

El derecho de representación en la sucesión voluntaria

1. La posibilidad de admitir en la sucesión voluntaria el derecho de representación, es un problema que soslaya la mayoría de los civilistas españoles. La respuesta de los tratadistas nacionales en los escasos textos que consagran a esta materia (1) puede resumirse en estas palabras: *en la porción legítima se aplica el derecho de representación, pero en cambio debe rechazarse la aplicación, en lo que se refiere a la parte libre*. Esta solución doctrinal es reiteradamente rechazada en la práctica, acaso porque la doctrina es, en cuanto al tema, demasiado simplista o demasiado superficial. Cuando en un testamento no se hizo constar el derecho de sustitución (o de representación, como impropia-mente se dice algunas veces) al verificarse las operaciones particionales, se afirma por la comunidad de herederos y por el fedatario autorizante de la partición, que los sucesores forzosos del heredero premuerto, cuando éste tenía la condición de legítimo, suceden por derecho de representación. Esta afirmación no es nunca objeto de controversias, no ha dado lugar a ninguna cuestión contenciosa, ni ha sido nunca motivo de obstáculo para una calificación del registrador favorable a la inscripción de los derechos declarados en el título particional.

Esta oposición entre la doctrina y el uso jurídico de observancia constante, hace interesante, a nuestro juicio, el examen un tanto minucioso de la cuestión para decidir cuál es el punto de vista más razonable, considerar los problemas de orden adjetivo que la cuestión lleva aparejados y, en suma, comprobar la afirmación de que la doctrina no ha sido demasiado meticulosa al examinar este punto del derecho sucesorio.

* * *

2. La razón fundamental que sin duda ha inspirado a los tratadistas un criterio contrario a la totalidad de la representación en la sucesión testamentaria es, acaso, la redacción defectuosa del artículo 766 del

(1) Sánchez Román, t. VI, vol. I, pág. 639.—Valverde, R. V., pág. 488 — Castán (Notarias), t. II, pág. 507.

Código Civil español: "*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.*" Como el texto del 761 y del 857 disponen para el caso del incapaz y del desheredado, el derecho de los hijos de éstos a suceder en la legítima (1), no cabe duda—se dice—de la existencia de la representación en cuanto a la legítima y su inexistencia en cuanto a la cuota de libre disposición.

Los problemas que en relación con este texto preocupan a nuestros civilistas derivan por cauces extraños al derecho de representación. Así, Manresa (2) se detiene en el análisis de la locución *heredero voluntario*, que, según él, comprende solamente el supuesto de premoriencia y no el de incapacidad o el de renuncia, pues de otro modo los tres términos del enunciado del artículo se hubieran enlazado con la *disyuntiva* o; aparte que la salvedad final y la referencia a los artículos 761 y 857 bien claramente lo demuestran. Pues la incapacidad tanto puede ser del heredero voluntario, como del forzoso, y la desheredación es sólo aplicable al heredero forzoso. Critica el mismo autor la referencia al artículo 857, que se refiere al desheredado, y respecto al cual no establece el 766 ninguna prescripción; falta de concordancia ésta que acaso pueda explicarse por una confusión técnica del legislador entre los conceptos *incapacidad* y *desheredación*. Finalmente, censura el apelativo *voluntario*, ya que la doctrina del 766 es igualmente aplicable al heredero forzoso (3).

* * *

3. Más adelante se verá cómo, a nuestro juicio, y al menos en el terreno del derecho constituyente, debe admitirse de una manera total

(1) Art. 761. 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.

Art. 857. Los hijos del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima.

(2) Manresa, pág. 97, t. VI.

(3) Desde luego, la expresión "heredero voluntario", empleada en el 766, es totalmente incorrecta, el heredero que fallece antes que el testador no es heredero. Por tanto, esa locución hay que entenderla como equivalente de "el *instituido en el testamento*". Entendida literalmente la locución "heredero voluntario", resultaría a contrario sensu del texto del 766, que el heredero forzoso que premuriera transmitiría su condición de heredero a los que lo fueran suyos aun con carácter voluntario.

el derecho de representación. Pero, aun en el puro terreno del Derecho positivo, no cabe duda que se da (salvo el caso excepcional de que el heredero que falta estuviere beneficiado en el testamento con todo o parte de la porción libre) el derecho de representación; o que, rechazado hoy éste, la conclusión en cuanto a la distribución del haber hereditario es exactamente la misma que si se admitiera la representación, mediante un rodeo, apoyándose en las normas relativas a la preterición.

Se comprueba esta afirmación con el examen que vamos a hacer de las consecuencias a que lleva la admisión parcial del derecho de representación, que, como veremos, son en algunos casos inadmisibles. Después analizaremos el resultado a que nos lleva la aplicación de la preterición.

* * *

4. CONSECUENCIAS DE LA ADMISIÓN PARCIAL DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN.

En el testamento que regula la sucesión pueden darse las siguientes variantes principales:

- a) Se instituye al incapaz o premuerto y sus coherederos por iguales partes.
- b) El incapaz o premuerto es favorecido en la sucesión.
- c) Están favorecidos los coherederos o alguno de ellos.
- d) El incapaz o premuerto es único heredero.

A) INSTITUCIÓN POR IGUALES PARTES.

Aplicando el criterio de la representación sólo en la parte legítima, los hijos del premuerto o incapaz serán copartícipes de dos tercios de la herencia. En estos dos tercios no responderán de la incapacidad del padre, ni serán afectados por su premoriencia. Pero ¿qué será del tercio de libre disposición? No es posible que los coherederos la reciban a título de mejora, porque la mejora es parte de la legítima. Tampoco pueden recibirla como legatarios, porque ninguna disposición autoriza lo que constituiría un legado tácito. No la reciben como consecuencia del derecho de acrecer, porque según el artículo 985, *"entre los herederos forzosos el derecho de acrecer sólo tendrá lugar cuando la parte de libre disposición se deje a dos o más de ellos o a alguno de ellos y a un*

extraño". Para admitir que la parte libre acrece a los coherederos del incapaz o premuerto, sería preciso recurrir a la ficción de que la institución sobre la totalidad de la herencia por iguales partes equivale a una institución por igual en los dos tercios de legítima y a otra institución sucesiva, y también por igual, en la parte de libre disposición. Tal interpretación de la institución de herederos es completamente arbitraria; sólo puede justificarse por el afán de llegar a una conclusión preconcebida. Contradice indiscutiblemente la voluntad del testador y encierra un círculo vicioso, pues para probar que los nietos no representan o no sustituyen a su padre, se parte, precisamente, de la inexistencia de su institución. Mas, a pesar de lo endeble y de lo falaz de este criterio, es el único que pueden invocar quienes rechazan la representación al aplicar los artículos 766 y 761. Es preciso, para ellos, aceptar este supuesto teóricamente inaceptable—e injusto en sus consecuencias—, porque si no se admite el derecho de acrecer, no habría más solución que aplicar el artículo 986: *"En la sucesión testamentaria, cuando no tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del instituido a quien no se hubiera designado sustituto pasará a los legítimos herederos del testador."* Estos herederos son precisamente los coherederos del incapaz o premuerto y los hijos de éste, que, en consecuencia, recibirían, además de su porción legitimaria, una parte minúscula del tercio libre: la parte proporcional que a su padre correspondería si hubiera llegado a heredar, pero compartiéndola con los restantes coherederos. No recibirían, pues, todo lo que hubiera recibido su padre, pero recibirían *algo más* de la legítima, en oposición al sentido que por la doctrina se asigna al artículo 761 (1).

Mas, sea el 985, sea el 986 el texto que se invoque, el resultado es lógicamente absurdo y además injusto. Un testamento en que hay una distribución igualitaria del caudal, equivale a una anticipada declaración de herederos ab-intestato, hasta el punto de que, no habiendo

(1) Para aclarar este punto, suponiendo que sean tres los hijos X, Y y Z, por el fallecimiento de X, los hijos de éste recibirán, en concepto de legítima, la tercera parte de dos tercios del causante. Y considerando vacante una tercera parte del tercio libre, esta novena parte se repartiría a título de ab-intestato en la siguiente forma: una tercera parte de este noveno vacante para Y, otra porción igual para Z y otra equivalente para los hijos de X. Y y Z recibirían cada uno, en consecuencia, $1/3$ de la legítima larga: $1/9$ por atribución directa del testador en cuanto a la parte libre, y $1/27$ de la porción de la parte libre del premuerto que se considera vacante a título de ab-intestato.

testamento anterior que revocar, se le llama jocosamente en el "argot" notarial de los opositores *el testamento del muerto*. Sin embargo, el hecho de que el testador se anticipe a la ley disponiendo lo mismo que en su día dispondría el Juzgado en la declaración de herederos ab-intestato, tiene una trascendencia enorme. Si la sucesión hubiera de deferirse ab-intestato por aplicación normal de los artículos 924 y 292, los nietos recibirían exactamente la misma porción que hubiera recibido su padre si viviera o fuera capaz de suceder.

Este resultado, absurdo e injusto como decimos más arriba, no puede justificarse por atrevidas presunciones de voluntad. Cada día se rechaza con más rigor la aplicación de presunciones para justificar ya instituciones jurídicas, ya preceptos legislativos, ya la interpretación de éstos. Además, en este caso, la presunción de voluntad es, como su consecuencia, también injusta e ilógica; en primer término, porque la aplicación del mecanismo de la sustitución o del derecho de representación escapa a las previsiones normales de un testador medianamente previsor; en segundo lugar, porque en el caso de indignidad, la causa que la motive puede ser posterior al fallecimiento del causante, y, en consecuencia, toda suposición sobre lo que el testador hubiera querido, es necesariamente arbitraria (1); finalmente, de establecerse alguna presunción, debe ser respetando en lo posible la voluntad testamentaria, que se ha manifestado en favor de la igualdad entre todos los herederos.

B) EL INCAPAZ O PREMUERTO ES FAVORECIDO EN LA SUCESIÓN

Al igual que en la hipótesis anteriormente estudiada, la parte libre quedaría excluida del activo en el que han de participar los nietos, exclusión total o parcial, según se crea aplicable el artículo 985 ó el 986. Si el beneficio dispuesto en favor del heredero o incapaz o premuerto no es mejora, sino prelegado o legado del todo o parte de la cuota libre, este beneficio no surte efecto para los herederos de segundo o ulterior grado, y los coherederos recibirían una porción superior a aquella en que fueron instituidos por el testador. Los mismos argumentos que acabamos de exponer serían aplicables a esta confusión.

Si se tratara de mejora en sentido técnico, o sea de la imposición

(1) Por ejemplo el heredero que no denunciare dentro de un mes a la justicia la muerte violenta del testador es incapaz de suceder, conforme al núm. 4 del art. 756.

de todo o parte de un tercio de legítima en favor de los sucesores de sus nietos, admitir la representación en cuanto a la legítima supone admitirla en la mejora que es parte de la legítima, pese al indiscutible carácter de beneficio personalísimo que la mejora tiene. Deriva de aquí una interesante consecuencia: el puesto preferente asignado por el testador (si se admite la representación en la mejora) al incapaz o premuerto, será o no conservado por sus representantes o sustitutos, según el mayor o menor tecnicismo que el testador haya usado al expresar su voluntad. Claro está que el carácter de personalismo que el beneficio de la mejora tiene no autoriza a afirmar con mucha seguridad—dentro de la posición de los comentaristas—que haya en ella representación. Pero, de admitirla, resultaría una diferencia trascendental con respecto al caso del prelegado. Una diferencia técnica bastaría para que, siendo la misma la razón y la voluntad, fuera distinta la norma que se aplicaba.

C) ESTÁN FAVORECIDOS LOS COHEREDEROS.

Si el beneficio a favor de los coherederos alcanza la totalidad del tercio de libre disposición, la aplicación de la representación solamente a la parte legítima resulta irreprochable, precisamente porque este supuesto no entra en ningún problema, ya que los herederos de ese mismo grado no deben participar de una parte de la que expresamente el testador excluyó a aquel a quien representa. Pero si el beneficio consiste en una verdadera mejora, habría que aplicar respecto a la parte libre el mismo criterio ilógico e injusto de exclusión que hemos examinado en el apartado A).

D) HEREDERO ÚNICO.

En esta última hipótesis, la distribución del haber hereditario debe hacerse totalmente en favor de los sucesores del incapaz o premuerto. No habiendo coherederos con los que repartir el haber hereditario, los descendientes del primeramente instituido suceden en la totalidad de la herencia. Pero para llegar a esta conclusión, si se admite el punto de vista de la representación parcial, hay que dar un rodeo o recurrir a una ficción: los herederos de segundo grado suceden por representa-

ción en cuanto a dos tercios de la herencia; mas el tercio libre, en el que no representan al instituido, lo tienen que recibir ab-intestato.

Pone de relieve esta hipótesis la inconsistencia de la doctrina de representación parcial, o representación sólo en la legítima. Para llegar a la solución lógica—entre otras razones, porque es única—, o hay que desconocer el punto de partida, o violentarlo mediante esa ficción. Tiene, además, este supuesto una importancia mayor que los demás en cuanto a la cuestión adjetiva del modo de hacer constar el derecho de representación para producir la inscripción en el registro. Esta cuestión, de que más adelante trataremos ligeramente, se plantea en los siguientes términos: ¿Basta la declaración del sustituto de que sucede por representación, o es necesaria una constatación judicial de este hecho?

* * *

5. Vistos los resultados a que nos llevaría la admisión de la representación solamente en la parte legítima, hemos de buscar la causa de que la doctrina haya aceptado este punto de vista que estimamos erróneo. La conclusión es recusable, porque se parte de una afirmación a nuestro juicio falsa: partiendo del concepto de legítima del artículo 806, se afirma, como principio que será el único apoyo de la conclusión, que un sucesor legítimo puede concurrir por un mismo título sucesorio a una misma herencia con el doble carácter de heredero voluntario en la parte de libre disposición y de heredero forzoso en la parte legítima (1). Quizá por nuestra enemiga a las abstracciones ilógicas, no alcanzamos a ver cómo UNA MISMA PERSONA, que sucede a UN MISMO CAUSANTE en UN SOLO PATRIMONIO y en virtud de UN SOLO TÍTULO TESTAMENTARIO, puede presentar esta doble personalidad.

El concepto de heredero forzoso, desde la querella de *inoficiosi testamenti* hasta nuestros días, es inseparable del concepto de la legítima. Y la legítima es nada más y nada menos que una traba que la ley pone a la voluntad del testador; una limitación al principio de autonomía en materia de sucesión testamentaria. La ley señala hasta dónde puede llegar la voluntad del testador y de dónde esa voluntad no puede pasar; así como en el orden contractual hay preceptos de derecho necesario que los contratantes no pueden alterar—sin que por ello deje de ser la voluntad fuente de la obligación—, así, en el Derecho sucesorio, cuan-

(1) Manresa. pág. 98

do la voluntad del testador se mueve sin atentar a preceptos prohibitivos o de derecho necesario, no se puede admitir que la voluntad sea sólo en parte fuente de la sucesión y en parte no; por el contrario, esa voluntad lícitamente manifestada es EL ORIGEN DE TODA LA SUCESIÓN.

La ley legitimaria se limita a establecer un control a la voluntad, y si esta voluntad no quebranta los preceptos de la ley, debe ser íntegra y rigurosamente respetada. La voluntad del testador, y sólo esta voluntad—al menos de un modo inmediato—, es la que determina el *quid* y el *quantum* del Derecho hereditario; sólo esa voluntad es la que rige la sucesión patrimonial *mortis causa*. Todo testamento que sea válido por haber cumplido los requisitos intrínsecos, solemnes y formales de la ley positiva, se convierte a la muerte del testador en ley particular de la sucesión que regula, tanto en los supuestos para los que hay una limitación previa como en aquellos otros en que la voluntad se mueve sin ningún género de cortapisas. En consecuencia, *todo aquel que adquiere un derecho de otra persona en virtud de testamento y subordinado a la muerte del testador, lo adquiere por título testamentario, y es, por tanto, heredero voluntario en la totalidad del derecho adquirido* (1).

Solamente cabría hablar de heredero a la vez voluntario y forzoso cuando el testador no hubiera regulado la sucesión en la totalidad de su patrimonio. Y aun en tal supuesto cabría mejor decir que el heredero era en parte testamentario y en parte ab-intestato.

Hemos de reconocer, sin embargo, que esta posición nuestra tropieza con aparente dificultad en el texto del artículo 761, y por analogía con el del 857. Se nos puede objetar, en efecto, que si el legitimario incapaz o desheredado tiene hijos o descendientes, éstos le reemplazan o representan sólo en la parte legítima, pero no en la parte de libre disposición, por aplicación de la máxima *inclusio unius exclusio alterius*. Pero no es éste el sentido que, en nuestra opinión, debe darse a los citados artículos 761 y 857, en relación con el concepto de legítima y de heredero forzoso.

Ni la expresión *su derecho a la legítima*, del 761, ni la calidad de

(1) No es de este lugar la cuestión de si el heredero reducido a su legítima es tal heredero o un mero acreedor de la herencia. En los sistemas legislativos que consideran al legitimario como acreedor está fuera de duda que no cabe admitir el doble carácter de heredero voluntario y forzoso simultáneamente y en una misma persona, pues el forzoso no es tal heredero.

herederos forzosos que el 857 atribuye a los hijos del desheredado quieren decir que la participación cuantitativa que a estos hijos corresponde ha de estar limitada a la porción legítima. Lo que hacen tales artículos es reiterar una afirmación en cierto modo innecesaria: la de que los hijos del incapaz o desheredado que fuere heredero forzoso son a su vez herederos forzosos. Decimos que esta afirmación no era necesaria, pues a tal conclusión se llega igualmente por el camino del 807, que considera herederos forzosos "los hijos y descendientes legítimos respecto a sus padres y ascendientes legítimos". Falta un hijo o descendiente de grado preferente, y, por ello, los descendientes de grado posterior adquieren el rango de legitimarios.

A la vista de un testamento en que aparezca instituído un hijo incapaz de heredar, por premoriencia o indignidad, o en el que este hijo sea desheredado, la primera investigación que se impone será la de comprobar si la voluntad del causante puede mantenerse lícitamente porque no quebranta el régimen de legítimas. Si el testador no ha mencionado para nada a sus nietos—que será lo más probable en los casos de premoriencia o incapacidad del hijo—, no hay más que un camino para sostener la validez del testamento, que es el de admitir que los hijos del incapaz o premuerto sustituyen a éste, es decir, heredan por representación en la totalidad de la parte asignada al representante.

Así debe ser, porque la falta que supone la desheredación o la incapacidad, como todos los hechos de carácter punible, son *personalísimos*. La culpa, como la pena, no se transmite a los herederos; y nada digamos de la premoriencia, que no entraña por parte del que premuere idea alguna de culpabilidad. Ni siquiera cabe decir que se transmite la obligación de indemnizar, porque en realidad no indemnizan los herederos, sino el *patrimonio del causante*; buena prueba de ello que, aceptada la herencia a beneficio de inventario, no existe obligación directa del heredero.

La necesidad de admitir la representación de un modo total destaca claramente si imaginamos que la premoriencia o la incapacidad han ocurrido antes de redactarse el testamento. La limitación que establece la ley por razón de legítimas, no es tanto en favor de los hijos como en favor de los hijos de los hijos premuertos (art. 807). Si el testador no previene la sucesión de los descendientes de segundo o ulterior grado, los omitidos pueden accionar contra los instituídos. ¿Por qué? Porque son HEREDEROS LEGÍTIMOS (art. 807). ¿En qué cuantía? En cuanto

A LA TOTALIDAD DE LOS DERECHOS HEREDITARIOS, porque han sido preteridos (art. 814), y su omisión anula la destitución, aunque dejando subsistentes las mejoras y legados (1).

Si el heredero intermedio fallece o incurre en incapacidad después de otorgado el testamento en el que figuraba instituido, la conclusión tiene que ser idéntica. A las arbitrarias presunciones de voluntad que antes censurábamos, nosotros proponemos la existencia de herederos legítimos que no son mencionados en el testamento, y, en consecuencia, son preteridos.

* * *

6. Con lo expuesto queda, a nuestro juicio, refutada la posición de nuestros civilistas. Pero todavía sobre los argumentos apuntados, y sobre el gran argumento que nos ofrece la práctica al aprobarse las operaciones particionales, un examen del origen del precepto que motiva estos comentarios robustecerá aún más nuestra opinión de que, por lo menos en el terreno del Derecho CONSTITUYENTE, es absolutamente necesario admitir el principio de representación.

¿Cuál es el origen inmediato de los artículos en que nuestro Código trata de la representación en la sucesión? Basta lanzar una ojeada a los artículos 729 a 735 del Código Civil italiano (2) para que sea innecesaria cualquier otra *investigación de la paternidad*. A su vez el italiano había tomado estos preceptos de los artículos 739 a 744 del Código Civil francés. Mas como el Código Civil francés, por su concepción del Derecho sucesorio, no concede la condición de heredero sino al sucesor ab-intestato, se ocupó de la representación dentro de la sucesión intestada, ÚNICA SUCESIÓN UNIVERSAL HEREDITARIA QUE ADMITE. No es el mismo el punto de vista del Derecho italiano, que admite la sucesión testamentaria, y, por ello, el legislador italiano hizo una salvedad inoportuna: en el artículo 890 del Codice Civile (artículo que,

(1) Art. 814. La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.

(2) Salvo alteraciones exigidas por imposiciones literarias de la traducción, los artículos 729 y 735 del Código italiano coinciden fundamentalmente con los artículos 925 y 929 de nuestro Código. Y unas y otras disposiciones son una copia servil de los artículos que se citan del Código civil francés.

mal copiado, engendró nuestro 766) se dispone que cualquier disposición testamentaria queda sin efecto, si aquel en favor de quien ha sido hecha, no ha sobrevivido al testador, o es incapaz .. Mas como tal afirmación hubiera llevado a los absurdos resultados que admite nuestra doctrina y que más arriba vimos, se añadió, para suplir la justificada laguna de la ley francesa, que los descendientes del heredero o *legatario* premuerto o incapaz, entran en la herencia o en el legado en los casos en que sería admitida a su favor la representación, SI SE TRATASE DE SUCESIÓN INTES- TADA, excepto que el testador haya dispuesto otra cosa, o bien se trate de legado de usufructo o de otro derecho personal de su naturaleza (1).

El Derecho italiano admite en toda su amplitud el derecho de representación, extendiéndolo incluso al legado en favor de heredero forzoso. ¿A qué se debe la omisión de nuestros legisladores, que solamente copiaron una parte de aquel precepto? Se debe, sin duda, a que entendieron suficientemente asegurado el derecho de representación en virtud del artículo 814, que no tiene equivalente ni en el Derecho italiano ni en el Derecho francés. Es, pues, lo suficientemente claro que el legislador quiso regular la representación, aunque no le diera este nombre, con la misma amplitud que el Derecho italiano. Mas la transcripción parcial del artículo 890 de aquel Código Civil hace que, como conclusión, no pueda admitirse la representación en la parte que el heredero forzoso que falta hubiera recibido a título de legado. En lo futuro, el derecho de representación deberá admitirse con toda su amplitud; mientras el artículo 766 no se modifique, solamente puede afirmarse que EN LA SUCESIÓN VOLUNTARIA EXISTE EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN CON LA MISMA EXTENSIÓN QUE EN LA SUCESIÓN INTES- TADA, SALVO EN CUANTO A LOS DERECHOS QUE EL HEREDERO QUE FALTE HUBIERA RECIBIDO COMO MANDA O MEJORA.

Para comprobar cómo esta conclusión no es nada aventurada, vea-

(1) Art. 890 del Código Civil italiano: "Qualunque disposizione testamentaria e senza effetto, se quegli, in favore del quale è stata fatta, non è sopravvissuto al testatore o è incapace. I discendenti però dell'erede o del legatario premorto od incapace s'interessano nell'eredità o nel legato nei casi, in cui sarebbe ammessa a loro favore la rappresentazione se si trattasse di successione intestata, eccetto che il testatore abbia altrimenti disposto, ovvero si tratti di legato di usufrutto o di altro diritto di sua natura personale."

mos el resultado a que se llega aplicando la preterición a los mismos supuestos antes estudiados.

* * *

7. A) INSTITUCIÓN POR IGUALES PARTES

Los hijos o descendientes del incapaz o premuerto concurren a la sucesión del causante con los demás herederos, participando en el total del haber hereditario en la *misma proporción o cuota* que a su ascendiente correspondería. Es decir, de hecho, suceden por representación.

B) EL INCAPAZ O PREMUERTO ES FAVORECIDO EN LA SUCESIÓN.

No citados en el testamento los herederos en segundo grado, están preteridos. Suceden en concurrencia con los demás coherederos. Y si bien las mejoras y legados no son afectados por la preterición, dado caso que estuviera mejorado el heredero que falta, es muy difícil—aunque ello favoreciera este punto de vista—forzar la interpretación y admitir la representación en este caso en cuanto a estos beneficios personales. Aunque, en todo caso, la posición de los que sustituyen al heredero que falta es mucho más beneficiosa para ellos que con arreglo a la aplicación del criterio doctrinal que más arriba estudiamos.

C) ESTÁN FAVORECIDOS LOS COHEREDEROS.

También en este caso existe la representación total. Los descendientes del heredero que falta o que es incapaz suceden en todos los bienes hereditarios, con excepción de aquellos que comprenden la mejora o el legado, declarados subsistentes por el 814, sin perjuicio de la nulidad de la institución.

D) HEREDERO ÚNICO.

Ya apuntábamos antes que este supuesto no ofrece ninguna duda. Los descendientes del único legitimario suceden en la totalidad de bienes

que a él hubieran correspondido. Pero desde el punto de vista puramente adjetivo no deja de carecer de interés esta situación.

* * *

8. A pesar de cuanto llevamos escrito, es lo cierto que la práctica no plantea el problema que tratamos, ni con demasiada frecuencia ni con caracteres contenciosos, que permitan recurrir, en apoyo de cualquier tesis, a decisiones jurisprudenciales; no conocemos ninguna que se haya dictado relativa a esta materia. Este hecho ¿qué explicación tiene? Nosotros la encontramos en los dos siguientes argumentos:

1.º La prudencia de los notarios, que suelen interrogar al testador sobre su deseo en cuanto al alcance de la sustitución de los legítimos instituidos.

2.º Que, compartiendo la práctica el punto de vista que exponemos en estas cuartillas y siendo facultad de los herederos la distribución de la herencia cuando en ello haya acuerdo de voluntades, suele espontáneamente aceptarse la integridad del derecho de representación, y, en la función de jurisdicción voluntaria que supone la partición, soslayarse el aspecto contencioso.

Este segundo argumento no tiene definitiva fuerza cuando se trata del caso de heredero único. Pues entonces, si bien no hay problema sustantivo, ni puede plantearse discordia entre los sustitutos, sí, en cambio, puede surgir duda en cuanto al TÍTULO suficiente para producir la inscripción hipotecaria de los derechos que se reconozcan en la partición (1). Si el único heredero instituido falleció antes que el testador,

(1) Justamente este trabajo está motivado por una contienda de tipo privado, en la que tuvimos una cierta participación. Se discutía si el testamento en que una persona instituía heredero universal a su único hijo era bastante para producir la inscripción en favor de los hijos del instituido, que había premuerto al testador. El registrador (que desempeñaba la función interinamente) exigió la declaración de herederos del abuelo, el notario defendía la existencia del derecho de representación y la suficiencia del título. El registrador propietario, que substituyó al interino, exigió la declaración de herederos del instituido o premuerto, solución, a nuestro juicio, completamente caprichosa, y sólo explicable por el deseo de tener un documento en que salvaguardar la responsabilidad, quizá ha influido también que el Juzgado se negaba a la declaración de herederos, fundándose en la existencia de un testamento.

La cuestión no llegó a la Dirección General de los Registros, porque todos deseaban evitar discusiones. El hecho sirvió, si no para otra cosa, para prestigiar la gestión del interino, toda vez que se trataba de un título con muy crecidos honorarios.

los que le sustituyan ¿heredan por representación, o bien suceden directamente al causante? Una u otra solución no afectan para nada a la repartición de la herencia; pero, en cambio, en cuanto al título de la sucesión, si se admitiera, como debiera admitirse, al menos en Derecho constituyente, el derecho de representación, entendemos que la institución a favor del heredero que falta subsistiría y produciría plenos efectos—incluso hipotecarios—con la mera declaración de que se sucede por representación, robustecida con la justificación auténtica de la relación de parentesco.

De no admitir la existencia de representación, aparte la relación de obligación que surja entre los coherederos como consecuencia del acto jurídico particional, lo que no cabe duda es que hace falta un título hereditario suficiente para producir la institución: hay que estimar que la situación es la de una sucesión ab-intestato, y, por consiguiente, la inscripción en el Registro de los bienes hereditarios requiere una declaración judicial de herederos.

Lo que a nuestro juicio no ofrece duda es la claridad de estas dos posiciones, por una de las cuales hay que optar. Y en ambos casos sin temor ninguno a responsabilidad por la práctica de operaciones hipotecarias. Una tercera posición, la de suponer que, no existiendo representación, los herederos de segundo grado reciben la herencia en virtud de título (testamentario o ab-intestato) del heredero primeramente instituido, es a todas luces carente de toda lógica y de toda solidez jurídica. O los bienes se reciben del abuelo, en cuyo testamento los nietos no eran nombrados (aplicando el derecho de representación), o los reciben de la misma persona, directamente y sin intermediarios, en concepto de sucesores legítimos. El testamento del padre premuerto ni influye en las cuotas de distribución ni puede tener ninguna trascendencia hipotecaria para provocar una transmisión de dominio a título hereditario.

ENRIQUE GIMÉNEZ ARNAU.

Registrador de la Propiedad.