

Incompatibilidad del derecho de representación con la sucesión testada

En el planteamiento y subsiguiente solución del debate sobre la aplicación o inaplicación del derecho de representación en la herencia testamentaria, no caben términos medios. Queremos decir, que si tal derecho, según los artículos 925 y 924 del Código civil, tiene lugar en la línea recta descendente y en la colateral a favor de hijos de hermanos, es extensivo a *todos* los derechos que en la herencia intestada corresponderían al que no pudo heredar por razón de premoriencia, incapacidad o desheredación. Centrar el debate sólo en torno a la herencia deferida en la línea recta, limitar la porción de la estirpe a la que el representado tendría en uno o dos de los tres tercios de la herencia y prescindir de los casos de exclusión o incapacidad del progenitor de aquélla, implica mutilación de la esencia del derecho de representación, tal como aparece estructurado legalmente.

En atención al relevante interés que la desheredación desempeña con vistas al derecho de representación, en previsión de que el lector entienda que aquélla sólo es de aplicación a herederos forzosos, adviérto que dispuesto por el artículo 852 que son justas causas de desheredación las enumeradas en el 756, algunas de las especificadas en éste es posible que concurren en parientes colaterales. De manera que se puede desheredar a los que en su día puedan tener derecho a la sucesión legal. Decimos legal y no legítima como se lee en el artículo 658, párrafo segundo, porque así como el 159 dispone que el padre, o en su defecto la madre, son administradores legales de los bienes de sus hijos no emancipados, porque tal facultad deriva de la ley, si

proviene, en cambio, de poder otorgado por los emancipados con las formalidades de rigor, el mandatario es un administrador legítimo. Legal es lo que debe su origen a una ley; legítimo lo proveniente de la voluntad del hombre manifestada con adaptación a normas legales.

Previos estos antecedentes, se pasa a comentar la Sentencia de 6 de diciembre de 1952.

Un testador instituyó herederos a sus múltiples hijos, en partes iguales; fallecido antes que aquél uno de los instituidos, los hijos de éste interpusieron demanda en juicio declarativo contra los herederos supervivientes pidiendo representar a su padre premuerto en la porción de los tercios de mejora y libre disposición de los bienes del testador, en la forma y términos previstos en el testamento a favor del heredero premuerto. Los demandados excepcionaron que los actores sólo tenían derecho a la legítima rigurosa. Estimada la excepción en las dos instancias e interpuesto recurso de casación, éste fue desechado.

Con el objeto de averiguar la *mens legis* del Código civil en orden a la admisión o repulsa del derecho de representación en la parte libre de la herencia (he aquí mutilado el derecho de representación), se contienen en la Sentencia ya citada dos considerandos.

Dice uno de aquéllos: «Que en el trance de decidir el problema planteado se ha de estimar que, si bien la sistemática de un cuerpo legal no es decisiva en ponderada hermenéutica; y no obstante los términos excesivamente amplios del derecho de representación, tal como lo define el artículo 927 (debe leerse 924) del Código civil, el pensamiento del legislador es claramente restrictivo en punto a representar los nietos a su padre premuerto e instituido nominativamente en la porción libre de la herencia del abuelo de aquéllos, porque el hecho de haber sido regulado el derecho de representación en el capítulo que gobierna la sucesión intestada, pudiendo haberlo incluido en el grupo de las disposiciones comunes a dicha herencia y a la testada, revela el designio de que aquel derecho no tenga cabida en la porción libre de la herencia testada, sobre todo si se tiene en cuenta que el Código no ofrece base convincente en contrario sentido por posible error de encuadramiento.»

Llámacese derecho de representación, dice el artículo 924; el que tienen los parientes de una persona para *sucedérle* en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar. Dichos parientes no suceden al representado, sino al causante de la sucesión intes-

tada. Su derecho lo causa el parentesco y no la condición de herederos de su progenitor. El Código civil tuvo la previsión de disponer en su artículo 928, que no se pierde el derecho de representar a una persona por haber renunciado su herencia. Por tanto, en el expediente judicial de declaración de herederos, a los representados se les declara herederos del causante de la sucesión en la proporción que en ésta correspondería al representado.

Esta declaración es el único título justificativo del derecho de la stirpe. Pero cuando en la testada se causa preterición a los nietos del testador por premorienza de su padre, el medio legal para la efectividad del derecho de aquéllos, frente a la negativa de los supervivientes, es la acción de nulidad contra la institución de heredero, la declaración judicial de herederos y la promoción del juicio de abintestato. Los preteridos no pueden valerse del de testamentaria, porque el artículo 1.038 de la Ley de Enjuiciamiento les exige tengan la condición de herederos del causante, lo que no pueden alegar mientras la institución de heredero se mantenga en pie. Solicitar en un juicio declarativo que se les declare herederos, que se reconozca su derecho a representar al premuerto, es provocar una resolución judicial incongruente con la naturaleza del procedimiento a seguir. La Sentencia de 13 de diciembre de 1890 declara que para reclamar su legítima debe el heredero forzoso justificar este carácter por los trámites establecidos en los artículos 977 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento, y no podrá hacerse la declaración correspondiente en el juicio declarativo entablado para reclamar la legítima.

De la pauta trazada por aquella Sentencia se deriva la que comentamos al prescindir del auto judicial declarativo de herederos a favor de los actores, que les dejaba expedito el camino para promover el juicio de abintestato, quizá por haber confundido el juego del parentesco en la reserva y en el derecho de representación. En aquella, el derecho del reservatario no proviene sólo del parentesco, requiérese la aceptación por el reservista de la herencia. Hecha la aceptación, es cuando le bastan a aquél las certificaciones del Registro civil para reclamar los bienes reservables de los herederos del reservista o de un tercer poseedor. El reservatario no es heredero del causante de la reserva; si lo fuera tendría que solicitar de los Tribunales que le declararan heredero, declaración que traería la consecuencia de que el interesado heredase, del causante, también sus bienes no sujetos a reserva. Por ello es que en el expediente judicial regulado por la Ley Hipóte-

caria para la extensión de la nota atribuyendo a los bienes la cualidad reservable; no se declara, ni es congruente el procedimiento; al reservatario heredero del causante de la herencia sujeta a dicha condición resolutoria. El número 2.º del artículo 912 tolera una declaración de herederos en parte de los bienes de la herencia, pero esta norma no puede seguirse en la reserva dados los opuestos intereses de reservatario y reservatario, que reclaman un procedimiento en el que el primero sea parte. El obligado a reservar no está legitimado pasivamente para ser citado en las actuaciones de declaración de herederos. Es más; pudiera darse el caso paradójico de que, denegada la pretensión de la estirpe en el procedimiento sobre declaración del abintestato, se le reconociese el derecho a la herencia en un juicio declarativo seguido a espaldas de aquellos autos.

Los parientes colaterales del testador tampoco pueden alegar derecho alguno, si no han sido declarados herederos.

El antedicho considerando, bajo pretexto de que el artículo 927 configura el derecho de representación en términos excesivamente amplios, sólo reconoce a los descendientes en línea recta la legítima estricta. ¿Qué le vamos a dar a los parientes colaterales? Nada, porque su progenitor no tiene derecho a legítima. Autores hay que con criterio radical defienden que el derecho de representación opera, tanto en la línea recta como en la colateral, y alcanza a todo lo que hubiera de heredar su ascendiente.

En el otro de los aludidos considerandos se declara: «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 la herencia ya deferida y no al de representación, que se da por vocación legal de la estirpe del instituido premuerto y que por ello no pudo heredar, y en otro aspecto el precepto legal se refiere al heredero voluntario y no al forzoso, bien puede entenderse que se ha querido aludir al *ius representationis*, pues para admitir en los supuestos que provee el derecho de transmisión sería innecesario decir que no transmite derechos quien no los ha adquirido, y en cuanto a la expresión «heredero voluntario», la jurisprudencia tiene declarado que puede coexistir en la misma persona la doble cualidad de heredero forzoso y voluntario en casos, como el de autos, en que alguno de los hijos del causante haya sido instituido en la porción libre, entendiéndose incluido en ella el tercio de mejora,

que surge de la voluntad del testador, aunque restringida en favor de descendientes, en cuyo caso la legítima de los dos tercios queda reducida a la de uno; por lo que cabe concluir que el artículo 766 no contradice, sino que confirma la tesis del considerando anterior, es decir, que no se da acceso al derecho de representación en la porción libre de que ha dispuesto el testador en favor de hijo premuerto que deja descendencia; procediendo declarar que la sentencia de instancia no infringe los artículos 924, 925, y 766, ni pugna con los 929 y 1.038 del Código civil, que respectivamente permiten: el primero, la representación de persona viva, con limitación a la legítima; artículos 761 y 857— en los casos de desheredación, y el segundo, regula la obligación de colacionar que impone a los nietos, pero sin atribuirles el derecho de representación en la porción libre.»

Para optar por uno de los dos términos del dilema, derecho de transmisión o de representación, planteado en el anterior considerando, basta la contemplación del artículo 759 y de los términos del 766. Dice aquél que el heredero que muere antes de cumplirse la condición, no transmite derecho a los suyos. Derivado, según queda dicho, el de representación del parentesco y no de la condición de heredero del representante con relación a su representado; si dichos dos artículos se refieren a herederos del instituido y no a los parientes de éste que premuere antes del cumplimiento de la condición o al testador, a los del que repudia o es incapaz, es evidente que los dos preceptos legales tienen la visión del derecho de transmisión. Su contenido no es tan innecesario como declara el Tribunal Supremo, porque están encuadrados en el capítulo de la sucesión testada a modo de antesala de los números 2.º y 4.º del 912.

La expresión legal «herederos forzosos», reiteradamente vertida en el Código y por primera vez en su artículo 806, es una fórmula preconcebida para designar a las personas que «tienen derecho a legítima», que de haberse omitido, la entrecomillada en segundo lugar tenía que ser forzosamente la inicial del 807. No dispone aquél (lo contrario se desprende del 815) que el testador tenga que cumplir necesariamente el deber que se le impone bajo institución de heredero; ni preatribuye esta condición al legitimario mientras la herencia no le sea deferida.

La herencia se defiende, según el artículo 658, por *voluntad* del hombre manifestada en testamento, y a falta de éste, por *disposición* de la Ley.

De esta declaración legal se deduce una doble clasificación de herederos, con vistas a la delación de la herencia: el voluntario, testamentario o legítimo, de un lado, y el involuntario, intestado o legal, de otro. El voluntario, al que empieza refiriéndose el artículo 766, no es otro que el instituido en testamento, tenga o no derecho a legítima en los bienes del testador. Aquellas palabras son puro convencionalismo. El legislador se propuso abrirse paso para llegar a la declaración del artículo 912.

El criterio excluyente del derecho de representación en los casos de premoriencia que aprecia el anterior considerando, ha de extenderse también al de repudiación. En consecuencia, si el artículo 766 excluye de su alcance la parte libre de herencia en la hipótesis de incapacidad y premoriencia, debe ser excluida también en el de repudiación, porque la aplicación del principio de interpretación *inclusio unius exclusio alterius* nos trae el efecto de que repudiada la herencia por un heredero forzoso, los de éste heredan los tercios de mejora y el libre. Estos dos distinguos sentados por la jurisprudencia, expósito el uno y el otro sobreentendido, obedecen a la inadecuada e innecesaria remisión que en aquel artículo se hace al 761 y al 857. Con vista a éstos, nosotros vamos más lejos, afirmando que la estirpe del premuerto ningún derecho tiene en la herencia, si no obtiene la declaración de nulidad de la institución de heredero, por causa de preterición, y promueve y se le reconoce aquél en el procedimiento de declaración de herederos. Procediendo así, es posible que los reclamantes lleguen a heredar en el tercio libre.

Algo más, pues, que la cuantía señalada en los artículos 761 y 857. Estos producen un doble y simultáneo efecto: establecer una excepción al 814 y confirmar el 806. Atento a éste, entiendo que si el tercio de mejora va por virtud del testamento a persona que no es heredero forzoso del testador, juega en la fijación de la legítima, que será la lata. En cuanto al procedimiento para reclamación de la legítima, nos referimos a lo dicho más arriba.

El artículo 929 dispone que sólo podrá representarse a una persona viva en los casos de incapacidad y desheredación. Para poner de relieve que la representación no está determinada a la legítima, cual nos dice la Sentencia comentada, advierto un doble error. La creencia de que la desheredación sólo es derecho de la persona que tiene herederos forzosos, ya aclarada en los antecedentes de este trabajo, y el derivado de la palabra desheredar. Los dos errores combi-

nados dan como fruto el entendimiento de que en el precepto en cuestión se regula derecho de representación en la sucesión testada entre descendientes. ¡Cierto que la desheredación ha de hacerse en testamento, según mandato del artículo 849. Pero si el testador deshereda a un descendiente en línea recta o a un hermano, que tienen derecho a la sucesión intestada, y ésta —la del testador— se abre por alguno de los múltiples motivos comprendidos en el 912, por tratarse de una sucesión intestada, la estirpe del desheredado sucede al testador en todos los derechos que corresponderían al segundo.

El artículo 925 se presta, según algunos autores, al juego de la representación en la sucesión testamentaria. Alegan que la primera de las dos palabras que serán seguidamente subrayadas no se hubiera empleado para referirse sólo a la intestada. Se dice allí que el derecho de representación tendrá *siempre* lugar en la línea recta descendente, pero *nunca* en la ascendente. ¿Cuál sería la redacción legal, eliminada la primera? «El derecho de representación tendrá lugar en la línea recta descendente, pero *no* en la ascendente.» Al rotundo «*siempre*» sirve de contraste el tan rotundo «*nunca*».

Pese a tanto radicalismo, he de decir que no hay obstáculo legal, y juzgo sabio el consejo dado por los Notarios a los herederos supervivientes, para que reconozcan derecho en caso de premoriencia, según pudiera derivar la preterición, a la estirpe del descendiente premuerto.

ALFREDÓ REZA

Registrador de la Propiedad.