

Título: **Derecho de representación en la sucesión testamentaria**

Autor: **Medina, Graciela**

Publicado en: **DFyP 2011 (julio), 01/07/2011, 149**

Cita: **TR LALEY AR/DOC/1826/2011**

Sumario: 1. Hechos. 2. Tendencia expansionista del derecho de representación. 3. Fundamento del derecho de representación. 4. Motivos para el rechazo del derecho de representación en el ordenamiento argentino. 5. Bases para la aceptación del derecho de representación en la sucesión testamentaria de los hermanos. 6. Interpretación del testamento que instituye a los hermanos como herederos. 7. Conclusión.

1. Hechos

Hilda Locatelli instituyó como herederos a sus cinco hermanos por partes iguales, sin mejorar a ninguno, sobre la totalidad de su patrimonio.

Dos de sus hermanos fallecieron antes que la testadora, a quien sobrevivieron solo sus hermanos Lina Nélide, Albino Antonio y Edda Any.

La hija de uno de los prefallecidos, Elsa Matilde Locatelli, peticionó en la sucesión de su tía, acción de petición de herencia y medidas precautorias, invocando ser heredera por derecho de representación.

Lina Nélide, Albino Antonio y Edda Any plantearon excepción de falta de legitimación activa de su sobrina, manifestando que como sus hermanos habían prefallecido no existía derecho de representación para sus descendientes y que tenían derecho de acrecer la parte de los herederos que murieron con anterioridad a la testadora.

El juez de primera instancia rechazó el derecho de representación invocado. Para así decidir sostuvo que el derecho de representación existe en la sucesión testamentaria sólo en la medida que se vulnera la legítima, en consecuencia juzgó que ningún derecho de representación pueden invocar los descendientes de los hermanos que fallecieron con anterioridad al causante.

La resolución fue apelada por Elsa Matilde Locatelli. El recurso no tuvo éxito. Los magistrados de la Sala D de la Cámara Nacional Civil de la Capital confirmaron la resolución recurrida manifestando que "carece de legitimación el descendiente —sobrino— de uno de los beneficiarios del testamento que prefalleció al causante, para la promoción del proceso de petición de herencia y medidas precautorias intentado en su representación porque el instituto de la representación sólo opera en la sucesión intestada, puesto que los derechos testamentarios son personales y caducan si el beneficiario no sobrevive al testador (art. 3743 del Código Civil)".

La resolución emitida por los jueces de la Sala D de la Cámara Nacional Civil de la Capital se aleja tanto de la doctrina mayoritaria en materia de derecho de representación como de la tendencia del derecho comparado, inclinándose por una interpretación rígida del derecho de representación, ignorando los fundamentos del instituto y la benignidad con la cual debe ser interpretado, por no tratarse de una sanción.

2. Tendencia expansionista del derecho de representación

La evolución histórica del derecho de representación muestra una acusada tendencia hacia una mayor amplitud en su esfera de aplicación.

En el derecho romano no se requirió gran esfuerzo para admitir esta figura jurídica, pero conocida es la fuerte resistencia que tuvo que vencer para que fuera recibida en las antiguas legislaciones germánicas; mas una vez establecido en la mayoría de los sistemas positivos, el derecho de representación ha propendido a alcanzar una mayor y creciente expansión [\(1\)](#) que comenzó con el código italiano, que en su art. 467: establece "Hay representación en la sucesión testamentaria cuando el testador no ha previsto el caso en el cual el instituido no pueda o no quiera aceptar la herencia".

Posteriormente el Código español reformado en el año 1981 admitió en el art. 814-3º el derecho de representación a favor de los descendientes del descendiente prefallecido al testador que lo instituyó heredero.

Por su parte la Compilación de Derecho Civil de Navarra establece en su art. 309.2 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 límites, y a favor de los descendientes de sus hermanos hasta el cuarto grado, a contar del propio causante".

Del mismo modo la ley 1 de 1999 de Aragón, que llama "sustitución legal" al derecho de representación, lo dispone aplicable tanto a la sucesión testada como a la intestada, siempre en la línea descendente, y en la colateral a favor de los descendientes de los hermanos, en casos de premoriencia, ausencia o indignidad para suceder (art. 20.1 y 21.1). Estas leyes cuentan con el consenso aprobatorio de la doctrina. [\(2\)](#)

En el mismo sentido el art. 2040 del Código Civil portugués: establece "La representación tanto se da en la sucesión legal como en la testamentaria". Y en el mismo sentido se expide el Código Civil venezolano (art. 953).

3. Fundamento del derecho de representación

La tesis expansionista del derecho de representación siempre se apoya en un mismo argumento de equidad, piedad o humanidad. Este argumento consiste en síntesis: que constituiría una iniquidad que a los hijos del llamado a heredar se les acumulara a la desgracia de haber perdido a su padre, la de verse privado de unos bienes que seguramente habría obtenido de no haber muerto este tan prematuramente. La representación sucesoria, se dice ha sido ideada a fin de reparar en interés de los hijos el daño que les ha causado la muerte prematura de sus padres. (3)

Si la ley interpretando la voluntad común de los hombres llama los nietos y a los sobrinos por derecho de representación en la sucesión intestada ¿qué razón hay para que en la testamentaria prescindan en absoluto de ese criterio y se atenga a los llamamientos expuestos, como si en la declaración testamentaria no hubiera de haber lagunas y el testador tuviera que prever una serie de vicisitudes y circunstancias que no es ordinario pueda ser anticipadamente contempladas? Es conforme al curso ordinario de las cosas presumir que el testador que dispone a favor de sus hijos o de sus hermanos, si hubiera previsto la contingencia de premoriencia o incapacidad del heredero instituido habría querido favorecer en defecto de éste a sus hijos o descendientes, que son los naturales continuadores de su persona. (4)

Es evidente que dicha fundamentación impone que el derecho de representación sucesoria obtenga un trato generoso, al contrario de otras figuras jurídicas, que como las que establecen sanciones deben ser objeto de interpretación o aplicación restringida. (5)

4. Motivos para el rechazo del derecho de representación en el ordenamiento argentino

Un sector minoritario 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, porque su causante nada pudo haberle transmitido atento al carácter esencialmente revocable de toda disposición testamentaria. (6)

5. Bases para la aceptación del derecho de representación en la sucesión testamentaria de los hermanos

El argumento de quienes desconocen la existencia del derecho de representación en la sucesión testamentaria puede ser contestado señalando que el art. 3301 del Código Civil admite la representación en los supuestos de indignidad y el art. 3749 del mismo ordenamiento lo acepta en los casos de desheredación, y como tales supuestos indican necesariamente la existencia de testamento, es innegable que la representación se acepta en la sucesión testamentaria.

Esta posición es la seguida por la mayoría de la doctrina nacional que sostiene que la representación se aplica en la sucesión testamentaria en el límite de la legítima y cuando el causante confirma el llamamiento de herederos legítimos no forzosos sin alterar sus cuotas de concurrencia. (7)

Es que admitir la representación sucesoria en la sucesión intestada, y no en la testamentaria constituye una desigualdad irritante entre los descendientes del heredero ab intestato y el testamentario, ya que no existe razón alguna admitir en la sucesión ab-intestato y no, en la sucesión testamentaria.

En la sucesión ab intestato (8) la ley presume el afecto del causante a sus hijos y un deber hacia cada uno de ellos, y sobre sus nietos colectivamente proyecta la afeción que él tenía respecto de cada uno de sus hijos, siendo la representación un instrumento para asegurar la sucesión a favor de los descendientes del hijo prefallecido y la igualdad de las sucesiones.

El mismo principio es admitido en la sucesión de los colaterales privilegiados, o sea de los descendientes de los hermanos: los lazos afectivos del causante con el hermano, jefe de la estirpe, son tan estrechos, que los sobrinos se benefician por la afeción que se le transmite a través de su autor, presumida por la ley al establecer el derecho de representación a favor de los sobrinos y sobrinos nietos del hermano del causante (art. 3560).

Este fundamento de la representación legal, la afeción presunta del causante hacia sus sobrinos, no puede desaparecer por el solo hecho de que el causante haya testado instituyendo a sus hermanos como herederos.

Es lógico que si hubiese querido evitar que lo sucedan los sobrinos debería haberlo manifestado expresamente, de lo contrario sería preciso presumir lo contrario: que no quiere a sus sobrinos, lo cual, como regla, no es razonable.

En el caso el hermano de la causante y fue instituido por ella heredero suyo. Pero también la ley lo llamaba a

la sucesión de su hermana i, por carecer ésta de herederos forzosos (art. 3585).

Por lo tanto el hermano instituido heredero, al fallecer antes que su hermana, perfectamente podía ser representado en la sucesión de ésta por su hija Elsa Matilde Locatelli, porque la ley presume el afecto de la causante hacia su sobrina y se da el requisito exigido por el art. 3556: solo se puede representar a las personas que habrían sido llamadas a la sucesión del difunto.

El hermano habría sido llamado por voluntad de la ley y de la testadora, que no excluyó a su hermano ni a su descendencia. En consecuencia, habiendo prefallecido, su hija sobrina de la causante, debía haber concurrido con sus tíos, según lo dispone el art. 3585. Resultando injusta la resolución de la Cámara que en lugar de reconocer el derecho de representación de la sobrina hizo lugar al acrecentamiento de los tíos.

6. Interpretación del testamento que instituye a los hermanos como herederos

El tribunal para rechazar el derecho de representación invocado por la sobrina y hacer lugar al acrecentamiento del derecho sucesorio de sus tíos alude a la interpretación testamentaria.

Por nuestra parte nos preguntamos ¿Cómo deducir de la cláusula testamentaria que estatuye heredero a los cinco hermanos por igual la voluntad de excluir a los hijos del hermano prefallecido y mejorar a los que sobrevivan a la testadora? ¿No es más coherente por motivos de equidad y de sentido familiar, social y humanitario reconocer la voluntad tácita del testador de admitir como herederos a los sobrinos, salvo que del texto del testamento o de otra disposición de última voluntad posterior surja la convicción de que el testador quiso excluirlos?

Cuando no hay en el testamento de absolutamente ningún indicio de tal pretendida voluntad exclusiva de la testadora, ni ninguna disposición posterior en que hubiese manifestado su voluntad en ese sentido, no se explica el motivo por el cual no se aplica el derecho de representación en la sucesión testamentaria por premoriencia del instituido cuando si se aplica en el caso de indignidad y de deshederación.

7. Conclusión

* Cuando los herederos instituidos por el testador son a la vez parientes llamados por la ley a su sucesión, no hay motivo para excluir este caso, no previsto por nuestra legislación, del ámbito de aplicación del derecho de representación.

* Cuando la institución testamentaria recae en personas que no son parientes en grado sucesible del testador, no hay representación a favor de los descendientes de los mismos; pero cuando la institución se ha realizado a favor de los herederos legítimos, ratificando el llamamiento legal, sin alterar las reglas de la sucesión ab intestato —o sea, sus cuotas de concurrencia—, funciona el derecho de representación, pues el derecho a la herencia de los descendientes del heredero prefallecido, hermano del testador, le viene de la ley, que presume la voluntad del causante de proteger a su familia.

* La resolución emitida por los jueces de la Sala D de la Cámara Nacional Civil de la Capital se aleja tanto de la doctrina mayoritaria en materia de derecho de representación como de la tendencia del derecho comparado, inclinándose por una interpretación rígida del derecho de representación, ignorando los fundamentos del instituto y la benignidad con la cual debe ser interpretado, por no tratarse de una sanción.

(A) Del tema ya no hemos ocupado en el artículo "Derecho de representación en la sucesión testamentaria a favor de los hermanos" DFyP mayo del 2010 p. 109 a cuyas lecturas nos remitimos para evitar inútiles repeticiones.

(1) ROCA SASTRE, Ramón, "Estudios sobre sucesiones" t. I, Madrid 1981, "Observaciones críticas sobre la Tendencia expansionista del Derecho de Representación Sucesoria" p. 399.

(2) FERNANDEZ HIERRO, José M., Teoría general de la sucesión. Sucesión legítima y contractual, Comares. Granada, 2007, p. 291/292 y 295/296.

(3) CASTAN TOBEÑAS, José, "El derecho de representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria" en Revista General de Legislación y Jurisprudencia año 1942, p. 137.

(4) PUIG PEÑA, Federico, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974, "Tratado de Derecho Civil Español" p. 555, citando a Castan Tobeñas.

(5) ROCA SASTRE, Ramón, "Estudios sobre sucesiones" t. I, Madrid, 1981, "Observaciones críticas sobre la Tendencia expansionista del Derecho de Representación Sucesoria" p. 401.

(6) SPOTA, Alberto, "Inexistencia de la Representación en las Sucesiones testamentarias. Excepciones que admite el Cód. Civil. Crítica de la solución legal". JA, 55-856.

(7) BORDA, "Tratado de Derecho Civil. Sucesiones", t. II, n° 804. ZANNONI, "Derecho de las Sucesiones", t. II, p. 55. n° 817. PÉREZ LASALA, José Luis, "Tratado de Derecho de Sucesiones" t. I, p. 296, n° 211. MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Comentarios a los artículos 3549; 3564 en "Código Civil anotado", t. V-B.

MAFFÍA, "Manual de Derecho Sucesorio", t. II, p. 9. CAMPOAMOR, Clara, "El derecho de representación ¿es exclusivo de la sucesión testamentaria?", en JA, 1953-III-19, sec. Jurisp. Extranjera. FERNANDEZ GIANOTTI, Enrique, "Los sobrinos aunque no concurren con tíos heredan por derecho de representación", en LA LEY, 18-1035.

(8) La sucesión legítima, legal o ab intestato se funda en un doble orden de consideraciones: por un lado el interés familiar, y por otro el afecto presunto del causante. El orden legal sucesorio es la cristalización de la voluntad presunta del causante (BORDA, Guillermo A., Sucesiones, Sucesiones, 9ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II, n° 791; PEREZ LASALA, J. L., Derecho de sucesiones, Depalma, Buenos Aires, 1981, t. II, n° 5-a).