

Título: Derecho de representación en la sucesión testamentaria a favor de los hermanos

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: DFyP 2010 (mayo), 01/05/2010, 109

Cita: TR LALEY AR/DOC/1442/2010

Sumario: I. Introducción y objeto. II. Aplicación del derecho de representación en la sucesión testamentaria. III. El proyecto de Código Civil de 1998. IV. El derecho comparado. IV. Conclusión.

"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, funciona el derecho de representación, pues el derecho a la herencia de los descendientes del heredero prefallecido, hermano del testador, les viene de la ley, que presume la voluntad del causante de proteger a su familia".

#### I. Introducción y objeto

El objeto del presente trabajo es determinar

a. Si funciona el instituto de la representación cuando un causante, sin herederos forzosos, instituye a sus hermanos como herederos testamentarios; sin alterar de ningún modo el llamamiento legal.

b. Si en caso de premuerte de uno de los hermanos instituidos herederos testamentarios, heredan por representación los sobrinos del causante o si por el contrario ocurrida la premoriencia del hermano designado sucesor testamentario, opera el derecho de acrecer, entre los hermanos sobrevivientes y la porción vacante del hermano prefallecido, de pleno derecho, acrecienta proporcionalmente las porciones de los que sobrevivieron al causante.

#### II. Aplicación del derecho de representación en la sucesión testamentaria

El código argentino por oposición al código italiano, al portugués y al venezolano, sólo menciona el derecho de representación en la sucesión ab-intestato. No lo hace en la parte general del derecho sucesorio, ni en la sucesión testamentaria, sino que se refiere a ella en la sucesión legítima.

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.

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, porque su causante nada pudo haberle transmitido atento al carácter esencialmente revocable de toda disposición testamentaria. (1)

Estos autores sostienen que en la sucesión testamentaria rige la voluntad del causante y por ende no se puede aplicar "el derecho de representación" que deviene de la voluntad legal, ya que cuando el testador pudo disponer de sus bienes el legislador no puede cambiar esta voluntad mediante el derecho de representación.

Por nuestra parte creemos indiscutible que la representación no funciona en el caso de herederos testamentarios no parientes donde se aplica estrictamente el artículo 3.743, por tanto caduca la disposición testamentaria si la persona no pariente instituida heredero fallece con anterioridad al testador, ya que si el testador hubiera querido que los bienes pasaran a los descendientes del instituido hubiera modificado la disposición de última voluntad. (2) Pero a la vez consideramos 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.

Esta última posición es la sostenida por la mayoría de la doctrina nacional, quienes aceptan que el derecho de representación existe también en la sucesión testamentaria en los casos antes indicados. (3)

Argumentan los partidarios de la representación sucesoria en la 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 testamentaria.

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

Por otra parte en la sucesión ab intestato 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 afección 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, son tan estrechos, que los sobrinos se benefician por la afección 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 afección 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, máxime cuando no ha establecido deferencia alguna entre ellos.

Es claro que cuando el causante instituye como únicos y universales herederos a todos sus hermanos sin mejorar a ninguno, no se propone alterar el sistema legal, sino, por el contrario, afirmarlo. El testador quiere simplemente confirmar y acentuar sus sentimientos fraternales, sin efectuar diferencias entre sus parientes ajenas a sus sentimientos.

En este orden de ideas es preciso concluir que 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, les viene de la ley, que presume la voluntad del causante de proteger a su familia. Por el contrario, es coherente y lógico que no se presuma tal voluntad cuando se trata de los descendientes de un extraño. (4)

A nuestro juicio resulta indiscutible que en el supuesto que los herederos instituidos por el testador son a la vez hermanos llamados por la ley a su sucesión, no hay motivo para excluirlos del ámbito de aplicación del derecho de representación.

Así por ejemplo cuando un hermano del causante es instituido por ella heredero al mismo tiempo que la ley lo llama a la sucesión de su hermano por carecer éste de herederos forzosos (art. 3585). Si el hermano heredero testamentario fallece antes que el testador, puede ser representado en la sucesión de éste por sus descendientes porque la ley presume el afecto del causante hacia su sobrino y se da el requisito exigido por el art. 3556: que solo se puede representar a las personas que habrían sido llamadas a la sucesión del difunto.

Hay que tener en cuenta que los hijos del hermano designando heredero por expresión de última voluntad son llamados por voluntad de la ley a la sucesión y cuando la causante no excluye a su hermano ni a su descendencia y se da el prefallecimiento del padre, los sobrinos de la causante concurren con sus tíos, según lo dispone el art. 3585.

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

### III. El proyecto de Código Civil de 1998

El Proyecto de Código Civil de 1998 receipta esta moderna tendencia expansionista del derecho de representación al disponer en su art. 2461 que "La institución de heredero o legatario caduca cuando el instituido muere antes que el testador o antes del cumplimiento de la condición o plazo suspensivos de los que dependa la adquisición de la herencia o el legado. Se excluye el caso del heredero instituido pariente del testador si procede el derecho de representación".

### IV. El derecho comparado

Para dar solución al tema de estudio nos parece imprescindible la utilización del derecho comparado ya que "es totalmente obvio que el derecho vigente en cierto territorio o con referencia a determinadas personas o relaciones nunca nace aisladamente en la mente de un legislador o en la praxis de los actores locales, sino que representa el fruto de un conjunto de influencias, la mayor parte de las cuales se han desarrollado en confrontación con otros pueblos y territorios o bien derivan de las experiencias precedentemente realizadas por otros pueblos o en otros territorios. En consecuencia, bastante a menudo un cabal conocimiento de un ordenamiento jurídico no es en realidad posible de conseguir sin el conocimiento de todo lo sucedido en otra parte, aunque no todo lo sucedido en otra parte presenta igual grado de interés para el conocimiento del derecho vigente en el ámbito del ordenamiento de referencia". (5)

Por tal razón, creemos que es de utilidad tener en cuenta a la doctrina y legislación española por la proximidad del régimen sucesorio argentino con el de la madre patria. En la península muchos autores se ocuparon de tratar el tema y ya antes de la reforma de 1981 afirmaban enfáticamente que el derecho de representación en la sucesión testada se da cuando el testador al instituir a sus hermanos no hubiere previsto que le premuriesen o no fueran capaces para suceder. (6)

En 1981 se reformó el Código Civil español. En la actualidad el art. 814-3º del Cód. Español, admite 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. (7)

El Código Civil Italiano regula el derecho de representación en forma amplia, tanto para la sucesión ab intestato como para la sucesión testamentaria en el art. 467: "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".

Igualmente el art. 2040 del Código Civil portugués: "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).

#### IV. Conclusión

Una interpretación lógica, sistemática y coherente del régimen sucesorio de nuestro Código Civil, desde una perspectiva constitucional, con un sentido familiar, social y humano, y que concuerda además con el derecho comparado más afín al nuestro, indica que cuando en la sucesión testamentaria el causante, instituye como herederos a sus hermanos, sin alterar su cuota de concurrencia, funciona el derecho de representación a favor de sus sobrinos en caso que el hermano designado heredero muera antes que el causante.

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

(2) BORDA, "Tratado de Derecho Civil. Sucesiones", t. II, Núm. 801. ZANNONI, "Derecho de las Sucesiones", Tomo II. p. 52 y ss.

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

(4) FORNIELES, Salvador "Tratado de las sucesiones", Ediar, Buenos Aires, 4ª ed., 1958, t. II, nº 24 bis; BORDA, Guillermo A. "Sucesiones", 9ª ed., LA LEY, Buenos Aires, 2008, t. II, nº 801 y 804; PEREZ LASALA, José Luis "La representación en el derecho sucesorio", Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 77; PEREZ LASALA, José L. y Fernando "Curso de Derecho Sucesorio", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, ns. 75 y 76; MAFFIA, Jorge O. "Tratado de las sucesiones", Depalma, Buenos Aires, 1982, t. II, nº 698; ZANNONI, Eduardo A. "Derecho de las sucesiones", Astrea, 4ª ed., Buenos Aires, 1997, t. 2, nº 830-d); AZPIRI, Jorge O. "Derecho sucesorio", 4ta. ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 540; y MEDINA, Graciela en BUERES-HIGTON: Código Civil, Análisis doctrinario y jurisprudencial, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, t. 6-A, comentario al art. 3549, parág. 5)-c, p. 673.

(5) PIZZORUSSO, Alessandro Curso de derecho comparado, traducción de Juana Bignozzi, España, 1987.

(6) El derecho de representación según el Código Civil, Revista de Derecho Privado, 1914, t. 1, p. 143 y ss., y en el mismo sentido al reconocido tratadista José CASTAN TOBEÑAS, en su trabajo El derecho de representación y mecanismos afines en la sucesión testamentaria, Reus, Madrid, 1942 (separata de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, agosto de 1942); E. GIMENEZ ARNAU, El derecho de representación en la sucesión voluntaria, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, nº 141, 1940; etc., siendo la tendencia legislativa y doctrinaria favorable a la aplicación de este derecho al campo de la sucesión testamentaria

(CASTAN TOBEÑAS, J., Tratado de derecho civil español, común y foral, Reus, Madrid, 1971, t. VI-3º, p. 98; OSSORIO MORALES, Juan, Manual de sucesión testada, Comares, Granada, 2001, p. 260/261; MADRIÑAN VAZQUEZ, Marta, El derecho de representación en la sucesión testada, Aranzadi, Madrid, 2009, p. 136/137).

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