

CAPITULO I Del derecho de representación.

Bibliografía especial: MARTINEZ CALCERRADA "La representación en el Derecho Sucesorio", Pamplona 1966. SALEME, "Estudio de la representación sucesoria", Buenos Aires 1939. GATTI, "Estudio de derecho sucesorio. La representación en el derecho sucesorio", N. 4, p. 40; CHANETON, Abel "El derecho de representación en la descendencia natural" LL 21-245, BARBERO Omar, "Conmoriencia y Derecho de representación" J.A. 1978-II-599; PORTAS, Nestor L, "Conmoriencia y derecho de representación"... , LL 66-985; CAMPOAMOR, Clara "El derecho de representación ¿Es exclusivo de la sucesión intestada o se aplica también en la testamentaria" JA 1953-III-sección Jurisprudencia Extranjera p 19. CASTAN, José "El derecho de representación en la sucesión lineal del art. 811 del Código Civil" Revista de Derecho Privado T XXIV- p 201. FERNANDEZ GIANOTTI, Enrique "Los sobrinos aunque no concurren con tíos heredan por derecho de representación" LL 18-1035. SPOTA, Alberto "Inexistencia de la representación en las sucesiones testamentarias, excepciones que admite el C.C -Crítica de la Solución legal " JA 55-857; De ROVIRA MOLA, Alberto "Ambito del derecho de representación sucesoria en el código civil" Revista del Derecho Privado T XXXV-1951-507; ACEVEDO, Federico "El derecho de representación de los colaterales", JA 1061.

Art. 3549 La representación es el derecho por el cual los hijos de un grado ulterior son colocados en el grado que ocupaba su padre o madre en la familia del difunto, a fin de suceder juntos en su lugar a la misma parte de la herencia a la cual el padre o la madre habrían sucedido.

fuentes: Art 739 del Código Frances y Demolombe T XIII N 389

Conc. Arts. 346,347, 3547, 3548, 3557 a 3559 y 3563

1-Concepto

El derecho de representación es el derecho hereditario, que se le acuerda a ciertos herederos (representantes) determinado por el grado y cuantía de otros (herederos) que de haber concurrido a la sucesión los hubieran excluido.¹

En virtud del derecho de representación los representantes heredan la porción legítima que su representado hubiera heredado si hubiese llegado a

¹PEREZ LASALA, José Luis, ob. cit., p. 264.

sucedan.²

El derecho de representación es una excepción al principio de que el pariente más próximo en grado excluye al más remoto. Se aplica en la línea recta descendiente sin límites de grados y en la colateral en favor de los hijos de hermanos o medios hermanos cuando concurren con sus tíos.

Un ejemplo contribuye a clarificar el instituto: a la muerte del causante quedan dos hijos vivos y dos nietos descendientes de un tercer hijo prefallecido. Si se aplicara absolutamente la preferencia por grados, los hijos excluirían de la sucesión, a los nietos. Ello implicaría una injusticia para la rama del heredero que premurió, porque se vería privada de los bienes de la sucesión de su abuelo.

Para paliar esta injusticia ya desde el derecho romano, se posibilitó primero a los descendientes³ y luego a los hijos de hermanos⁴, concurrir a la sucesión, del causante ocupando el grado que hubiera correspondido al pre - muerto.

2 - Inexactitudes de la definición legal

La definición legal ha sido hecha siguiendo a Demolombe; ella responde a la idea esencial del instituto, ya que claramente se expresa que los representantes heredan en relación a la posición jurídica que le hubiere correspondido al representado.

La conceptualización tiene algunas inexactitudes que han sido puestas de relieve por la doctrina. Lafaille alude a la imprecisión de la expresión "

²CASTAN, José "El derecho de representación en la sucesión lineal del art. 811 del Código Civil". Revista de Derecho Privado, T XXIV, pag. 201.

³ INSTITUTAS, Ley VI, Tit. I T III,

⁴ Limitada en principio a los descendientes, fue bajo Justiniano extendida a los hijos de los hermanos y hermanas. Institutas, Ley IV, Tit. II, Libro III.

hijos de grado ulterior" siendo que los hijos son de un mismo grado, con lo cual el precepto está haciendo referencia a los descendientes.⁵

Mientras que Rébora cuestiona que diga "suceden juntos" cuando en verdad puede tratarse de un solo representante.⁶

En tanto que Perez Lasala señala la inexactitud de la referencia "a la misma parte de la herencia a la cual el padre o madre habrían sucedido", cuando los representantes solo tienen derecho a la porción legítima del representado.⁷

Salvando las imprecisiones terminológicas aludidas por los doctrinarios, la conceptualización del instituto es clara al determinar que el representante sucede al causante en el grado que tenía su representado.⁸

3 - Naturaleza Jurídica

a- Teoría de la ficción:

Para esta postura el instituto de la representación es una ficción de la ley que consiste en poner al representante en el lugar del representado.

Dentro de sus sostenedores están quienes consideran que la ficción consiste en fingir que el representado existe hasta la muerte del causante, adquiriendo sus derechos y haciéndolos pasar a sus representados y los que sostienen que la ficción reside en colocar a los

⁵- LAFAILLE, Héctor " Curso de Derecho Civil" Sucesiones, Ed Biblioteca Jurídica Argentina, Bs. As. 1932, T II, p. 21.

⁶REBORA, Juan C " Derecho de las Sucesiones" , Ed Bibliográfica Argentina, Bs.As. 1952, T II, p. 31, nota 2507.

⁷PEREZ LASALA, ob. cit. p.264, N 191.

⁸MARTINEZ CALCERRADA" La representación en el derecho sucesorio" Pamplona, 1966, p 175.

representantes en un lugar y grado que verdaderamente no tienen.

El codificador se enrola en la segunda de las acepciones de la teoría de la ficción al decir "son colocados en el grado que ocupaba su padre o su madre en la familia del difunto"

b - Teoría de la subrogación

Betti considera al derecho de representación como una aplicación del concepto de subrogación.

La crítica a esta postura reside en la amplitud de realidades que encierra el término subrogación.

c - Teoría de la vocación indirecta o referida

Lacruz en España y Zannoni entre nosotros aluden a una vocación indirecta o referida. La vocación indirecta surge cuando un sujeto que debía heredar no lo hace -porque no puede o no quiere- y otro -por la voluntad de la ley o del testador- hereda en lugar suyo.⁹

d - Teoría de la sustitución legal

Martínez Calcerrada en España y Pérez Lasala en nuestro país, entienden que la representación hereditaria tienen la misma naturaleza que la sustitución vulgar, salvo que en ésta la representación se recibe por ley y en aquella por testamento.¹⁰

4 - Inexistencia de la representación en la sucesión testamentaria. Excepciones.

El código argentino por oposición al código italiano, al portugués y al

⁹- Lacruz, José Luis - Albaladejo, Manuel "Derecho de sucesiones. Parte general", Barcelona 1961, pág. 187, N. 170; Zannoni, Eduardo "Derecho de las sucesiones" Tomo II, Buenos Aires 1983, pág. 19

¹⁰- Martínez Calcerrada, Luis "La representación en el Derecho sucesorio", Pamplona 1966, pág. 131; Pérez Lasala, ob. cit. pág. 272

venezolano, sólo menciona el derecho de representación en la sucesión abintestato.¹¹ El artículo 3.548 establece que los llamados a la sucesión testada heredan por derecho de representación y no dice nada sobre si se puede heredar por representación en la sucesión testamentaria. Tal posibilidad divide a nuestra doctrina y jurisprudencia:

a - Inexistencia del derecho de representación en la sucesión testamentaria

Un sector de la doctrina entiende que en principio no existe derecho de representación en la sucesión testamentaria. Se fundan en lo dispuesto por el art. 3.743 y en la nota al art. 3.799 donde se expresa que las disposiciones testamentarias son estrictamente personales o bien que se hacen respecto de personas, de allí que los herederos del instituido no pueden pretender derecho alguno, ya que su causante nada pudo haberle transmitido atento al carácter esencialmente revocable de toda disposición testamentaria.¹²

b - Existencia de derecho de representación en la sucesión testamentaria

Un gran sector de la doctrina española considera que el derecho de representación existe también en la sucesión testamentaria.

Argumentan los partidarios de la representación sucesoria en la

¹¹- El art. 467 del Código Italiano establece: La representación ha de centrarse en los descendientes legítimos en el lugar y grado de su ascendente, en todos los casos en que éste no pueda o no quiera aceptar la herencia o el legado. Hay representación en la sucesión testamentaria cuando el testador no ha dispuesto para el caso en que el instituido no pueda o no quiera aceptar la herencia o el legado, y siempre que no se trate del legado de usufructo o de otro derecho de naturaleza personal"

¹²- Spota, Alberto "Inexistencia de la representación en las sucesiones testamentarias - Excepciones que admite el C.C. Crítica de la solución legal", JA, T.55- 856

herencia testada, que admitido este beneficio en la sucesión intestada, constituye una desigualdad irritante el hecho de que aquí la ley prevea el supuesto de premoriencia de un hijo y no, en cambio, en la sucesión testamentaria¹³

Señalan por otra parte quienes admiten la representación en la sucesión testamentaria que el art 3301 admite la representación en los supuestos de indignidad y el 3749 en los supuestos de desheredación, y tales supuestos indican necesariamente la existencia de testamento, con lo cual la representación se da en la sucesión testamentaria.

Por nuestra parte creemos que en los casos de los arts 3301 y 3749 el derecho de representación sucesoria solo opera en la porción legítima.¹⁴

Pérez Lasala entiende que se puede admitir el derecho de representación, en la sucesión testamentaria en base a la voluntad presunta del causante.¹⁵

No compartimos esta posición porque no creemos que ésta haya sido la voluntad del causante. En efecto si el testador hubiese deseado que los bienes "pasaran a los descendientes del heredero instituido a la muerte de éste", hubiera modificado el testamento en favor de ellos; la circunstancia que no lo haya hecho, revela que no era su voluntad beneficiarlos y como los derechos testamentarios son personales, caducan si muere su destinatario por lo que no pueden los

¹³CASTAN " El derecho de representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria" Revista General de legislación y jurisprudencia, t 172, año 1942, p 138.

¹⁴de ROVIRA MOLA, Alberto " Ambito del derecho de representación sucesoria en el Código Civil' Revista de derecho Privado de Madrid T XXXV, p 508.

¹⁵- Pérez Lasala, ob. cit. pág. 296

descendientes invocar la representación.¹⁶

En materia testamentaria es ley la voluntad del causante y si el testador no ha establecido una sustitución vulgar sería violentar la voluntad del causante querer llenar este silencio absoluto del testamento mediante una sustitución que no se puede presumir.

En definitiva el derecho de representación en la sucesión testamentaria solo se da en la medida en que se vulnere la legítima, pero nunca respecto a la disposición en sí, pues si el legitimario premuere al testador, queda ineficaz la disposición en sí y nunca subsiste.¹⁷

c - Jurisprudencia Extranjera

Interesa el fallo del Tribunal Supremo de España, Dic 6-952, que decide la cuestión de si los nietos hijos del hijo de la testadora fallecido en vida de esta, representan a su padre tanto en el tercio de mejora como en el tercio de libre disposición.

El caso resuelto era el siguiente: la testadora instituyó herederos a sus hijos; a uno de ellos lo benefició con el tercio de mejora y le atribuyó asimismo el tercio de libre disposición. Murió este hijo antes que la testadora y ésta murió a su vez sin modificar su testamento, aunque en diferentes ocasiones manifestó a su administrador, designado contador partidor en el testamento, su propósito de extender a sus nietos las mejoras concedidas al hijo. En esta manifestación se basa, parcialmente, la sentencia de la cámara de apelación, para asentar en ella "la voluntad real de la testadora", aparte de considerar que los nietos son herederos en representación de su padre fallecido.

¹⁶- Borda, "Sucesiones" T.II, N. 801

¹⁷CAMPOAMOR, Clara " El derecho de representación ¿ es exclusivo de la sucesión intestada o se aplica también en la testamentaria?" Revista de Derecho Privado, Año XXIV, Num 234, p 19.

El Supremo Tribunal de España por vía de casación, desestimó los fundamentos del fallo recurrido. En cuanto a la interpretación de la voluntad real valoró de manera opuesta el silencio de la testadora entendiendo que si ésta no modificó el testamento, su silencio significó falta de propósito de que los nietos heredasen en todo al hijo pre-muerto y conduyó afirmando que el derecho de representación en la sucesión testamentaria debe limitarse a la legítima (Tribunal Supremo de España, sentencia del 9 de junio de 1950).¹⁸

d- Jurisprudencia Nacional

"En principio el derecho de representación sólo tiene lugar en las sucesiones ab-intestato porque en las testamentarias el fallecimiento anterior al del causante de la persona favorecida convierte en caduca la disposición a su favor. Sin embargo, cuando el causante ha dispuesto íntegramente de su porción disponible y declara únicos herederos a sus hijos, los descendientes de uno de los hijos premuerto pueden invocar la representación de su padre, por cuanto su derecho a la herencia les viene de la ley no de la voluntad del causante"¹⁹.

"La representación no existe en las sucesiones testamentarias, porque el fallecimiento anterior al del causante de la persona favorecida convierte en caduca la disposición a su favor, ya que la institución de herederos comienza a tener efecto únicamente después de la muerte del testador, cuando la voluntad queda irrevocable. El derecho de representación no se admite en la sucesión testamentaria. La persona favorecida, por una institución o legado debe sobrevivir al testador, pues mientras éste exista no surge derecho alguno, ni se concibe transferencia alguna"²⁰.

¹⁸- Revista de Derecho Privado, año XXIV, N. 284

¹⁹ CNCiv., Sala E, junio 4-984; LL, 1985-A, 33.

²⁰ CApel, CC San Francisco, Córdoba, diciembre 7-1984; 565-SJ. ED, 117-645.

5 - Excepciones - supuestos dudosos

No existen dudas de que en nuestro derecho no opera la representación respecto de los herederos testamentarios no parientes, pero se suscitan dudas en el caso de los herederos testamentarios legitimarios. A saber:

a - Distribución de la herencia entre los descendientes legítimos sin mejorarlos.

No obstante la existencia de testamento si alguno de los hijos no puede o no quiere aceptar la herencia, sus descendientes podrán concurrir por derecho de representación originado en el carácter de heredero legítimo.

b - Distribución de la herencia entre los descendientes con mejora en la porción disponible. Entendemos que en este caso el derecho de representación sólo puede darse en la porción de legítima; mientras que el prelegado de mejora caduca y si no se designó sustituto, vuelve a la universalidad de la herencia para ser dividida entre los restantes hijos y los representantes del renunciante.²¹

En contra se sostiene que cuando el causante ha mejorado a uno de sus hijos, el derecho de representación se ejerce no sólo en lo que le corresponde por legítima sino en la porción de mejora.²²

c - Supuesto de distribución de la herencia entre legítimos no forzosos sin establecer mejoras.

La doctrina concuerda que en este caso en que como no se ha querido modificar el orden de la vocación legítima, se aplica el derecho de la representación.²³ Borda señala como principio general que la representación puede ejercerse en la medida que la disposición de última voluntad no haya alterado la sucesión ab-intestado.

²¹- Conf. Zannoni, ob. cit. pág. 54

²²- Pérez Lasala, ob. cit. pág. 295

²³- Borda, ob. cit. pág. 20, N. 804; Zannoni, ob. cit. pág. 54; Pérez Lasala, ob. cit. pág. 254

La jurisprudencia ha dicho que "si la causante había instituído herederos a sus hermanos, los descendientes de los herederos que fallecieron antes que la testadora carecen de derecho de representación para concurrir a la herencia, dado que este derecho ha sido instituído por la ley en uso de la función supletoria que se ha reservado de interpretar la voluntad del causante cuando éste no la ha expresado o no lo ha hecho válidamente"²⁴.

²⁴ Fallo de Primera Instancia confirmado por la Cám. Civil de la Capital el 4 de setiembre de 1936, JA, T 55, pág. 867.