dos hijos a partes iguales en el resto de los bienes, concediendo el derecho de representación a los descendientes de sus herederos en caso de premoriencia. El hijo que recibía el legado renunció al bien legado, pasando a formar parte de la herencia.

En lo que a nuestro estudio se refiere, hay que hablar de la expresión “representación” incluida en el testamento. Y es que lo habitual es que en un testamento se recoja la sustitución vulgar; pero en el testamento que da lugar a la presente resolución, expresamente se proclama representantes a los descendientes, únicas personas capaces de suceder por representación¹¹⁴.

La Dirección General de los Registros y del Notariado estimó que la voluntad del testador fue la de establecer un segundo llamamiento en caso de que alguno de sus descendientes no llegase a suceder. A lo que añade, que la expresión utilizada en el testamento es válida, porque éste se realizó ante notario, jurista que fue asesorando a su cliente en todo momento haciendo uso del artículo 929 del CC, es decir, en este testamento nació el derecho de representación de persona viva en caso de indignidad o desheredación, o por la premoriencia de un heredero; y, a favor de los parientes recogidos por el artículo 925 del CC. A lo que hay que añadir, que la voluntad del testador se convierte en ley, y no se puede ir en contra de ésta a no ser que vulnere las legítimas, caso que aquí no ocurre.

Para sustentar esta opinión, la Dirección General utiliza el artículo 675 del CC que dice expresamente “*Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento*”.

Por todo lo expuesto, considero que en la actualidad el derecho de representación en la sucesión testamentaria no puede ser negado por nadie. Pero en este tipo de sucesión funcionará en un ámbito más limitado con respecto a la sucesión intestada. A saber, solo podrá ser utilizada esta institución cuando el testador lo disponga expresamente en su

¹¹³ JUR 2018, 195331.

¹¹⁴ SALMERÓN MANZANO, E. M. Sobre el derecho de representación en la voluntad testada. Comentario a la RDGRN de 5 de julio de 2018 (JUR 2018, 195331). Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil num.108/2018.

testamento. Los representantes, que en este caso serán solamente los descendientes del premuerto, solo podrán recibir la parte legítima que hubiera correspondido al representado, y no las posibles mejoras (salvo que no se haya mejorado a ningún heredero, supuesto en el que se recibirán la parte correspondiente de la legítima larga), ni el tercio de libre disposición.

5. LA REPUDIACIÓN

La repudiación es aquel acto jurídico formalmente realizado una vez abierta la sucesión, producidas la vocación y la delación de la herencia, que consiste en renunciar a ella o la parte de ésta a la que se ha sido llamado.

Tras esta definición, cabe plantearse qué sentido tiene dedicar un apartado a hablar de un supuesto que nunca ha sido admitido por nuestro Código Civil; puesto que, si un heredero voluntariamente repudia la herencia del *de cuius*, sus hijos no pueden ocupar su lugar.

5.1. Repudiación y Derecho de Representación en la Sucesión Intestada

Como hemos visto a lo largo del trabajo, el derecho de representación solo tiene lugar en los supuestos de premoriencia, indignidad y desheredación; por ello, autores como GUILARTE ZAPATERO y VELA SÁNCHEZ, utilizan diversos artículos del Código Civil para negar la extensión del derecho de representación a la repudiación:

GUILARTE ZAPATERO¹¹⁵ considera que en los artículos 924 y 929 del CC, artículos que regulan los supuestos en los que cabe el derecho de representación, se excluye la repudiación. Únicamente tendría lugar el derecho de representación en la repudiación, si alguno de los futuros herederos renuncia con anterioridad a la muerte del *de cuius*; circunstancia en la que hay que utilizar el artículo 991 del CC (“*Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia*”), precepto que permite, a los descendientes de quién repudió, ocupar el lugar de su progenitor; puesto que la repudiación no sería eficaz.

Este autor también utiliza los artículos 922 (“*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*”) y 981 del CC (“*En las sucesiones legítimas la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre a los coherederos*”), porque ambos artículos disponen que si un heredero repudia, su parte acrece a los demás coherederos¹¹⁶.

¹¹⁵ GUILARTE ZAPATERO, V. Op. Cit., págs. 174 y 175.

¹¹⁶ GUILARTE ZAPATERO, V. Op. Cit., pág. 112.

VELA SÁNCHEZ¹¹⁷ añade que la repudiación no puede ser un supuesto de la representación, dado que en este caso no se produce el requisito necesario del derecho de representación y es que el representado no haya podido heredar; ya que, el supuesto representado puede heredar pero decide voluntariamente repudiar su parte. Para sostener su tesis utiliza el artículo 923 del CC, donde se niega la posibilidad de representar a un repudiante; y el artículo 929 del CC, que dispone que solo se puede representar a una persona viva, en los supuestos de indignidad y desheredación.

Por parte de nuestros tribunales, la repudiación tampoco es vista como un supuesto en el que tenga cabida el derecho de representación. El ejemplo más claro lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1992¹¹⁸, en cuyo Fundamento de Derecho Cuarto dice lo siguiente “*en nuestro derecho positivo, a la vista de lo dispuesto en los arts. 924 y ss. CC, acoge el criterio, tan falto de equidad, del «vivi nulla representatio», esto es, que en los casos de repudiación del primer llamado, no puedan suceder sus hijos o stirpe en la herencia de sus ascendientes, conforme a la definición nuclear del art. 924 CC, en donde sólo se admite dicho mecanismo para que los parientes de una persona puedan suceder a otra en los derechos que ésta tuviese, si viviese y hubiese podido heredar, en la herencia de su ascendiente, y no, pues, en el supuesto de renuncia cuando no ha querido suceder?*”.

Por tanto, como vemos, la opinión generalizada en España es que no se puede aplicar actualmente el derecho de representación en caso de renuncia de la herencia.

Situación muy distinta a la que nos encontramos en los países de nuestro alrededor. Así, por ejemplo, en Italia su Codice Civile del año 1942 dispone en el artículo 467 apartado 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*”. El inciso final de este artículo dice claramente que los herederos ocuparan el lugar de su padre en todos los casos en que éste no pueda o no quiera aceptar la herencia; casos en los que están incluidos la repudiación.

El Código civil portugués contempla esta situación en términos muy similares al código anterior; concretamente en su artículo 2039, el cual dice “*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 o legado*”. Otorgando el derecho de representación a los descendientes de quien no pudo o quiso aceptar la herencia.

¹¹⁷ VELA SÁNCHEZ, A. Op. Cit., pág. 2500.

¹¹⁸ RJ 1992\9597.

El BGB alemán, a pesar de ser un ordenamiento de raíz germánica, orienta su derecho de representación de la misma forma que los dos países anteriores. Para explicar esta teoría hay que interpretar los artículos 1935, 1924 y 1953, preceptos utilizados y explicados ya para aceptar la representación en la sucesión testada. Y, resumiendo lo que allí dijimos, el primero de estos preceptos niega el derecho de representación, pero los dos siguientes la aceptan en los casos de premoriencia y repudiación, donde se entiende que los descendientes del premuerto y el que renuncie a su herencia, concurren a ésta como si no hubiera sucedido nada.

Francia es el único país de nuestro entorno que lo niega, al igual que en la sucesión testada, mediante el uso de los siguientes artículos del Code Civile, concretamente el 754¹¹⁹, y el 787 el cual determina lo siguiente “*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 viennent de leur chef et succèdent per tête*”. Artículo que tajantemente dispone que no se puede suceder si hay repudiación, ni para el repudiante ni para su descendencia.

Aunque, actualmente, en España, no tiene sustentación en el Código Civil, algunos autores como VATTIER FUENZALIDA¹²⁰ o ARJONA GUAJARDO-FAJARDO¹²¹, entienden que la representación tendrá lugar en el caso de que se repudie la herencia.

GUILARTE ZAPATERO¹²², aunque no es partidario de su extensión, utiliza unos criterios dogmáticos para demostrar la posible compatibilidad del derecho de representación y la repudiación de la herencia. Principalmente son las tesis objetivas y subjetivas utilizadas para apoyar el derecho de representación en general, es decir, que el abuelo tiene afecto a sus nietos y por ello nunca les perjudicaría, o que la finalidad de la herencia es otorgar una ayuda económica a la familia desconsolada.

Otro motivo utilizado es la analogía¹²³, dado que anteriormente la indignidad y la desheredación no eran supuestos en los que tuviera lugar el derecho de representación, pero con la modificación del Código sí que es posible tal hecho. Hay que tener en cuenta que los sucesores de un indigno o desheredado, solo tienen derecho sobre la legítima; parte que

¹¹⁹ “*On représente les prédécédés, on ne représente les renonçants que dans les successions dévolues en ligne directe ou collatérale*”.

¹²⁰ VATTIER FUENZALIDA, C. El derecho de representación en Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Santander 9 a 11 de febrero de 2006. Servicio de Publicación de la Universidad de Murcia, 2006. pág. 543.

¹²¹ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J.L. pág. 178.

¹²² GUILARTE ZAPATERO, V. pág. 137.

¹²³ MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M. Op. Cit., págs. 88 y 89.

también debería corresponder al descendiente de quien repudia si atendemos a la explicación dada en párrafos anteriores sobre el artículo 766 del CC. Es cierto que los artículos 761 y 857 del CC son normas dictadas para estos casos concretos, pero hay que destacar que nuestro Código era desconocedor de este derecho hasta hace relativamente poco tiempo, y que cuando se introdujeron los artículos del derecho de representación, eran innovaciones en nuestro ordenamiento, siendo el legislador un novato y cometiendo errores terminológicos y jurídicos.

Por ello, hay que entender el derecho de representación como un expediente o un fin por el que el heredero de segundo grado pueda tener derecho a las legítimas en los supuestos de indignidad y desheredación, no es una locura entender que se pueda aplicar en la repudiación, por criterios de coherencia y analogía. De este modo, la repudiación debería ser entendida limitadamente en la legítima y solamente en la línea recta descendiente, y no en la colateral porque estos parientes no son legitimarios.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO¹²⁴ critica las tesis planteadas por los detractores de la utilización del derecho de representación en caso de repudiación de la herencia, de la siguiente manera:

En primer lugar, dispone que el derecho de representación del artículo 924 del CC, no es el que tenemos en el caso de la repudiación, sino que nos encontramos con la representación limitada del artículo 766 del CC, entendiéndola como una institución que, para evitar la exclusión de los descendientes del que repudia, se les otorga a éstos la posibilidad de concurrir en su lugar, pero solamente en la parte legítima.

El artículo 929 del CC, aunque ha sido criticado por la doctrina por estar vacío de contenido jurídico, viene a apoyar lo que establece el artículo 924 del CC, cuando aquél precepto dispone que existe derecho de representación si aquella (el repudiante), aunque viva, no pueda heredar. Es necesario conectar la norma con los artículos 761 y 857 del CC, los cuales admiten que existe la representación en la indignidad y desheredación, pero solo en la legítima. Pues bien, el artículo 929 del CC, aunque no menciona expresamente la repudiación, no se debe utilizar como un argumento firme, ya que se puede considerar como un defecto legislativo más del Código.

Para criticar los artículos 922 y 981 del CC, el autor utiliza el artículo 985 apartado segundo del CC, que dice lo siguiente “*Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos*

¹²⁴ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J.L. Op. Cit., págs. 164 a 173.

por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer". Este derecho propio que menciona el último artículo excluye la aplicación del derecho de acrecer, y aunque expresamente no se diga nada del derecho de representación, este podía ser el mecanismo perfecto si tenemos en cuenta que una institución que impide el uso del derecho de acrecer es la sustitución vulgar; llamamiento que como ya hemos visto es muy similar al derecho de representación.

Finalmente, sobre el artículo 923 del CC dice que fue un artículo introducido en 1851 para evitar que la herencia repudiada pasase al fisco, y fuera a parar a la familia del repudiante. Y es por esta razón, por la que se considera este artículo como la base para ampliar el derecho de representación al supuesto de la repudiación; pero solo en la legítima.

Tras todas estas posiciones de los autores citados, entiendo que, en la actualidad, difícilmente se puede extender el derecho de representación a la repudiación, puesto que no existe un artículo que lo permita y son numerosos los artículos que impiden su extensión. Si bien es cierto que las ideas de ARJONA GUAJARDO-FAJARDO son convincentes, en mi opinión, para que, en un futuro, y produciéndose una reforma del Código Civil, se pueda contemplar la repudiación dentro del elenco del supuesto de la representación hereditaria.

5.2. Repudiación y Derecho de Representación en la Sucesión Testamentaria

Hasta ahora lo que hemos analizado en este apartado quinto hace referencia a la sucesión intestada, pero, ¿qué ocurre en el caso de que un heredero repudie la herencia que su padre le ha dejado en testamento, cuando aquél tiene descendencia y el causante no ha previsto la sustitución vulgar para suplir esta falta? Actualmente la respuesta legal sería que los nietos no podrán heredar de su abuelo por haber repudiado su padre; además, esta parte rechazada, acrecerá al resto de herederos legítimos. Para ARJONA¹²⁵, es en esta situación donde se podría aplicar el derecho de representación, y por tanto la respuesta a la pregunta sería que los nietos heredarán de su abuelo por derecho de representación en la parte legítima. Pero para que esto sucediera debería de darse una reforma del Código Civil, pues a día de hoy esta teoría no cuenta con apoyo legal.

Los motivos para su justificación son los mismos que en la sucesión *abintestato*, ya que la negativa de un padre sobre un derecho personal, nunca podrá ir en contra de una disposición legislativa, y, por tanto, los nietos tienen derecho a su legítima.

¹²⁵ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J.L. págs. 235 y 236.

Pero, ¿de qué tipo de legítima estamos hablando? ¿Únicamente la legítima estricta o también podemos tener en cuenta la legítima larga? Podemos encontrarnos con soluciones distintas porque debemos tener en cuenta si el *de cuius* ha hecho uso del tercio de mejora o no. Si el testador no mejora a ningún descendiente suyo, nos encontramos con la legítima larga y nada impide que éstos tomen todo lo que le correspondía a su progenitor. Pero, si el testador mejora, tenemos dos posibles circunstancias: por un lado, el testador mejora a algún descendiente que no repudia, la estirpe del repudiante tendrá derecho a la legítima de su ascendiente, que no es otra que la legítima corta. Por otro lado, si se mejora a quien posteriormente repudia, para un sector de la doctrina los descendientes podrán tomar toda la legítima, incluida la mejora; otro sector entiende lo contrario, porque la mejora tiene un carácter voluntario, expreso y personal que no se aprecia en los descendientes no mejorados, sino que solo lo tendrá aquel sucesor designado concretamente, y si lo repudia acrecerá al resto de coherederos.

A mi parecer, la repudiación debería ser incluida dentro del elenco de las situaciones en las que una persona viva puede ser representado en la herencia del causante, por motivos de equidad o justicia. En la indignidad o desheredación se prohíbe heredar a un hijo que ha cometido un acto por el cual se le deshereda o es indigno para suceder, y a su estirpe para no producirle un daño, se le otorga tal posibilidad. En la repudiación es conscientemente ese heredero quien renuncia la herencia, siendo por tanto un acto voluntario, en el que es posible que el progenitor repudie la herencia para perjudicar a su familia. De manera que, ¿por qué cuando un heredero repudia la herencia no se considera que perjudica a su descendencia al igual que en la indignidad y la desheredación?

6. DERECHOS CIVILES PROPIOS

El Código Civil no es el único instrumento legislativo que regula las sucesiones en España, dado que en nuestro país existen numerosas Comunidades Autónomas que tienen sus Derechos propios o Derechos forales; ordenamientos que contemplan diversas soluciones para el caso de que un heredero forzoso no pueda llegar a suceder por haber premuerto, ser indigno o desheredado, entre otros supuestos. Pues bien, en este apartado, nos centraremos en comparar el derecho de representación sucesoria regulado en los regímenes de Aragón, Islas Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y País Vasco. Pasemos a analizarlos.

6.1. Aragón

El Derecho aragonés se encuentra regulado en el Código de Derecho Foral de Aragón¹²⁶, en cuyo Capítulo IV del Título I del Libro III denominado como “*Sustitución Legal*”, encontramos una institución muy similar al derecho de representación.

Dentro del Código, su artículo 334 regula la sustitución legal en los siguientes términos “*Los descendientes de un llamado a título universal o particular o legitimario de grado preferente ocupan el lugar de éste en la sucesión o en la legítima por sustitución legal en los casos previstos en este Código*”. Por tanto, según este artículo, la sustitución legal se produce a favor de los descendientes de una persona, heredero forzoso o legatario, en toda la sucesión o en su legítima para los casos que recoge el Código en los artículos siguientes.

El artículo 335 en su primer inciso manifiesta que “*La sustitución legal puede darse en la sucesión voluntaria y en la legal, así como en la legítima*”; es decir, en Aragón, la sustitución legal se da tanto en la sucesión testada (voluntaria) como en la intestada (legal). Precepto que debe relacionarse con los artículos 336 y 338, que determinan en que supuestos tiene lugar en cada una de las sucesiones. El artículo 336.1 se refiere a la sucesión voluntaria o testada donde tendrá lugar “*salvo previsión en contrario del disponente, cuando el llamado ha premuerto o ha sido declarado ausente o indigno de suceder*”. Para la sucesión legal o intestada, el artículo 338.1 determina que se aplica en los mismos casos que el artículo 336.1, al que hay que añadir “*cuando ha sido desheredado con causa legal o excluido absolutamente en la sucesión*”.

El segundo inciso del artículo 335, determina los sujetos de la sustitución, precepto muy similar a nuestro artículo 925 del CC, pero, se diferencian, en que aquél habla de los ascendientes, a los que les niega este derecho: “*2. La sustitución legal tiene lugar en la línea recta descendente, pero no en la ascendente. En la línea colateral solo tiene lugar en favor de los descendientes de hermanos, bien sean de doble vínculo, bien de un solo lado*”.

La forma en la que se divide la herencia en cada sucesión es distinta. En la sucesión voluntaria, el artículo 336.2 determina que “*La sustitución legal se produce en favor de los descendientes, sin limitación de grado, del sustituido que a su vez sea descendiente o hermano del causante. Cuando el sustituido sea descendiente del causante y la sustitución favorezca a sus nietos o descendientes ulteriores, heredarán siempre por estirpes, aunque todos los sustitutos sean del mismo grado. Si el sustituido es hermano del causante y entre sus sustitutos concurren hijos y descendientes ulteriores, aquéllos suceden por*

¹²⁶ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. BOA» núm. 67, de 29 de marzo de 2011.

cabezas y éstos por estirpes; si solo hay nietos, heredarán por cabezas”. Artículo que quiere decir que, si quienes sustituyen a su padre son sus hijos o nietos, éstos heredarán por estirpes; mientras que, si son los sobrinos o sobrino nietos los que sustituyen a su tío, los primeros heredan por cabezas, y los segundos por estirpes, salvo que éstos últimos concurren solos.

Para la sucesión legal, el artículo 338.2 dice que *“la sustitución legal en favor de los descendientes del descendiente sustituido, se produce sin limitación de grado y aunque concurren solos dividen por estirpes; mientras que la sustitución legal en favor de los descendientes del hermano sustituido, solo llega hasta el cuarto grado a contar del propio causante y si concurren con algún hermano del causante dividen por estirpes, pero si concurren solamente hijos o solamente nietos de hermanos sustituidos, dividen por cabezas*”. Es decir, en la sucesión intestada los descendientes del sustituido le sustituyen ilimitadamente y heredan por estirpes; y para los parientes colaterales solo podrán sustituirle hasta el cuarto grado, donde si concurren con sus tíos heredan por estirpes, y si concurren con otros primos heredan por cabezas.

En el Derecho foral aragonés, también existe la sucesión paccionada, siendo ésta un acuerdo de voluntades entre varios sujetos, y según el artículo 337, la sustitución legal se producirá en los mismos casos que para la sucesión voluntaria, salvo en la premuerte del instituido.

Finalmente, el artículo 341 denominado *“Inexistencia en caso de renuncia”* dispone que *“En caso de renuncia o repudiación no tiene lugar la sustitución legal”*.

A mi parecer, esta sustitución legal está mucho mejor definida en el Código de Aragón que en nuestro derecho de representación. Ello porque en Aragón se determina claramente los sujetos, los supuestos en los que tiene lugar y como se produce la repartición de la herencia. Además, se encuentra colocada en un capítulo que pertenece a todas las sucesiones en general, lo que nos da a entender que se podrá sustituir legalmente habiendo o no testamento, e incluso cuando nos encontremos ante una sucesión paccionada. Hay que añadir, que no existe otra figura con efectos similares, como es la sustitución vulgar del Código Civil, por lo que estemos en una u otra sucesión, solo puede aplicarse esta institución.

El único error que puedo destacar es que en su artículo 334 habla de los descendientes, pero en su artículo 335. 2 también les concede la posibilidad de sustituir legalmente a los parientes colaterales indefinidamente, que, claramente, no son descendientes del representado.

6.2. Islas Baleares

La Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares¹²⁷ se encuentra dividida en Libros que son de aplicación a cada una de las islas, concretamente el Libro I, denominado como “*De las disposiciones aplicables a la Isla de Mallorca*”, contiene el artículo 42, que expresamente dice “*Constituye la legítima de los hijos, por naturaleza y adoptivos y, en representación de los premuertos, de sus descendientes de las clases indicadas, la tercera parte del haber hereditario si fueren cuatro o menos de cuatro, y la mitad si excedieren de este número.*”

Para fijar esta legítima se tomarán en cuenta los hijos y las estirpes de los premuertos y harán número el legitimario instituido heredero, el renunciante, el desheredado, el que haya otorgado definición y el declarado indigno de suceder, sin perjuicio del derecho que los artículos 761 y 857 del Código civil reconocen a los descendientes del declarado indigno o desheredado.

En cualquier supuesto en que la legítima individual no hubiere de satisfacerse pasará a incrementar la parte de libre disposición sin acrecer a los colegitimarios”.

En este artículo podemos ver una institución similar al derecho de representación, porque se dice que, en representación de un progenitor premuerto, sus hijos naturales y adoptados recibirán un tercio de la legítima si son cuatro o menos de cuatro; pero si son cinco hijos, recibirán la mitad de la legítima. En los casos de indignidad y desheredación, el segundo apartado, se remite a los artículos 761 y 857 del CC, donde, como sabemos, se les concede a los descendientes la legítima de su ascendiente.

Esta Compilación no regula nada más sobre un posible derecho de representación; pero en su artículo 24, menciona la sustitución vulgar de la siguiente forma “*Si el distribuidor premuriese al testador, se entenderá establecida, según el artículo 26, una sustitución vulgar a favor de los parientes entre los que se tenía que verificar la elección o distribución (...)*”; y en el artículo 27 “*El fideicomisario que muera antes de que la condición se cumpla no transmite derecho alguno a sus sucesores. Pero el testador puede, para tal supuesto, ordenar una sustitución vulgar en fideicomiso, en cuyo caso ocuparán los designados el lugar que hubiere correspondido al fideicomisario sustituido*”. Por lo que, en la sucesión testada, el testador puede disponer una sustitución vulgar.

Estimo que el Derecho aplicable en Mallorca es demasiado genérico, porque no regula la institución como tal, faltando menciones muy importantes.

¹²⁷ Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares. «BOIB» núm. 120, de 02/10/1990.

Para el resto de islas de esta Comunidad Autónoma, la Compilación no recoge ningún artículo similar; todo ello, porque en las Islas Baleares es de aplicación su propio Derecho consuetudinario, Derecho que varía en función de la isla o ciudad en la que se esté.

6.3. Cataluña

El Libro IV del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones¹²⁸, en su Título IV en el que se desarrolla la sucesión intestada, se encuentra el artículo 441-7 que regula el derecho de representación de la siguiente manera “1. *Por derecho de representación, los descendientes de una persona premuerta, declarada ausente o indigna son llamados a ocupar su lugar en la sucesión intestada.*

2. El derecho de representación solo se aplica a los descendientes del causante, sin limitación de grado, y a los sobrinos, pero no se extiende a los descendientes de éstos.

3. El representante que, por repudiación o por otra causa, no llega a ser heredero del representado no pierde el derecho de representación”.

Como podemos observar, el derecho de representación en Cataluña solo será de aplicación en la sucesión *abintestato*, dado que, como en nuestro Código Civil, está recogido dentro del Título IV, propio de la sucesión intestada. Los supuestos en los que tiene lugar son con la premoriencia, ausencia declarada, indignidad y repudiación del representado, a quien podrán representarle su descendencia ilimitadamente y sus sobrinos.

El artículo 441-8, apartado segundo dispone que “*Si es de aplicación el derecho de representación entre descendientes, la herencia se divide por ramas o estirpes, y los representantes de cada rama se reparten a partes iguales la porción que habría correspondido a su representado*”; lo que quiere decir, que el derecho de representación se divide por estirpes entre los descendientes. Para saber cómo se divide la herencia si quienes concurren a la herencia son los sobrinos, el apartado tercero de este mismo artículo nos remite al artículo 442-10.2 el cual dice “*Si concurren a la herencia hermanos e hijos de hermanos y existe una sola estirpe de sobrinos, estos perciben, por cabezas, lo que corresponde a la estirpe. Si existen dos o más, se acumulan las partes que corresponden a las estirpes llamadas y todos los sobrinos que las integran suceden en el conjunto por cabezas*”.

Más adelante, concretamente en el artículo 451-3.3, reza que “*El derecho de representación sólo tiene por objeto el derecho a la legítima*”.

¹²⁸ Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. «DOGC» núm. 5175, de 17/07/2008, «BOE» núm. 190, de 07/08/2008.

En el caso de la sucesión testada, como no se menciona en el artículo 441-7, debemos entender que no es de aplicación el derecho de representación. Pero, el Código Catalán, regula en su artículo 425-1 la sustitución vulgar, por la que *“El testador puede instituir a un heredero posterior o segundo para el caso en que el anterior o primero instituido no llegue a serlo porque no quiera o porque no pueda”*.

En resumen, en Cataluña el derecho de representación solo tiene cabida en la sucesión intestada, porque claramente lo dispone el artículo 441-7; mención que me parece correcta porque no puede crear ambigüedad como si hace nuestro Código Civil. Hay que destacar que la desheredación no es uno de los supuestos recogidos en este Código, caso que yo considero que debería ser incluido; en cambio, y acertadamente, regulan la ausencia, que erróneamente nuestro Código no contempla. También son más claros con la parte de la herencia a la que pueden tener derecho los representados, ya que solo cabe en la legítima; de este modo no se puede plantear ningún tipo de debate.

Los errores que observo son, en primer lugar, la dispersión normativa que hay, porque tenemos algunas ideas expuestas en los artículos 441 y 442, pero debemos ir hasta el 451, para hablar de la legítima; considero que sería mejor que estuviera todo regulado en un único capítulo o sección. En segundo lugar, al igual que en Aragón, al definir el derecho habla de los descendientes, para luego considerar a los sobrinos como otros sujetos posibles de este derecho; por lo que, deberían determinar correctamente quienes son en la definición.

6.4. Galicia

El Derecho Foral gallego está regulado en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia¹²⁹, y la única mención que se hace sobre la representación está en el artículo 261, que dispone que *“Los descendientes de otro descendiente que no fuera preterido representan a este en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos”*. Que, si nos damos cuenta, es una copia exacta del artículo 814. 3 del Código Civil.

Por tanto, debemos concluir que en Galicia solo se aplicaría el derecho de representación de encontrarnos en la situación que nos refiere el artículo 261; y tampoco aparece regulado ningún tipo de sustitución vulgar.

¹²⁹ Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. «DOG» núm. 124, de 29/06/2006, «BOE» núm. 191, de 11/08/2006.

6.5. Navarra

En Navarra, es la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra¹³⁰ la ley que regula su Derecho de sucesiones. Concretamente debemos acudir al Título XV del Libro II, título que se rubrica como “el derecho de representación”.

La ley 308 es la que nos ofrece un concepto “*Derecho de representación es el de subrogarse en lugar de un ascendiente que hubiera sido llamado a adquirir una herencia u otra liberalidad mortis causa y que no pudo hacerlo por premoriencia o incapacidad*”. En esta ley se concede a los parientes de un ascendiente, que ocupen su lugar en la herencia o legado, cuando no puede recibirlas por premoriencia o incapacidad. Supuestos a los que hay que añadir la desheredación del inciso segundo de la ley 309.

En la ley 309, se determina cuándo procede, así en su inciso primero se dice que “*El derecho de representación se dará siempre que lo hubiere establecido el causante, quien podrá también excluirlo en cualquier caso*”; pero en el inciso tercero se añade que “*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*”. Por consiguiente, el derecho de representación en Navarra se da en la sucesión testada y en la intestada, a favor de los descendientes sin límite alguno y para los colaterales de hasta cuarto grado, es decir, los sobrino-nietos.

La distribución se hará siempre por estirpes, aunque concurren solo parientes del mismo grado; dentro de cada estirpe, se divide por cabezas (ley 310).

En mi opinión, Navarra regula el derecho de representación, dando a entender que este derecho tiene lugar en ambas sucesiones, de una forma sencilla y bastante clara; dado que su definición es mucho más comprensible y menos ambigua que la que establece el artículo 924 del CC. Además, establece correctamente los sujetos y los supuestos en los que se da este derecho, y la forma en la que se reparte.

Pero creo que tendrían que añadir algún artículo más, sobretodo porque no menciona cuál es la parte de la herencia a la que tienen derecho los representantes, si a la legítima estricta o a la legítima larga.

¹³⁰ Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. «BOE» núm. 57, de 07/03/1973.

6.6. País Vasco

La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco¹³¹ regula, en su artículo 50 denominado “*Sustitución y representación de los legitimarios*”, que “*Los hijos premuertos al causante o desheredados serán sustituidos o representados por sus descendientes*”. Es decir, premuerto o desheredado un hijo, sus descendientes le sustituirán o representarán.

En el artículo 113. 2 se dice que “*Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación*”; mientras que el artículo 116.2, respecto de los parientes colaterales, añade que “*Solamente cuando concurran hermanos con hijos de hermanos se dará el derecho de representación, sucediendo los primeros por cabezas y los segundos por estirpes. Si concurren hermanos de doble vínculo con hermanos de vínculo sencillo, aquellos sucederán en doble porción que éstos*”.

Esta Ley no determina nada más sobre el derecho de representación, y lo poco que menciona es muy escaso para poder determinar cómo funciona el derecho de representación, puesto que, solo menciona que la representación o sustitución se da cuando un heredero premuere o es desheredado, persona que será sustituida por su descendencia o por sus sobrinos, y como se reparten éstos la herencia. Pero todo ello, son interpretaciones de artículos que se encuentran muy dispersos. Deberían reformular todo el derecho para que sea claro.

Hay que añadir que esta Ley solo es de aplicación en determinadas zonas del País Vasco, porque el resto utilizan el Código Civil.

7. CONCLUSIONES

1. Con origen en el *Ius Civile* de Roma, ha ido evolucionando hasta encontramos con su versión actual. Durante dicha evolución surgieron controversias doctrinales sobre su aplicación en la sucesión intestada o en la testamentaria, así como en los supuestos de hecho o partes de la herencia en la que tenía lugar. Motivo por el cual, su fundamento y naturaleza jurídica a día de hoy siguen siendo debatidos.

Actualmente, el derecho de representación sucesorio, es aquel derecho en el que los descendientes o determinados parientes colaterales pasan a ocupar el lugar del familiar

¹³¹ Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. «BOE» núm. 176, de 24 de julio de 2015, páginas 62312 a 62346 (35 págs.)

premuerto, indigno o desheredado, obteniendo todos los derechos que recibiría éste en herencia si siguiera vivo o hubiera podido heredar.

2. Este derecho siempre ha sido de aplicación en la sucesión *abintestato*, a favor de la línea recta descendente ilimitadamente y de los sobrinos, pero nunca en la línea ascendente. Se da en los siguientes casos: en la premoriencia (situación a la que se asimila la conmorienca, la ausencia y la declaración de fallecimiento), en la indignidad y en la desheredación. Y siempre se repartirá la herencia por estirpes.

3. Aunque el derecho de representación en la sucesión testamentaria no era aplicado regularmente, fue utilizado con limitaciones en los casos de indignidad y desheredación, donde solo podrían ser representantes los descendientes del causante, y únicamente tendrían derecho a la legítima. A partir de la Reforma de 1981, se incluyó la premoriencia. Por lo que, en la actualidad, nadie puede negar su aplicación en la sucesión testamentaria, siempre y cuando sea la voluntad expresa del testador.

4. La repudiación es el acto jurídico por el cual un heredero renuncia a su porción de la herencia. En este supuesto no se puede aplicar el derecho de representación puesto que, se considera que, al ser un acto libre y voluntario, quien renuncia lo hace para sí y para su estirpe. Pero, dado que en el pasado se aceptaron los supuestos de indignidad y desheredación, habría que valorar la inclusión de la repudiación como un supuesto más, si en un futuro se revisa el Código Civil.

5. En definitiva, para acabar con los posibles problemas de esta institución sería conveniente una reforma del Código Civil. Simplemente habría que introducir en las disposiciones generales un artículo o apartado mencionando que nuestro derecho puede darse en la sucesión *abintestato* y en la testamentaria. Así mismo, modificar el artículo 929 del CC e introducir la repudiación, junto con la indignidad y la desheredación.

Pero puestos a modificar el Código, habría que revisar todo el articulado de la Sección Tercera del Capítulo Tercero del Libro Tercero para evitar que surjan nuevos problemas. Para ello sería necesario realizar una buena definición del derecho de representación en el artículo 924 del CC.

6. España está dividida en Comunidades Autónomas, y en algunas de ellas no es de aplicación el Derecho Civil Común, si no que poseen sus propios Derechos Forales. En el caso que nos ocupa, el derecho de representación está regulado de distintas maneras según las diferentes autonomías, algunas, como Aragón, Cataluña y Navarra, lo regulan en términos muy similares al Código Civil; pero, las Islas Baleares, Galicia y País Vasco, simplemente dan una mínima descripción de esta figura.

8. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ OLALLA, P. Comentarios a los artículos 924 a 929 CC, en Comentarios al Código civil, Tomo V (arts. 819 a 1042). Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J.L. 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. Sevilla, 2012.

BOLÁS ALFONSO, J. La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981, Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1983, Tomo XXV.

BRIOSO ESCOBAR, E.L. El derecho de representación en la sucesión intestada de los descendientes y los artículos 921, 923 y 933 del Código Civil. Revista Jurídica del Notariado, Enero-Marzo 1993.

CASTÁN TOBEÑAS, J. Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de Sucesiones, tomo sexto, volumen tercero, octava edición, Instituto Editorial REUS, Madrid, 1978.

CAÑIZARES LASO, A. Código civil comentado, Volumen II. Civitas-Thomson Reuters, 2011.

D'AGUANNO, G. La génesis y la evolución del Derecho Civil según los resultados de las ciencias antropológicas e histórico sociales, con una introducción de G. P. Chironi y traducción de Pedro Dorado Montero. La Española Moderna, Madrid, 1900.

DE LA REGUERA VALDELOMAR, J. Fuero Juzgo, 1798. Estudio Preliminar de Santos M. Coronas González, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A. Sistema de Derecho civil. IV, tomo 2, Derecho de sucesiones, 11ª edición. Tecnos, Madrid, 2012.

GUILARTE ZAPATERO, V. Artículos 912 a 958 del Código civil. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. T. XIII. Vol. 1º. Dir. Manuel Albaladejo. EDERSA, Madrid, 1989.

LACRUZ BERDEJO, J.L. Elementos de derecho civil Tomo V, Sucesiones. Cuarta edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, 2009.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. Derecho de sucesiones, 2ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

LÓPEZ SAN LUIS, R. El derecho de representación en la sucesión testamentaria. Comares, Granada, 2013.

MADRIÑÁN VAZQUEZ, M. La representación sucesoria en el derecho común. Especial atención a su aplicación en la sucesión testamentaria. Tesis Doctoral. Universidad de Santiago de Compostela, 2008.

MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M. El derecho de representación en la sucesión testada. Thomson Reuters, Pamplona, 2009.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. La reforma de la sucesión intestada en el Código Civil, en Derecho de sucesiones: presente y futuro: XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander, 9 a 11 de febrero de 2006. Servicio de Publicación de la Universidad de Murcia, 2006.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. Código civil: comentado y con jurisprudencia, 4ª edición. La Ley. Madrid, 2004.

PINTO RUIZ, J.J. El actual artículo 814 del Código civil no introduce el instituto de la representación sucesoria en la sucesión testada, Revista General de Derecho, 1984.

SALMERÓN MANZANO, E. M. Sobre el derecho de representación en la voluntad testada. Comentario a la RDGRN de 5 de julio de 2018 (JUR 2018, 195331). Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil num.108/2018.

SÁNCHEZ CALERO, F. (coordinador). Curso de derecho civil. IV, Derechos de familia y sucesiones (9ª edición). Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

SIERRA BERMEJO, L. El derecho de representación en la sucesión testada. Anales de la Academia Matritense del Notariado. Tomo IV. 1948.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B. Artículos 806 a 857 del Código civil. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. T. XI. 2ª edición. Dir. Manuel Albaladejo. EDERSA, Madrid, 1982.

VATTIER FUENZALIDA, C. El derecho de representación en Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Santander 9 a 11 de febrero de 2006. Servicio de Publicación de la Universidad de Murcia, 2006.

VELA SÁNCHEZ, A. El Derecho de representación: cuestiones prácticas en Homenaje al profesor Luis Puig i Ferriol, Tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

9. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 6 de diciembre 1952 (RJ 1952/2430).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 5 de julio 1966 (RJ 1966/3671).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 27 noviembre 1992 (RJ 1992\9597).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 9 febrero de 1998 (RJ 1998\609).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 13 septiembre de 1994 (AC 1994\1456).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 4ª), núm. 636/1999 de 30 octubre de 1999 (AC 1999\7848).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, núm. 150/2002 de 17 junio de 2002 (JUR 2002\225408).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª), núm. 313/2011 de 30 septiembre de 2011 (AC 2011\2214).

Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, núm. 170/2017 de 2 junio de 2017 (AC 2017\963).

Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6ª), núm. 4171/1997 de 24 de mayo de 1999 (AC 1999\5175).

Auto de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª), núm. 86/2000 de 10 febrero de 2000 (JUR 2000\91732).

Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2ª), núm. 114/2007 de 7 marzo de 2007 (AC 2007\1374).

Auto de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5ª), núm. 7/2008 de 4 febrero de 2008 (JUR 2008\227866).

Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª), núm. 175/2007 de 25 septiembre de 2008 (JUR 2008\379515).

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª), núm. 306/2010 de 26 noviembre de 2010 (JUR 2011\54969).

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª), núm. 149/2013 de 19 abril de 2013 (JUR 2014\297198).

Resolución de la DGRN de 5 de julio de 2018 (JUR 2018, 195331)

10. LEGISLACIÓN

Ley de 5 de noviembre 1940, Contratos, Anulabilidad de los celebrados en zona roja (RCL 1940/1840).

Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del Código civil. «BOE» núm. 99, de 25 de abril de 1958, páginas 730 a 738.

Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción. «BOE» núm. 161, de 7 de julio de 1970, páginas 10702 a 10704.

Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. «BOE» núm. 119, de 19 de mayo de 1981, páginas 10725 a 10735.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. «BOE» núm. 126, de 27/05/2006.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Publicado en la Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889.

Derecho Foral:

Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. «BOE» núm. 57, de 07/03/1973.

Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. «DOG» núm. 124, de 29/06/2006, «BOE» núm. 191, de 11/08/2006.

Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. «BOE» núm. 176, de 24 de julio de 2015, páginas 62312 a 62346 (35 págs.)

Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. «DOGC» núm. 5175, de 17/07/2008, «BOE» núm. 190, de 07/08/2008.

Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares. «BOIB» núm. 120, de 02/10/1990.

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. BOA» núm. 67, de 29 de marzo de 2011.

Alemania:

Bürgerliches Gesetzbuch en la versión promulgada el 2 de enero de 2002. Gaceta de leyes federales (Bundesgesetzblatt I Seite 42, 2909; 2003 I Seite 738).

Francia:

Code Civile français de 21 de marzo de 1804

Loi n° 77-1447 du 28 décembre 1977 portant réforme du titre IV du livre Ier du code civil: des absents.

Italia:

Real Decreto de 16 marzo de 1942, n. 262 de Approvazione del testo del Codice Civile. Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942.

Portugal:

Decreto-Lei n.º 47344, de 26 novembro 1966, Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação. Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25.