

**UNIVERSIDAD DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



TESIS DOCTORAL

**El derecho de representación en el código civil filipino**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

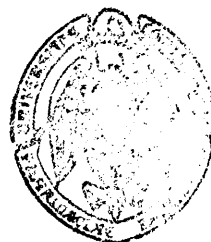
**Jaime Bautista Salcedo**

DIRECTOR:

**Antonio Hernández Gil**

Madrid, 2015

1 e 131



BIBLIOTECA  
DE DERECHO

EL DERECHO DE REPRESENTACION  
EN EL CODIGO CIVIL FILIPINO

TESIS DOCTORAL

POR

JAIME BAUTISTA SALCEDO

(CIUDADANO FILIPINO)

UNIVERSIDAD DE MADRID

ESPAÑA, 1969

A mi amada esposa, a mis  
padres y a mis padres políticos  
dedico esta pequeña obra.

# I N D I C E

Introducción. - Justificación del tema .....	1
Capítulo I. - Comparación entre el Código Civil español y el filipino .....	9
Capítulo II. - Principios Generales .....	26
Distinción .....	26
Historia .....	29
Esencia del concepto .....	60
Fundamento .....	62
Naturaleza Jurídica .....	71
Capítulo III. - El derecho de representación en la sucesión legítima, dentro del Cód- igo Civil filipino .....	85
Concepto .....	85
Causas Admitidas .....	101
Premoriencia .....	101
Ausencia .....	101
Indignidad .....	104
Desheredación .....	111
Repudiación .....	111
Extensión .....	114
Línea recta ascendente .....	115
Línea recta descendente .....	116
Línea colateral .....	121
Capacidad .....	125
Concepturus .....	126
Representación en la reserva troncal .....	130
Capítulo IV. - El derecho de representación en la sucesión testamentaria, dentro del Código Civil filipino .....	134
Planteamiento del problema .....	134
Tesis de la admisión parcial .....	138
Teorías Positivas .....	148

Teorías Negativas .....	161
Jurisprudencia Española .....	181
Nuestra Opinión .....	184
Capítulo V. - El derecho de representación en la sucesión mixta .....	209
Capítulo VI. - El derecho de representación en el parentesco ilegítimo .....	217
Conclusiones .....	224

F I N I S

## INTRODUCCION

### JUSTIFICACION DEL TEMA

El Código civil español de 1889 extendido a Filipinas por Decreto Real (1) el 24 de Julio de 1889 entró en vigor en Diciembre (2) del mismo año. A pesar de los varios cambios del estado político de las Islas Filipinas, este Código estuvo vigente en ellas hasta el 29 de Agosto de 1950; el día siguiente empezó a regir (3) la Ley Número 386 de la República de Filipinas que "ordena e instituye el Códig

---

(1) Artículo 1. Se hace extensivo a las Islas de Cuba, Puerto Rico y Filipinas el Código civil vigente en la Península, redactado de conformidad con lo dispuesto en la Ley de 2 de Mayo de 1888 y aprobado por Real Decreto de 24 del actual.

Artículo 2. Empezará a regir este Código en las islas referidas a los 20 días siguientes de su publicación en los periódicos oficiales de las mismas.

(2) 8 de Diciembre según las sentencias:

Benedicto c. de la Rama

(3 Phil. 34);

Velasco c. Pontanosa

(13 Phil. 79)

7 de Diciembre según las sentencias:

Cosio c. Pili

(10 Phil. 72);

Insular Government c. Aldecoa Co.

(19 Phil. 505);

Barreto c. Tuazon

(59 Phil. 845).

(3) Ilejay c. Ilejay, 49 Official Gazette 4.903;

Lara c. Del Rosario, 50 Official Gazette 1975;

Casubar c. Señor Santos, L-6.882, 29 de Diciembre de 1954.

go civil de Filipinas. (4)

El Código civil filipino conserva el esquema y la estructura de su antecesor. Como el español, éste empieza con un título preliminar, dividiendo después su materia en cuatro libros en los que se tratan los mismos temas. Los libros, a su vez, se dividen en títulos, capítulos, secciones, y subsecciones y artículos siguiendo casi el mismo plan del Código anterior.

La influencia que ejerce el Código civil español sobre el filipino es muy apreciable y evidente. Basta con decir que los artículos del Código filipino no llevan al final de su texto una referencia al Código anterior para indicar su procedencia. Un número simple al final de un artículo, por ejemplo, -- "(925)", indica que el artículo, en este caso, el 972, procede del artículo 925 del Código anterior y que el texto del 925 ha sido enteramente conservado.

---

(4) En 1940, fué constituida la Comisión Codificadora para redactar el Código civil filipino. Esta Comisión continuó trabajando con el -- proyecto a pesar de la Segunda Guerra Mundial, pero todos los documentos fueron destruidos durante la Ocupación japonesa de Filipinas en la batalla de Manila de 1945. Por Orden Ejecutiva Núm. 48 con fecha del 20 de Marzo de 1947, se creó otra -- Comisión Codificadora, con el mismo objeto. El 8 de Mayo de 1947, se reanudó la preparación del proyecto. La redacción final fué -- completada el 15 de Diciembre de 1947. El -- propuesto Código fué firmado por el Presidente de Filipinas en Junio de 1949 después de ser aprobado por el Congreso de Filipinas y entró en vigor el 30 de Agosto de 1950.

Por otra parte, si junto con el número aparece la letra "e", por ejemplo "(924 e)", esto quiere decir que el artículo, en este caso, el 970, procede del artículo 924 del Código español, pero que este artículo ha sido enmendado. Ahora bien, la letra "n" -- significa que el artículo es un nuevo precepto. Algunas veces, la letra "n" se coloca después de la nbrica de un título, capítulo, sección o subsección para indicar que el título, capítulo, sección o subsección es nueva.

Estas enmiendas e innovaciones evidencian el - esfuerzo del legislador filipino para poner este Código al día. Una comparación entre los Códigos filipino y su antecesor revela que sólo un veinticinco por ciento (25%) de este Código consiste en una reproducción literal de su antecesor; que el treinta y dos por ciento (32%) de su contenido se basa en - preceptos del Código anterior que, por otra parte, han sufrido algunas modificaciones a veces radicales; y que el cuarenta y tres por ciento (43%) representa conceptos y preceptos nuevos.

Las nuevas doctrinas que refuerzan este Código deben su origen o inspiración, a veces a costumbres y tradiciones loables del pueblo filipino, otras veces a principios enunciados en los Códigos, leyes o sentencias de otros países, principalmente España, Italia, Francia, Méjico, varios Estados de Norteamérica, especialmente California y Louisiana, Suiza, Alemania y Gran Bretaña. Muchos de los nuevos preceptos simplemente confirman doctrinas sentadas por el Tribunal supremo filipino. Los comentaristas, especialmente los españoles (Manresa, Sánchez Román, M. Q. Scaevola, Valverde, De Diego, Castán, etc.) y

los franceses (Planiol y Ripert, Colin y Capitant) también han contribuido con sus opiniones, que han influido notablemente en la redacción de las enmiendas que aclaran disposiciones dudosas o rectifican preceptos poco lógicos o acaso injustos.

Las enmiendas no abundan tanto en materia de sucesiones como en obligaciones y contratos pero también existen bastantes innovaciones. Lo primero que se nota es que el Título con rúbrica de "De La Sucesión" que en el Código anterior se dividía en seis capítulos ahora tiene sólo cuatro, a saber: Capítulo 1. "Disposiciones Generales"; Capítulo 2. "De la Sucesión Testada"; Capítulo 3. "De la Sucesión Legítima o Intestada" y; Capítulo 4. "Disposiciones Comunes a las Sucesiones Testada e Intestada."

La reorganización del plan del Título en solo cuatro capítulos destaca el espíritu renovador del Código que ha introducido importantes cambios sustanciales. Muchas de las enmiendas afectan directamente o indirectamente al régimen del derecho de representación tales como las que conciernen al parentesco ilegítimo y los hijos adoptivos, la supresión de la mejora y la reserva viudal, las modificaciones sobre las cuotas legitimarias e intestadas, etc. Sobre estas innovaciones, creemos conveniente tratar de ellas en un capítulo aparte, concretamente el siguiente. Así el lector tendrá un panorama de la sucesión intestada y de las legítimas de este Código en cuanto a su disciplina. También podrá recurrir fácilmente a este capítulo para su necesaria información.

Queremos destacar que este Código ha reproducido los artículos 761, 766, 814 y 857 en torno a los cuales gira la polémica en la doctrina española sobre el derecho de representación en la sucesión testamentaria, dentro del Código civil español. Sin embargo, todos ellos han sufrido modificaciones excepto el último mencionado.

Estas enmiendas e innovaciones, en cambio, -- han dado lugar a dudas en la aplicación del derecho de representación, aparte de las que ya existían -- en el Código anterior, y que no ha resuelto este Código de modo expreso y definitivo. Ya Castán hacía notar esta realidad con respecto al Código español diciendo: "son buena prueba de la imperfección con que nuestro Código disciplina la representación sucesoria, la infinidad de dudas y problemas que han surgido en torno de ella. Ya hemos hablado anteriormente de los que ha suscitado la aplicación de la representación en la sucesión testamentaria. A -- ellos cabría añadir muchos otros, relativos a la representación en los casos de ausencia e indignidad, en la sucesión de los hijos de medio hermanos en -- concurrencia con hermanos de doble vínculo, en la familia ilegítima, en la reserva troncal, en la reserva ordinaria o del cónyuge binubo, etc., etc." --

(5)

---

(5) CASTAN TOBEÑAS, El derecho de representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Agosto de 1942, en Separata, págs. 39-40.

Es nuestro propósito resolver las dudas arriba mencionadas, especialmente el problema del derecho de representación en la sucesión testamentaria. Lamentablemente, el Código filipino no ha dispuesto un precepto expreso para este último problema, pero nos ha dado un tema interesante para una tesis. Como saben, la tesis mayoritaria en la doctrina española es la de admisión parcial, es decir, que se da el derecho de representación en la porción de legítima pero no en la porción libre, fundándose en los artículos 761, 766 y 857. No obstante esta tesis ha sido rechazada por muchos autores, abogando muchos de ellos en favor de la solución de preterición que regula el artículo 814. Como ya hemos dicho, todos estos artículos aparecen en el Código filipino con enmiendas excepto el 857. Las enmiendas hacen todavía más interesante la resolución del problema. El problema del derecho de representación en el parentesco ilegítimo también es particularmente interesante debido a las enmiendas radicales que introduce este Código sobre los derechos sucesorios de la familia ilegítima. Estas innovaciones como ya hemos indicado las expondremos en el capítulo siguiente.

El plan de la tesis es el siguiente:

Después del capítulo primero, pensamos apropiado hablar sobre los principios generales del derecho de representación. En primer lugar señalar la distinción entre la representación sucesoria y la representación como negocio jurídico. En segundo lugar, explicar el origen de esta nomenclatura "derecho de representación", trazando al mismo tiempo la evolución de este expediente desde el Derecho roma-

no hasta el Código civil italiano de 1942. Después precisar la esencia de este derecho. Finalmente, es tudiar el fundamento y la naturaleza jurídica de es ta institución.

En el tercer capítulo, trataremos del derecho de representación, dentro del Código civil filipino, en la sucesión intestada, tocando también brevemente este derecho en la reseva troncal. Analizaremos la definición que da este Código de la representación sucesoria, con la cual descubriremos también sus efectos. A continuación consideraremos las causas -- que admiten la representación (premoriciencia, ausencia, indignidad y repudiación) excepto la de desheredación que trataremos aparte en un capítulo posterior. Por último, hablaremos de la extensión de este derecho en las distintas líneas de parentesco (la - recta ascendente, recta descendente y colateral) co mo también de la capacidad que requiere este Código de los "representantes".

El cuarto capítulo tratará exhaustivamente del problema del derecho de representación en la sucesión testamentaria, dentro de este Código.

Pensamos que el quinto capítulo será una novedad, pues concierne al derecho de representación en la sucesión mixta, denominación esta que emplea el Código filipino. Discutiremos la desheredación y la llamada "enterbung" (concepto germánico) como causas que admiten la representación sucesoria.

El derecho de representación en la familia ile gítima es el tema del sexto capítulo. (Del cuarto al sexto capítulo, se trata de la familia legítima. ) También hablaremos del problema del derecho de re-

presentación de los hijos y descendientes del hijo adoptivo, pero sólo con el fin de plantear los problemas. Un serio estudio de las cuestiones planteadas requeriría una tesis aparte para sentar las bases necesarias para su resolución.

Finalmente, en el último capítulo haremos un resumen de nuestras conclusiones con respecto al Derecho constituido filipino, acompañadas con las correspondientes recomendaciones en cuanto en nuestra opinión este Derecho constituido exige una reforma. Esperamos que esta tesis aporte alguna contribución a la reforma del Código civil filipino en esta materia.

Antes de entrar en la exposición de la tesis, queremos expresar nuestra profunda gratitud al Profesor D. Leonardo Abola de la Universidad de Santo Tomás de Manila, al Instituto de Cultura Hispánica, al Claustro de Profesores de la Universidad de Madrid, y muy especialmente al ilustre Catedrático - Dr. D. Antonio Hernández Gil, que bondadosamente ha dirigido el desenvolvimiento de la presente tesis.

## CAPITULO I

### COMPARACION ENTRE EL CODIGO CIVIL

#### ESPAÑOL Y EL FILIPINO

El Título con rúbrica "De La Sucesión" de este último Código abre con el artículo 774 que dispone así: "La sucesión es un modo de adquirir en cuya -- virtud los bienes, derechos y obligaciones de una -- persona, hasta donde alcance el valor de la herencia, se transmiten por su muerte a otro u otros ya por su voluntad o por ministerio de la ley".

Desparece, pues, la diferencia tan importante en el Código español entre el heredero y el legatario en cuanto el primero responde con sus propios -- bienes por las deudas y obligaciones del causante -- si ha aceptado sin beneficio de inventario. Ningún heredero, ni siquiera los herederos forzosos, responde más allá del valor de la herencia. Con ello, se ha suprimido la sección sobre el beneficio de inventario y del derecho de deliberar. La distinción entre heredero y legatario, sin embargo, se preserva y tiene su importancia cuando se aplica, por ejemplo, la norma sobre la preterición.

Sobre la libertad de testar, dispone el artículo 842 (763): "El que no tuviere herederos forzosos podrá disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para suceder. El que tuviere herederos forzosos podrá disponer de sus bienes con -- tal que no contravenga las disposiciones de este Código referentes a la legítima de dichos herederos".

El Código civil filipino ha decidido conservar,

el sistema de legítimos con el fin de proteger la solidaridad de la familia, siendo también congruente este sistema con las costumbres y tradiciones filipinas. La sección sobre la legítima ha sido colocada dentro del capítulo de la sucesión testamentaria.

La enumeración de quienes son herederos forzosos está contenida en el artículo 887 que equivale al artículo 807 de su antecesor. Como veremos seguidamente, el 887 contiene modificaciones radicales, ampliando el ámbito de las palabras "hijos legítimos" e "hijos ilegítimos". La concesión de derechos más equitativos a la descendencia ilegítima es una de las innovaciones y propósitos de este Código.

Son herederos forzosos, en primer término, "los hijos y descendientes legítimos, respecto de sus padres y ascendientes legítimos". Ahora bien, bajo la denominación "hijos legítimos" están comprendidos - los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio y los hijos adoptivos. El artículo 272 que reproduce el 122 del Código español declara así: "los legitimados por subsiguiente matrimonio disfrutarán de los mismos derechos que los hijos legítimos". Por otra parte, el artículo 341 decreta que "La adopción dará a la persona adoptada los mismos derechos y obligaciones que si fuera hijo legítimo del adoptante".

La equiparación de los hijos legitimados con los legítimos es más perfecta en el Código filipino que en el español, pues el artículo 273 del primero dispone que "La legitimación surtirá sus efectos desde el nacimiento del hijo".

No existe, en cambio, en el Código filipino la legitimación por concesión. Nos parece que la omi-

sión se debe a que este Código en un nuevo precepto -el artículo 338- autoriza expresamente la adopción de los hijos naturales y bastardos. Según la Comisión Codificadora, si los padres quieren remediar - el daño que han hecho al hijo ilegítimo, se les debe estimular a adoptarlo. (1) Con la adopción, el - hijo ilegítimo adquiere, como acabamos de ver, los mismos derechos y obligaciones como si fuera hijo - legítimo del adoptante".

La distinción entre la adopción plena y la no plena que existe en el Código español es desconocida en este Código. Sólo se conoce la equivalente a la adopción plena con la diferencia que el hijo adoptivo bajo el Código filipino disfruta de los mismos derechos que tiene el hijo legítimo. Hay que advertir, sin embargo, que existe una excepción a la regla del citado artículo 341. Se encuentra en el - artículo 343 que dispone lo siguiente: "Si al adoptante sobrevivieran padres o ascendientes legítimos y una persona adoptada, ésta no tendrá más derechos sucesorios que un hijo natural reconocido". El fundamento de esta regla parece ser que no le pareció -- justo a la Comisión Codificadora que el hijo adoptivo excluyera de la herencia del adoptante a los padres y ascendientes legítimos de éste.

Respecto a los hijos ilegítimos, todos ellos bajo este Código tienen derechos legitinarios, con tal que su filiación sea probada debidamente. Cuando este Código emplea las palabras "hijos ilegítimos", se refiere tanto a los hijos naturales reconocidos, a los naturales por ficción legal así como también a los que no están comprendidos en los dos primeros

---

(1) Report of the Code Commission, pág. 91.

grupos a quienes por brevedad los llamaremos "hijos bastardos".

El concepto de "hijos naturales por ficción legal" es una novedad del Código filipino. A "los hijos concebidos o nacidos de matrimonios nulos desde el principio" como también a los hijos de matrimonios anulables concebidos después del decreto de anulación, se les concede el mismo estado y los mismos derechos y obligaciones, según el artículo 89, que a los hijos naturales reconocidos. Este Artículo dispone lo siguiente:

"Los hijos concebidos o nacidos de matrimonios nulos desde el principio tendrán el mismo estado y los mismos derechos y obligaciones que los hijos naturales reconocidos, y se llamarán hijos naturales por ficción legal.

"Se considerarán como legítimos los hijos concebidos dentro de matrimonios anulables antes del decreto de anulación; y los concebidos después tendrán el mismo estado y los mismos derechos y obligaciones que los hijos naturales reconocidos y también se llamarán hijos naturales por ficción legal."

La Comisión Codificadora justifica esta nueva doctrina así:

"Aunque sea el matrimonio nulo anulable, por lo menos, hay una apariencia de legalidad en las relaciones entre los padres. Esta circunstancia debe extender un manto de protección a la prole que, por ficción legal deben ser considerados como hijos naturales reconocidos". (2)

---

(1) Iden, pág. 81.

El concepto de "hijos naturales" es el mismo - del Código español. Dice el Artículo 269 que, "son hijos naturales los nacidos fuera de matrimonio de padres que, al tiempo de la concepción de aquellos, no se hallaban impedidos para casarse entre sí". -- Añade el Artículo 277 que "en el caso de hacerse el reconocimiento por uno sólo de los padres, se presunirá que el hijo es natural si el que lo reconoce - tenía capacidad legal para contraer matrimonio al - tiempo de la concepción." Se refiere a los llamados "hijos naturales por presunción". El Artículo 280 - prohíbe que el padre o la madre, si hiciere el reconocimiento separadamente revela el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo, ni expresar ninguna circunstancia por donde pueda ser reconocida, refiriendo por supuesto, al documento en donde se hace el reconocimiento.

El reconocimiento es el hecho que convierte al hijo natural en heredero legítimario respecto al padre o madre que le haya reconocido. Sin el reconocimiento no hay base firme para su filiación que es - el puente de los derechos y obligaciones familiares.

En el caso del hijo natural por ficción legal,, éste adquiere ~~derechos~~ derechos legítimarios si se verifican en él las condiciones del Artículo 89 antes citado.

"El reconocimiento deberá hacerse en el acta de nacimiento, en testamento, en declaración ante un - tribunal de archivo, o en cualquier documento auténtico", dice el Artículo 278. Si el padre o madre no hubiera reconocido al hijo natural, el Código filipino permite la investigación de la paternidad o maternidad bajo las circunstancias especificadas en - los artículos 283 y 284. Estos disponen que:

"Artículo 283.- El padre está obligado a reconocer al hijo como su hijo natural en cualquiera de los casos siguientes:

(1) En los casos de violación, rapto o estupro, - cuando el tiempo de la comisión del delito coincide po co más o menos con el de la concepción.

(2) Cuando el hijo se halla en posesión continua del estado de hijo del presunto padre por actos directos del mismo o de su familia.

(3) Cuando el hijo fué concebido durante el tiempo en que la madre convivía con el presunto padre;

(4) Cuando el hijo tiene a su favor cualquiera - prueba de que el demandado es su padre.

"Artículo 284.- La madre está obligada a reconocer al hijo natural:

(1) En cualquiera de los casos expresados en el - artículo anterior, en lo que se refiere al hijo respec to de la madre;

(2) Cuando se pruebe qlaramente el hecho del parto y la identidad del hijo".

Los hijos bastardos tambien son herederos forzosos con tal que su filiación sea probada debidamente. Refiriéndose a éstos, dispone el Artículo 289 que "La investigación de la paternidad o maternidad de los hijos mencionados en los dos artículos precedentes se -- permite en las circunstancias especificadas en los Artículos 283 y 284". Acabamos de citar estos artículos en el párrafo anterior.

Tambien es heredero forzoso, simultáneamente con los hijos legítimos e ilegítinos del causante, su viudo o viuda con la particularidad de que bajo este Código

es heredero en propiedad y no solamente un nro usu- - fructuario. Como consecuencia, ha sido suprimido la re- - serva viudal. La Comisión Codificadora quiso suprimir también la reserva troncal pero al final, el Congreso de Filipinas (Legislatura) decidió incluirla (3). En - lo que concierne a las reservas, solo queda la cuestión del derecho de representación en la reserva troncal.

A falta de hijos y descendientes legítimos, son - herederos forzosos los padres y ascendientes legítimos. Por otra parte, si el causante es un hijo ilegítimo, -- únicamente los padres ilegítimos (incluso del hijo bas- - tardo) son herederos forzosos, pero sólo en el caso de que el causante no haya dejado descendencia, legítima o ilegítima.

La mejora ha sido eliminada por no tener apoyo en las costumbres filipinas. J.B.L. Reyes, (4) magistrado del Tribunal Supremo filipino, observa que ésta nunca fué utilizada por el pueblo filipino. Con la supre- - sión de la mejora, la legítima de los hijos y descen- - dientes legítimos con respecto a sus padres y ascendien- - tes legítimos quedó establecida a "la mitad del haber hereditario" (art. 888). Se ha aumentado, pues, la par- - te de la herencia que está a la libre disposición del causante aunque esta parte puede verse disminuida pues- - to que la legítima del viudo (o viuda) y de los hijos ilegítimos se saca de esta porción.

---

(3). Cfr. TOLENTINO, Civil Code of the Philippines, - Vol. III, pág. 4; REYES AND PUNO, An Outline of Philippine Civil Law, Vol. III, pág. 80.

(4). Lawyer's Journal, 31 de Diciembre, de 1950

La legítima de los hijos ilegítimos varía según si es hijo bastardo o no. Dispone el artículo 895:

"Constituirá la legítima de cada uno de los hijos naturales reconocidos y de cada uno de los hijos naturales por ficción legal la mitad de la de cada uno de los hijos o descendientes legítimos.

"La legítima de un hijo ilegítimo que no fuere natural reconocido ni hijo natural por ficción legal, será igual en todos los casos a cuatro quintas partes de la de un hijo natural reconocido.

Sobre esta proporción de 5 a 4, J.B.L. Reyes comenta que ha sido sacrificada la simplicidad de la estructura de la legítima por la preocupación de mantener la clásica distinción entre los hijos naturales y los bastardos. (5)

El artículo 895 además añade: "La legítima de los hijos ilegítimos se sacará de la porción libre de la herencia, con tal que la totalidad de la legítima de tales hijos ilegítimos no exceda en ningún caso de esa porción libre, y que antes se satisfaga completamente la legítima del cónyuge sobreviviente".

En cuanto a los derechos legitimarios de los descendientes de los hijos ilegítimos, dispone el artículo 902: "Los derechos reconocidos a los hijos ilegítimos en los precedentes artículos se transmiten por su muerte a sus descendientes, sean legítimos e ilegítimos".

Este último ha dado lugar a cierta incertidumbre puesto que el Código no ha previsto un precepto expreso que regule la proporción que corresponde a cada hijo del premuerto si no todos pertenecen a la misma clase.

---

(5). IDEM; Vid también TOLENTINO, op. cit., pág. 224.

de descendencia, es decir, si algunos son hijos legítimos, otros hijos naturales reconocidos y todavía otros hijos bastardos del premuerto. ¿Repartirán por partes iguales o se aplicará por analogía la antes mencionada proporción de 10 partes por cada hijo legítimo, 5 partes por cada hijo natural reconocido y 4 partes por cada hijo bastardo?. Esta última solución es la que proponen generalmente los tratadistas filipinos.

Señalan J.B.L. Reyes y R.C. Puno (6) como también Tolentino (7) que este Código, en cambio, ninguna parte concede derechos legitimarios a los hijos ilegítimos del hijo legítimo con respecto a la herencia del padre de éste. Observan estos autores que el espíritu del artículo 992 que equivale al artículo 943 del Código español prohíbe arguir en sentido afirmativo. Dice el 992: "El hijo ilegítimo no tiene derecho a heredar abintestato a los hijos y parientes legítimos del padre o madre; ni esos hijos a parientes heredarán de la misma manera al hijo ilegítimo". Con ello, comenta Tolentino que se crea una situación absurda al poner en peor condición la descendencia ilegítima de un hijo legítimo en relación con la de un hijo ilegítimo, pero dura lex sed lex. (8)

Lógicamente este Código ha tenido que introducir las correspondientes modificaciones en la sucesión intestada para concordar con las innovaciones en el régimen del sistema de legítimas (o vice versa). Este Código, por supuesto, ha elegido conservar el successio ordinum et graduum que, como indica Puig Brutau (9), se inspira en el viejo criterio justiniano de que el a-

---

(6) J.B.L. REYES AND PUNO, op. lit., pág. 95.

(7) TOLENTINO, op. cit., págs. 289-290.

(8) Idem, pág. 290.

(9) PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, Tomo V, Vol. 3, pág. 375.

afecto a los parientes primero desciende, luego asciende y finalmente se extiende a los colaterales. Es desconocido al pueblo filipino el sistema de parentelas - que observan los códigos germánicos y que "consiste en llamar en primer lugar a los descendientes del causante, luego a sus padres y a los descendientes del mismo, después a los abuelos y a quienes desciendan de ellos, etc." (10)

El orden de suceder depende de la circunstancia - si el causante es hijo legítimo o ilegítimo. El hijo - bastardo está comprendido dentro del término "hijos - ilegítimos". A éste le podrán suceder las mismas clases de parientes que podrán heredar al causante que es hijo natural reconocido.

Al varón o mujer legítimo, le suceden sus parientes por este orden:

1. Hijos y descendientes legítimos (11) (en conurrencia con hijos ilegítimos y el cónyuge sobreviviente). (12)

2. Padres y ascendientes legítimos (13) (en conurrencia con hijos ilegítimos y el viudo o viuda). (14)

3. Hijos ilegítimos (15) (en concurrencia con el cónyuge). (16)

4. El viudo o viuda (17) (en concurrencia con los hermanos y sobrinos). (18)

---

(10) Idem.

(11) Art. 978.

(12) Art. 983, y 996.

(13) Art. 985.

(14) Art. 1.000.

(15) Art. 988.

(16) Art. 998.

(17) Art. 995.

(18) Art. 1.001.

5. Hermanos y sobrinos solos. (19)

6. Los demás parientes colaterales hasta el quin  
to grado de parentesco. (20)

7. El estado. (21)

Por otra parte, los parientes de un varón o mu-  
jer ilegítima heredan por este orden:

1. Hijos y descendientes legítimos (22) (en con  
currencia con hijos ilegítimos y el viudo o viuda).  
(23).

2. Hijos ilegítimos (24) (en concurrencia con  
el cónyuge sobreviviente). (25)

3. Padres ilegítimos (26) (en concurrencia con  
el viudo o viuda). (27)

4. El viudo o viuda (28) (en concurrencia con  
los hermanos y sobrinos). (29)

5. Los hermanos y sobrinos. (30)

6. El estado. (31)

---

(19). Art. 1009.

(20). Idem.

(21). Art. 1001.

(22). Art. 978.

(23). Art. 983 y 996.

(24). Art. 988.

(25). Art. 998.

(26). Art. 993.

(27). El Código ha olvidado regular este supuesto, pe-  
ro como el viudo o viuda concurre con los padres  
y ascendientes legítimos, con mayor razón debe  
concurrir con los padres ilegítimos (Vid. TOLE  
TINO op.cit., págs. 431-432), el supuesto cuan-  
do concurren los padres y ascendientes legíti-  
mos con el viudo o viuda (art. 997), estima los  
autores que el cónyuge sobreviviente debe reci-  
bir la mitad de la herencia y la otra mitad se-  
rá para los padres ilegítimos.

(28). Art. 994.

(29). Idem.

(30). Idem.

(31). Art. 1011.

Cuando el causante es un hijo adoptivo, dispone - el artículo 984: "En el caso de que falleciera el hijo adoptivo, sin dejar hijos ni descendientes, sus padres y parientes por consanguinidad y no por adopción, serán sus herederos legítimos". Este artículo ratifica lo que dice el artículo 342: "El adoptante no será heredero legal del adoptado, cuyos padres por naturaleza heredarán de él. El orden de suceder dependerá, pues, del factor si el causante, antes de la adopción, era - hijo legítimo o ilegítimo.

Hay que subrayar que este Código al llamar simultáneamente a parientes que pertenecen a distintos órdenes conceden verdaderas cuotas intestadas incluso a -- los que pertenecen a órdenes más bajos en la jerarquía de herederos, con la posibilidad de recibir una participación superior a su legítima. La cuota intestada, - por ejemplo, de los hijos ilegítimos cuando concurren - con hijos legítimos (con o sin el cónyuge sobreviviente), no es una cuota fija sino un porcentaje o frac -- ción de la cuota de los hijos legítimos. Dispone el ar -- tículo 983 que "Si sobrevivieren hijos ilegítimos con hijos legítimos, corresponderán a aquéllos las porciones prescritas en el artículo 895". (32) Es decir que las cuotas intestadas de cada uno de los hijos naturales reconocidos o naturales por ficción legal será la -- mitad de la de cada uno de los hijos legítimos. Por -- otra parte, la cuota intestada del hijo bastardo será igual en todos los casos a cuatro quintas partes de la de un hijo natural reconocido. O sea, la herencia intes -- tada se repartirá entre ellos en la proporción de diez partes para cada hijo legítimo, y 5 partes para cada - hijo natural reconocido, y 4 partes para cada hijo bas

tardo, "con tal que la totalidad de la (participación de tales hijos ilegítimos no exceda en ningún caso de esa porción libre, y que antes se satisfaga completamente la legítima del cónyuge sobreviviente", limitación ésta impuesta por el último párrafo del artículo 895. No es difícil, como podrán apreciar, imaginar un caso donde el hijo natural reconocido, concurriendo con hijos legítimos del causante podrá recibir en la herencia intestada más que su legítima.

Más interesante es observar como este Código con no poca-frecuencia limita la cuota intestada de los parientes que pertenecen al orden más alto, a su legítima mientras aumenta las cuotas de los que pertenecen a los órdenes inferiores. Basta con dar una ojeada a la comparación que damos abajo entre algunas cuotas legitimarias de los herederos forzosos con sus correspondientes cuotas intestadas:

<u>Herederos</u>	<u>Cuotas Legitimarias</u>	<u>Cuotas Intestadas</u>
1. Padres y Ascendientes Legítimos con	"La mitad del haber hereditario". (Art. 889)	"La mitad de la herencia". (Art. 1.000)
Hijos Ilegítimos y el	"Una cuarta parte del haber hereditario". (Art. 899)	"Una cuarta parte del haber hereditario". (Art. 1.000)
Viudo.	"Una octava parte de la herencia". (Art. 899)	"La otra cuarta parte". (Art. 1.000)

Herederos

Cuotas  
Legitimarias

Cuotas  
Intestadas

2. Padres y ascendientes legítimos

"La mitad del haber hereditario".  
(Art. 889)

La mitad de la herencia.  
(Art. 991)

con

Hijos Ilegítimos

"Una cuarta parte del haber hereditario".  
(Art. 896)

La mitad de la herencia.  
(Art. 991)

3. Padres y ascendientes legítimos

"La mitad del haber hereditario".  
(Art. 889)

"La mitad de la herencia".  
(Art. 997)

con el

Viudo

"Una cuarta parte del haber hereditario".  
(Art. 893)

"La mitad de la herencia".  
(Art. 997)

4. Hijos Ilegítimos

"Una tercera parte de la herencia".  
(Art. 894)

"La mitad de la herencia".  
(Art. 998)

con el

Viudo

"Otro tercio".  
(Art. 894)

"La otra mitad"  
(Art. 998)

5. Viudo

"Una cuarta parte de la herencia".  
(Art. 903)

La mitad de la herencia.  
(Vea Nota 27)

con los

Padres ilegítimos.

"La cuarta parte del haber hereditario".  
(Art. 903)

La mitad de la herencia.  
(Vea Nota 27)

6. Viudo

La mitad de la herencia al menos que el matrimonio se ha celebrado en artículo mortis, el testador muere dentro de tres meses y no hubiesen vivido como marido y mujer por más de cinco años en cuyo caso la legítima será un tercio del haber hereditario. (Art. 900)

La mitad de la herencia.  
(Arts. 994 y 1.001)

con los

Hermanos y sobrinos

No tienen legítima.

La mitad de la herencia. (Arts. 994 y 1.001)

Como habrán podido observar, cuando los padres y ascendientes legítimos concurren con hijos ilegítimos, estos últimos tienen una cuota intestada superior a su cuota legitimaria, pues tienen derecho a la mitad del caudal relicto mientras como cuota legitimaria, sólo pueden reclamar una cuarta parte de la herencia. Esto no indica necesariamente que los hijos ilegítimos recibirán en la sucesión intestada más que su legítima, pues la legítima no se basa exclusivamente sobre el caudal relicto, pero siempre entra en lo posible. Los padres y ascendientes legítimos, sin embargo, no podrán recibir más que su legítima.

Por otra parte, cuando concurren los padres y ascendientes legítimos con los hijos ilegítimos y con el viudo o viuda, sólo éste o ésta que de los tres grupos de herederos ocupa el lugar más bajo en la jerarquía de órdenes podrá recibir en la sucesión intestada más que su legítima.

Este Código concede el derecho de representación a los descendientes de los hijos ilegítimos, sean legítimos o ilegítimos. El artículo 990 dispone: "Los derechos hereditarios concedidos en los dos artículos anteriores a los hijos ilegítimos, se transmitirán por su muerte a sus descendientes (súplase legítimos o ilegítimos), quienes heredarán por derecho de representación a

su abuelo difunto". Los artículos 995, 998 y 999 aclaran este punto expresamente. Por otra parte, tampoco aquí decreta el Código en que proporción heredarán tales nietos si algunos son hijos legítimos del premuerto y otros ilegítimos, sean naturales reconocidos o bastardos.

En cambio, es opinión de la doctrina filipina que los hijos ilegítimos de un hijo legítimo del causante no podrán heredar de éste en virtud del artículo 992 - antes citado y que proclama: "El hijo ilegítimo no tiene derecho a heredar abintestato a los hijos y parientes legítimos del padre o madre; ni esos hijos o parientes heredarán de la misma manera al hijo ilegítimo".

Este Código no contiene precepto expreso que determine los derechos de los hijos y descendientes del hijo adoptivo con respecto al adoptante. Recordamos -- que este Código autoriza expresamente la adopción de los hijos ilegítimos con lo cual puede presentarse innumerables dificultades. Sobre ellas, pueden ver nuestra exposición en el capítulo sexto.

Finalmente, como han podido observar, son herederos abintestato del hijo ilegítimo sus "hermanos y sobrinos". Esto presenta algunos problemas como por ejemplo si el hijo bastardo heredarán de su hermano que es hijo natural reconocido del padre o madre común y viceversa. En caso afirmativo ¿en qué proporción heredarán si concurren hermanos de distintas clases?, complicando todavía más la cuestión por la consideración de si son hermanos de doble vínculo o de un solo lado. Por último, el Código no aclara si al hijo ilegítimo, le heredan sus sobrinos que son hijos ilegítimos de su --

hermano ilegítimo premuerto o indigno, existiendo también la duda sobre las cuotas intestadas correspondientes.

Si este Código, pues, ha eliminado algunas dudas sobre el derecho de representación con la supresión de la mejora y la reseva viudal y la aclaración sobre si hereda el hijo ilegítimo de un hijo ilegítimo a su abuelo causante y si se concede el derecho de representación a los hijos legítimos de un hermano ilegítimo de la misma clase, también ha creado otras nuevas que acabamos de exponer.

CAPITULO II  
PRINCIPIOS GENERALES

Distinción.- Advierte SANCHEZ ROMAN que esta no menclatura de "derecho de representación" es la causa de cierto error y contrasentido en las aplicaciones de este derecho puesto que no se concibe como el incapaz, el desheredado y el premuerto, que no existen legalmente para la sucesión, los dos primeros ni legal y físicamente el último, pueden decirse propiamente representados por sus hijos o descendientes en la sucesión del ascendiente o pariente común". (1)

El artículo 924 del Código civil español, que trata de definir el derecho de representación, también induce a pensar que los nietos o sobrinos que heredan "iure repraesentationis" suceden al causante a través de un derecho transmitido por el hijo o hermano, por lo cual ha sido muy criticado por todos los autores. Dicho artículo 924 dispone: "Llamase derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar".

Es conveniente manifestar para evitar confusiones que no es así. Como expresa Mucius Q. Scaevola, "la denominación representación no es ni puede ser propiamente tal concepto en virtud de su defectuosa expresión."<sup>2</sup> Ruggiero igualmente previene que "el nombre (representación) no debe inducir a suponer que se da aquí una representación propiamente dicha o sea la adquisición y ejercicio de un derecho en nom-

---

(1) SANCHEZ ROMAN, Estudios de Derecho Civil, tomo 6, Vol. III, pág. 1701.

(2) MUCIUS SCAEVOLA, Código Civil, comentado y concor

bro de otra persona". (3)

Es evidente -dice Lacruz- que el nombre "representación" se usa aquí impropia- mente. "En la denominada representación sucesoria, los llamados a la herencia reciben directamente su derecho de la ley, con la sola diferencia de que han sido designados ante la imposibilidad de adquirir la herencia de otro causahabiente anterior, y por relación a él. Por eso tiene lugar en los casos de indignidad, en los cuales si los "representantes" ejercieran un derecho de otro, no podrían venir a la sucesión, ya que la persona a quien sustituyen ha sido excluída de la herencia". (4)

Ya la sentencia de 25 de Junio de 1905 del Tribunal supremo español había sentado esta doctrina en estos términos: "El derecho de representación que la ley otorga a los descendientes respecto a sus ascendientes, cuando concurren como herederos en unión de otros parientes colaterales, no significa que dicha representación tenga por objeto atribuir la herencia de que se trata, la condición de herencia del representado, sino únicamente determinar la base de los derechos de los representantes con relación a aquél a quien se hereda, viniendo a explicar el verdadero concepto y único alcance de tal derecho el art. 926 del Código civil (5), que en armonía con la antigua legislación marca su cualidad característica en la división de la herencia por estirpes, de modo que el

---

(2) ..dado (1904 ed.), Vol. XVI, pág. 261.

(3). RUGGIERO, R., Instituciones de Derecho Civil, - Vol. 2, pág. 1078.

(4). LACRUZ y ALBALADEJO, Derecho de Sucesiones, Parte General, pág. 189.

(5). Reproducido en el art. 974 del Código civil filipino.

representante no herede más de lo que heredaría su -  
representado si viviera o hubiera podido heredar; en  
cuyo sentido ha podido decir el Tribunal sentenciador  
que los hijos, aun en representación de la persona -  
del padre, ejercitan derechos propios..."

La sentencia del 1 de Diciembre de 1905 del mis-  
mo Tribunal reiter esta doctrina así:

"El descendiente que hereda al ascendiente por  
derecho de representación es heredero no del represen-  
tado sino del ascendiente causante de la herencia".

El Código civil filipino se ha cuidado de inser-  
tar un artículo, en concreto, el 971 que expresa: "El  
representante es llamado a la sucesión por la ley y  
no por la persona representada. El representante no  
sucede a la persona representada sino a quien ésta -  
hubiera sucedido".

Está claro que es impropio usar la palabra re-  
presentación para designar a este derecho. Como indi-  
ca Lacruz citando a Royo Martínez, falta por comple-  
to la verdadera noción de representación. "La repre-  
sentación tal como es descrita en la teoría general  
de la capacidad y del negocio jurídico, requiere que  
una persona (representante) actúe jurídicamente en -  
nombre de otro (representado) y con efectos respecto  
del patrimonio del representado. Supone por esto mis-  
mo la existencia simultánea del representante y el -  
representado y es propiamente hablando imposible re-  
presentar a un difunto. Supone asimismo la suplencia  
por la voluntad del representante de la voluntad del  
representado sea porque éste es incapaz de obrar y no  
puede formarla por sí (representación legal), o por-

que ha conferido esta facultad (representación voluntaria). Y es, desde luego, radicalmente incompatible con que el titulado "representante" actúe directamente por sí en su propio nombre y con efectos directos y exclusivos respecto de su propio patrimonio". (6)

En fin, expresa Nepi que el supuesto más notorio de falsa representación en el derecho privado es la llamada "representación sucesoria". (7)

Historia.- ¿Cómo adquirió el derecho de representación su nomenclatura?. Castán indica que la denominación y la técnica del ius repraesentationis, fueron extrañas ciertamente al Derecho romano. "En las fuentes justinianas y anteriores a Justiniano se decía que los hijos de un hijo premuerto podían suceder "in locum patris sui", "in locum praedefuncti parentis" y estas expresiones dieron base a los intérpretes para afirmar que venían aquéllos a la herencia por derecho de representación".

"Así -dice Castán- nació la denominación impropia e inconveniente de que tratamos, y con ella la concepción equivocada de la representación hereditaria como un derecho o virtud del cual los descendientes, entran en la sucesión, no por vocación propia, sino ejercitando un derecho transmitido por el padre premuerto. Con este matiz quedó consagrada la institución en el Derecho común, que la concibió como ver

---

(6). LACRUZ y ALBALADEJO, op. cit., pág. 189.

(7). MARTINEZ CALCERRADA, La Representación en el Derecho Sucesorio, pág. 2.

dadera representación, estimando que el principio absoluto y único de delación hereditaria era la proximidad de grado y que los parientes de grado más lejano venían a la herencia representando a su antecesor premuerto.

"De esta concepción tenían que resultar las consecuencias más anómalas: y así, en efecto, vemos que se generalizaron las siguientes principios: a) que no se podía representar a las personas vivas (viventis non datur repraesentationis); b) que tampoco podía representarse a quien hubiera repudiado la herencia; y c) que no gozaba del derecho de representación quien hubiera renunciado a la herencia de la persona a quien pretendía representar -observa Castán". (8)

La redacción por vez primera en el Derecho romano de una norma que manifiesta la existencia del llamado derecho de representación aparece en la Ley de las Doce Tablas (9) que data de los años 451-450 antes de Jesucristo. (10). No obstante, indican Jors y Kunkel que esta Ley refleja indudablemente el Derecho consuetudinario más antiguo". (11)

Las normas de la sucesión intestada del Código deconviral descansan en el precepto de la Tabla V que dice así: "Si intestato moritur uni suus heres hoc es cit adnatus proximus familiam habeto. Si adnatus pro

---

(8). CASTAN TOBEÑAS, Derecho de representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria, págs. 26-27.

(9) MARTINEZ CALCERRADA, op. cit., pág. 18.

(10) JOLOWIEZ, H.F., Historical Introduction to the Study of Roman Law, p. XIX.

(11) JORS, Paul, Derecho Romano Privado, Edición totalmente refundida por WOLFGANG KUNKEL, pág. 443-444.

simus escit gentiles familiam habento". (12)

Para entender este precepto, es conveniente referirnos a la explicación, muy lúcida y concisa, que hace SOHM sobre la antigua familia romana denominada - también la agnación. De este modo será más fácil comprender los términos "suus heres", "adnatus proximus" y los gentiles. Sohm explica:

"La familia civil romana difiere fundamentalmente de la moderna; no es, como ésta, una agrupación de personas unidas por vínculos de sangre y descendientes del mismo tronco, sino la organización jurídica de los que integran la misma casa y se hallan sujetos al mismo poder doméstico o patri potestad, o que, por lo menos, se hallarían si viviese su ascendiente común. Esta comunidad jurídica llámase agnación, y es el único parentesco civil del Derecho romano, que no reconoce el de sangre o cognación. La familia civil romana tiene, pues, carácter estrictamente agnaticio, y presenta la particularidad de poder cambiarse, cosa que no ocurre con la familia cognaticia -familia en sentido moderno-, basada en el parentesco de sangre. Las personas que componen la familia agnaticia pueden salir de ella, separándose de la casa, es decir, de la comunidad de personas -- unidas bajo el mismo poder doméstico. Tal ocurre, -- por ejemplo, con la hija que se casa, cuando, al contraer matrimonio, ingresa -lo que no siempre ocurre- bajo el poder doméstico de su marido o del que ejerce la patria potestad sobre éste: es el caso de la llamada in manu conventio. Al cambiar de poder doméstico, la hija cambia de familia agnaticia, de parentes

---

(12). IGLESIAS, Juan, Derecho Romano, Vol. II, págs. 34-5.

co civil; cambia, en fin, la "casa" a que pertenece - con lo cual se transforma por entero su personalidad. Y lo mismo ocurre con el hijo a quien el padre vende como siervo - mancipium, - entrega a otro en adopción - datio in adoptionem - o libra de su patria potestad - emancipatio - y así también con el homo sui juris que se hace adoptar por otro - arrogatio -, Aunque - el hijo emancipado salga ganando en lo material, -- puesto que se convierte de alieni juris en persona - independiente, sufre, sin embargo, una capitis diminutio; pues, al romperse los vínculos agnaticios, destruyese su individualidad jurídica anterior y nace - una nueva". (13)

Explicado el parentesco agnaticio que es el que reconoce la Ley de las Doce Tablas, hay que indicar el otro principio en que descansan las normas sucesorias de esta Ley. Este otro es que la familia agnaticia es a la vez un condominio familiar, cosa que queda patente cuando se considera el alcance de la patria potestad. "La patria potestas -dice Sohm- encierra poderes absolutos que llegan hasta el derecho de vida y muerte, y además incapacita al sometido a ella para tener derechos privados propios. No obstante si éste es ciudadano romano, posee el jus commercii y conubii, exactamente igual que el sui juris. - Por consiguiente, puede contratar, celebrar negocios jurídicos de adquisición, ser instituido heredero en un testamento, contraer matrimonio con plena validez, etc. Pero entiéndese que cuando adquiere lo adquiere para el paterfamilias; es éste y no él quien adquiere-

---

(13). SOHM, R., Instituciones de Derecho Privado Romano, págs. 168-169.

re los derechos de propiedad, los créditos, e incluso el poder marital sobre su mujer y la patria potestad sobre sus hijos. En el seno de la familia romana, el Derecho antiguo sólo admite una propiedad, que es la del padre, y un poder marital y paterno, reservado también a él." (14)

La misma citada Tabla V es testigo de este aspecto patrimonial de la familia agnaticia, pues dice "adnatus proximus familiam habeto" y "gentiles familiam habento". Aquí, expresa Iglesias que se emplea la palabra "familiam" como sinónimo de "hereditas". (15). Cabe mencionar que originariamente los romanos daban a esta palabra un significado patrimonial, como sinónimo de casa, aludiendo con ella al conjunto de bienes que constituían el fundamento de la economía doméstica de entonces: las res mancipi y principalmente los esclavos. (16). En fin, que en el concepto de la agnación se verifica una comunidad de bienes en el disfrute de la cual participan todos sus miembros.

Con lo expuesto, quedan inteligibles las normas de la citada Tabla V.

Según este texto, si muriera el causante abintestato le sucederán los sui heredes o herederos propios. Estos eran los miembros de la familia sometidos directamente bajo el poder del paterfamilias de tal forma que, con su muerte, se hacían sui iuris. Sucedían ipso facto con la muerte del causante sin que se requiriera su aceptación; por otra parte no estaban facultados para repudiar la herencia.

---

(14). Idem, pág. 164.

(15). IGLESIAS, op. cit., pág. 271.

(16). SOHM, op. cit., pág. 164.

Los demás miembros, con la muerte del paterfamilias caían bajo la potestad de un ascendiente intermedio o de su marido que se convertía a su vez en paterfamilias de su estirpe, por la cual aquéllos no tenían la capacidad para suceder.

Indican Jors y Kunkel que los sui heredes eran concretamente "los hijos e hijas que hubieran estado bajo su potestad hasta el momento del fallecimiento (incluidos los hijos adoptivos), los hijos de los hijos del causante fallecidos o emancipados antes de la delación de la herencia (lo mismo para los bisnietos del causante por línea masculina); el cónyuge in manu del causante y las mujeres in manu de los hijos premuertos o emancipados. En cuanto a las cuotas hereditarias no se hacía distinción entre herederos varones y herederos hembras. Los hijos, hijas y la mujer del causante heredaban por partes iguales; y los hijos y mujeres de hijos premuertos o emancipados recibían la cuota que hubiera correspondido al padre o marido premuerto". (17)

El supuesto más antiguo de procedencia del derecho de representación en el Derecho romano es el successio in stirpe cuando heredaban sui heredes que pertenecían a diversos grados de parentesco. En estos casos, todos los sui, cualquiera que fuera su grado de parentesco con el causante sucedían a éste en virtud del condominio familiar o quizás, mejor dicho, en virtud de la "copersonalidad" con el causante. Lo que se da para los "herederos suyos", expresa Martínez Calcerrada, más que una sucesión "es una --

---

(17). JORS y KUNKEL, op.cit., págs. 435-436.

"continuatio domini" o continuidad de la persona del causante" (18).

Esta continuidad de la persona o de la potestad del causante intestado se lleva a cabo de esta manera, según nos indican Jors y Kunkel:

"Por el fallecimiento del paterfamilias, el poder único que ejercía sobre todos los individuos de la casa se dividía en tantas ramas cuantos eran los descendientes que, a su vez, constituían, como jefes, nuevas familias; pero al mismo tiempo que la potestad familiar pasaban a ellos ciertas cargas y derechos ligados a ésta, como eran el deber del culto familiar con respecto a los libertos y clientes y extranjeros y probablemente también las deudas de las cuales el difunto, como jefe de la casa, respondía. La sucesión de los sui heredes resulta así no otra cosa que la transformación del derecho que en la comunidad familiar pertenecía a cada uno de los descendientes próximos, latente durante la vida del padre de familia, en poder doméstico pleno sobre sus propias mujeres y descendientes y sobre su cuota del -- patrimonio familiar". (19)

Es evidente que en esta sucesión abintestato de los sui heredes no encaja el principio de la proximidad de grado. Mientras vivía el paterfamilias, no había necesidad para los alieni iuris de adquirir por sí en plena propiedad, cosa que de todos modos no podían hacer, dando lugar a una comunidad de bienes. - Muerto el paterfamilias sin repartir la comunidad de

---

(18). MARTINEZ CALCERRADA, op. cit., pág. 21.

(19). JORS y KUNKEL, op. cit., págs. 435-436.

bienes por testamento, era solamente justo y lógico que todos los que se hacían sui iuris tuvieran derecho a participar en la división de los bienes de la comunidad, sin tener en cuenta su grado de parentesco. Con este criterio se protegía a todos los miembros de la familia.

Por otra parte, se consideraba que la premorienza o la emancipación de un hijo (o descendiente) del paterfamilias no debía beneficiar a la mujer in manu y descendientes de aquél a costa de los hijos sobrevivientes. Por eso, se convenía dividir la herencia por estirpes cuando heredaban sui heredes de diversos grados de parentesco como, por ejemplo, los hijos sobrevivientes con la mujer in manu o hijos de un hermano premuerto, de tal forma que estos últimos recibían, entre ellos, sólo la cuota hereditaria que hubiera pertenecido a su marido o padre premuerto.

Martínez Calcerrada expresa la opinión que también se repartía la herencia por estirpes cuando sólo heredaban los nietos o sólo heredaban los bisnietos oriundos de distintas ramas, basándose en el siguiente comentario de Gayo con respecto a la aplicación de las normas de las Doce Tablas:

"Al admitirse que los nietos o bisnietos o bisnietas sucedan en el lugar de su padre, pareció conveniente dividir la herencia no por cabezas sino por estirpes, de tal forma que un hijo obtuviera la mitad de la herencia, y los dos o más nietos por parte del otro hijo, la otra mitad; si hay nietos por parte de los dos hijos, pero por parte de uno tan solo

uno o dos y por parte del otro tres o cuatro, una mitad pertenece al uno o a los dos, y la otra mitad a los tres o a los cuatro". (20)

La successio in stirpe se puede producir sólo - en el grupo de los sui heredes, pero nunca en las -- otras clases de herederos. Cuando no existían sui heredes, la herencia era conferida al agnatus proximus, según la citada Tabla V. Aquí se hace referencia a aquellos parientes colaterales que estarían bajo la patria potestas de un común ascendiente si éste no - hubiera faltado por muerte o cautividad. Como sólo - era llamado el agnado más próximo, no cabe hablar aquí de successio in stirpes. La partición se hacía in capita cuando había dos o más agnados del mismo grado.

Según Hernández-Tejero, es aquí donde comienza la verdadera sucesión abintestato puesto que la atribución del patrimonio (familia) solamente se hace, - por disposición expresa de la ley, cuando se dan estos dos supuestos: "Si intestato moritur", y "cui -- suus heres nec escit" (21). El agnatus proximus, al contrario que los sui heredes, necesitaba la atribución por la ley del patrimonio puesto que no era copropietario con el causante del caudal relicto y esto, a nuestro juicio, explica también porqué los agnados más lejanos no eran llamados para suceder por estirpes junto con los más próximos.

Finalmente, a falta de colaterales agnaticios, el citado precepto llamaba a los "gentiles". Explica SOHM que el antiguo Derecho reconocía otra modalidad de parentesco: el gentilicio, entre lejanos parientes

---

(20). MARTINEZ CALCERRADA, op. cit., pág. 23.

(21). HERNANDEZ TEJERO, Derecho Romano, pág. 483.

del mismo linaje, que constituían una agrupación superior a la familia, en la cual hallábanse centralizados ciertos atributos jurídicos y privados. (22). Schultz señala que se atribuía la herencia a la gens como unidad (23), por lo cual tampoco cabe hablar -- aquí de successio in stirpe.

En resumen, la successio in stirpes se verifica sólo a favor de la mujer in manu hijas de un hijo (o nieto) prenuerto o emancipado, pero nunca entre los agnados o parientes colaterales agnaticios. Las causas que provocan tal partición se limitan a estos su puestos: 1) la premoriencia ó 2) la emancipación o desvinculación de la patria potestas por capitis dimunitio minima (24) del marido o ascendiente intermedio, al tener que ostentar aquéllos la condición de suns heres. Es evidente que mientras vivía el marido o un ascendiente intermedio, no se hacían sui iuris la mujer y descendiente de éste al morir el paterfamilias, sino que ingresaban en la potestad del marido o ascendiente intermedio, al menos que éste hubie ra sido sustraído de la patria potestas por capitis dimunitio minima. En este caso, los descendientes engendrados antes de la emancipación o salida de la familia como su mujer in manu caían directamente bajo

---

(22). SOHM, op. cit., pág. 463.

(23). SCHULTZ, Fritz, Derecho Romano Clásico, pág. - 213.

(24). La capitis dimunitio minima acaece al salir la persona por cualquier razón, de la familia agnaticia. En Derecho clásico presenta cinco modalidades: mancipio dare, in manum conventio, clatio in adoptionem, - arrogatio, y emancipatio. (SOHM, op.cit. págs. 168-169).

la potestad del paterfamilias y quedaban libres al -  
norir éste. Por lo tanto, heredaban como sui heredes,  
aunque por estirpes. La regla viventis non datur re-  
praesentationis, pues, es de origen posterior a las  
Doce Tablas.

Por último, antes de considerar la siguiente e-  
tapa del Derecho romano, hay que indicar que la Ley  
de las Doce Tablas no establece una successio ordi-  
num u orden sucesiva de "delación" entre las diversas  
clases de herederos, ni, dentro de cada una, una suc-  
cessio graduum u orden gradual entre los varios que  
la componen. La Ley llama a los agnados a heredar só-  
lamente cuando no haya sui heredes. Igualmente, en -  
caso de existir agnados, no puede "deferirse" la he-  
rencia a los gentiles. Es decir, que bajo esta Ley -  
la delación de la herencia es "única". (25). No cabe  
duda, pues, de que los nietos y bisnietos heredaban  
directamente del paterfamilias aunque recibían sola-  
mente la cuota hereditaria que hubiera pertenecido a  
su padre (sucesión por estirpes).

El Derecho pretoriano da un paso importante en  
la evolución del sistema sucesorio de Roma. Este na-  
ce en la época clásica cuando la función del Pretor  
se hace fundamentalmente correctora. (26). Mediante  
su forma peculiar de herencia -la bonorum possessio-  
este Derecho consigue corregir el severo y cerrado -  
sistema hereditario del Jus Civile (Ley de las Doce  
Tablas), ampliando los llamamientos sucesorios para  
incluir también a los parientes cognaticios. Pero no  
llega a derogar el Jus Civile aunque vino a modificar

---

(25). SOHM, op. cit., pág. 531; JOLOWIEZ, op. cit.,  
pág. 263.

(26). IGLESIAS, op. cit., pág. 541.

lo de acuerdo con la famosa definición de Ulpiano del Ius Praetorium: "Est quod praetores introduxerunt - adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia". (27)

El Derecho pretoriano conocido principalmente a través del edicto codificado por Salvio Juliano durante el Imperio de Adriano (28), clasifica a los parientes para los efectos de la sucesión intestada en cuatro grupos llamados sucesivamente a heredar por este orden:

1. Clase unde liberi, que suponía un simple alargamiento del grupo clásico de los sui heredes -- puesto que incluía también a los hijos desvinculados de la patria potestas por capitis diminutio minima y sus descendientes. (29). Quedan fuera de llamamiento los hijos dados en adopción que no hayan sido emancipados por el padre que los adoptó, los hijos adoptivos emancipados y la uxor o la nurus renancipada. -- (30).

2. Clase unde legitimi, formada por todos los herederos del Derecho civil, es decir, por los sui heredes; en defecto de ellos, el agnatus proximus; y faltando éste, los gentiles mientras la gens se mantenía en vigor. (31)

---

(27) MARTINEZ CALCERRADA, op. cit., pág. 25.

(28) SCHULTZ, op. cit., pág. 216.

(29) SOHM, o.p. cit., pág. 532; MARTINEZ CALCERRADA, op. cit., págs. 25; JOLOWICZ, op.cit., pág. 261.

(30) SOHM. op cit., pág. 532; IGLESIAS, op. cit., pág. 348.

(31) JOLOWICZ indica que los gentiles ya no tenían de recho sucesorio en la época clásica del De recho romano (op.cit., pág. 261).

3. Clase unde cognati, que comprende los parientes consanguíneos del difunto por línea masculina o femenina hasta el sexto grado, o hasta el séptimo si se trata de los hijos de primos segundos del causante sobrino sobrinave nati et natae. Los más próximos excluyen a los más lejanos. (32)

4. Clase unde vir et uxor, formada por el cónyuge superstite, sin necesidad de su sometimiento a la manus. (33)

Es el Pretor pues, que origina el successio ordinum et graduum, multiplicando los llamamientos para así asegurar, según Gayo, que nadie muera sin sucesor. (34). La bonorum possessio se ofrecía en primer lugar a los herederos de la primera clase. Si ninguno de ellos la solicitaba dentro del plazo establecido, podían pedirla los de la clase siguiente (successio ordinum). El que estaba incluido en varias clases (por ejemplo, el hijo agnaticio, en la unde liberi, unde legitimi y unde cognati) era llamado de esta suerte varias veces. Y dentro de la clase unde cognati, se distinguía por razón de la proximidad de grado, de manera que en primer lugar era llamado el pariente más próximo y en defecto de él, el que le seguía, etc, (successio graduum). (35)

Como, hemos dicho, el Derecho pretoriano no derogó la ley de las Doce Tablas. La bonorum possessio un

---

(32). IGLESIAS, op.cit., págs. 348-349.

(33). MARTINEZ CALCERRADA, op. cit., pág. 25.

(34). JOLOWIEZ, op.cit., pág. 263.

(35) JORS y KUNKEL, op.cit., pág. 446; SOHM, op. cit. págs. 532-534.

de legitimi eran iuris civilis "adiuvandi" gratia, fundadas en el viejo principio de la agnación. En cuanto a la bonorum possessio unde cognati y la de unde vir et uxor, eran iuris civilis "supplendi" gratia, o sea, sólo se concedían para suplir el principio de la agnación. Por otra parte, es verdad que la bonorum possessio unde liberi, en cuanto favorece a los emancipati, era iuris civilis "corrigendi" gratia (36) inspirado en el nuevo principio de la cognación. Pero ésta última fué posible porque el Pretor supo reconciliar el principio de la cognación con el de la agnación por medio de una ficción. Se concedía a los hijos emancipados la bonorum possessio junto con los sui bajo la condición de traer a colación todos los bienes adquiridos por ellos desde su emancipación (excepto los castrense y quasi castrense) puesto que estas adquisiciones de haber seguido los hijos emancipados -como los sui- sujetos a la patri potestas, pertenecerían al paterfamilias y por lo tanto figurarían en el caudal hereditario. Notéase, sin embargo, que el dado en adopción no era llamado para suceder como liberus puesto que no le podía cubrir la ficción al pertenecer sus adquisiciones al adoptante. (37)

Las normas sucesorias del Derecho pretoriano -- descansa ya en parte en el nuevo principio de la cognación pero mientras retiene el paterfamilias dominio sobre las adquisiciones de los sometidos a su poder, no se podrá ignorar el principio de la agnación. La successio in stirpes que en el Derecho pretoriano se verifica en el grupo de los unde liberi y en el de los unde

---

(36). Vid. SOHM, op.cit., págs. 532-534.

(37). Idem, pág. 573.

legitimi, en cuanto eran llamados por segunda vez los sui heredes, tambien se fundamenta ya en parte en el principio de la cognación o presunto afecto del causante por sus descendientes, ya que también eran llamados como "liberi" los descendientes del emancipati que no eran "sui" del paterfamilias para heredar en lugar de su padre, junto con sus tíos. En lo demás, la regulación de la successio in stirpes en el Derecho pretoriano no difiere de la época anterior puesto que éste no derogó la Ley de las Doce Tablas que continuaba en vigencia.

El Edicto pretoriano "De conyugendis cum emancipato liberis eius" confirma que, aunque los nietos o bisnietos heredaban "in locum patris sui" a su paterfamilias abuelo o bisabuelo, sucedían no obstante iure proprio como miembros de una rama de la familia al implicar ésta un condominio familiar. Las reformas del Pretor del sistema sucesorio provocaron, como era de esperar, una colisión entre los derechos del hijo emancipado que era llamado como liberus bajo el Ius Pretorium y los de los hijos de éste bajo la potestad del abuelo que eran llamados como sui heredes bajo el Ius Civile. Este Edicto vino a resolver el problema, determinando que la cuota viril se dividiera en dos partes -- iguales, recibiendo la mitad el hijo emancipado y la otra mitad sus hijos que eran sui de su padre, (38) lo cual indica que sus respectivos derechos se basan en distintas fundamentos y corrobora que éstos últimos no heredan en virtud de un derecho transmitido por su padre.

---

(38). ARIAS RAMOS, Derecho Romano, Vol. II, pág. 353.

La evolución del Derecho romano en materia de sucesiones culmina en el Derecho justiniano donde se acepta el predominio del principio de la cognación como criterio de los llamamientos abintestato. En la legislación imperial, se iba destacando cada vez más este principio.

En la legislación imperial, se otorgaba cada vez mayor consideración a los vínculos de la sangre. El Senado consultó Tertuliano bajo el Emperador -- Adriano (siglo II de C.) llama a la madre a la sucesión legítima de sus hijos y el Orficiano (del año 178 de C.) dispone que la herencia de la madre no sometida al poder de su marido pertenece a los hijos quienes excluyen a los consanguíneos y a los demás agnados de aquella. (39). Pero la reforma última y definitiva culmina en las Novelas 118 y 127 de Justiniano donde el principio de la cognación -- logra su triunfo completo.

Esta transformación fué posible con las subsiguientes restricciones a la patria potestas, permitiendo primeramente al filius familis miles para adquirir los bienes que componen el peculio "castrense". Cuanto el hijo adquiere como soldado, lo adquiere para sí, en propiedad plena y administración y puede disponer de ello en vida y por testamento. Pero si el hijo muere intestato, corresponde al paterfamilias por derecho propio. Más tarde, las normas del peculio castrense se extienden a lo adquirido por el hijo en un cargo público, como funcionario, abogado o sacerdote. (40)

---

(39). IGLESIAS, op. cit., pág. 349.350.

(40). SOHM, op.cit., pág. 492.

A partir del emperador Constantino, se percibe una tendencia legislativa de permitir al hijo toda clase de adquisiciones: primeramente, respecto de la herencia de la madre; luego en lo concerniente a los bona materni generis, y, finalmente, sin distinción con tal que los bienes no procediesen del padre mismo. Lo que adquiere el hijo sin ser peculio castrense ni quasi-castrense era considerado como bona adventicia. La propiedad sobre estos bienes -- "adventicios" corresponde al hijo y no al paterfamilias, el cual sólo goza -- como residuo de sus antiguos poderes plenos -- de un derecho de disfrute y administración. Sobre el hijo pesa, además, la prohibición de disponer de éstos bienes por testamento.

(41) De este modo, iba desapareciendo el condominio familiar. La Novela 118 --indica Sohm-- representa el punto final de esta evolución. Antes de esta Novela, todo el patrimonio del hijo premuerto-- sin excluir el peculio castrense y causicastrense-- pasaba a su padre jure peculii, como si siempre le hubiera pertenecido en propiedad. Pero la Novela 118 suprime -- también este vestigio de la antigua patria potestas. Bajo esta Novela y la 127, la herencia del hijo ya sigue las normas del principio de cognación llamándose a ella, por tanto, en primer lugar a sus propios hijos. (No obstante, estas adquisiciones hereditarias entran en el concepto de "bienes adventicios" en que, por tanto compete al abuelo, por virtud de su patria potestad, el derecho de usufructo y administración). (42)

---

(41) Idem.

(42) Idem, pág. 492 y 537.

Bajo las Novelas 118 y 127 de Justiniano fueron llamados sucesivamente los parientes de sangre del causante en cuatro grupos por este orden, según la siguiente explicación que nos da Sohm:

"1. Forman la primera los ascendientes del difunto, sin distinguir entre herencia paterna y materna, atendiendo exclusivamente al principio de la descendencia cognaticia. Al hijo de sangre equipárase, sin embargo, el adoptivo, el cual se encuentra así con dobles derechos hereditarios: participa de la herencia de su padre natural, por una parte, a quien hereda como descendiente cognaticio, y, por otra en la del adoptante. Entre descendientes del mismo grado la herencia dividiere por partes iguales -"successio in capita". Los descendientes de descendientes no heredan si sus ascendientes viven aún; en otro caso, pasan a ocupar su puesto por virtud del llamado "derecho de representación", heredando conjuntamente- si son varios- la parte que a él de vivir, le hubiera correspondido: "successio in stirpes".

"2. La segunda clase la forman los ascendientes, hermanos e hijos de los ya muertos, decidiendo exclusivamente el vínculo de cognación, sin atender para nada al agnaticio. Entre ascendientes, sólo heredan los más próximos: no queda margen al "derecho de representación"; por consiguiente, los abuelos paternos y maternos únicamente son llamados a heredar en defecto de ambos padres. Si no concurren hermanos ni hijos de éstos, la herencia se divide "por líneas" entre los abuelos, reservándose una mitad para los ascendientes de cada línea, paterna y materna; así, -

por ejemplo, si sólo sobrevive un abuelo paterno le corresponde la mitad de la herencia, y la otra deberá distribuirse - suponiendo que ambos sobrevivían - entre los dos abuelos maternos.

"Si a la par de los ascendientes quedan hermanos del difunto e hijos de otros premuertos- es decir, sobrinos de aquél- la herencia se reparte entre todos. Los ascendientes y hermanos heredan in capita, por cabezas o porciones viriles, sin distinguir, por lo tanto, entre línea paterna y materna. Los hijos de los hermanos germanos ya muertos ocupan el lugar que a éstos corresponde - "derecho de representación"- heredando conjuntamente su parte, por el principio de la successio in stirpes.

"3. Figuran en la tercera clase de herederos - los medio-hermanos, con los hijos de los fallecidos, sin distinción entre consanguíneos y uterinos, atendiendo exclusivamente al vínculo de fraternidad cognaticia de padre o madre. Si sólo existen hermanos, la herencia se divide por partes iguales successio in capita.- Los hijos de otros premuertos heredan en el lugar de su padre, según el consabido "derecho de representación", y comparten la porción que a él hubiera correspondido -successio in stirpes.

"4. Componen la cuarta y última clase todos - los demás parientes colaterales, en orden a la proximidad de vínculo y sin limitar los derechos hereditarios al sexto o séptimo grado, como hacía el Pretor. Es válido todo parentesco, por remoto que sea, con tal que pueda probarse y no comparezcan parientes más próximos. No rige en esta clase el llamado "derecho de representación", pues el más próximo no excluye siempre al más remoto, ni la successio -

in stirpes: coexistiendo varios parientes colaterales de grado igual, la herencia se distribuye por partes viriles -in capita.

"Entre las cuatro clases de la Novela 118 está blécese una successio ordinum: si de la clase primeramente llamada no hereda nadie porque no queden parientes de ese orden o repudien la herencia, se pasa a la inmediata. Además, rige en el seno de cada una la successio graduum, recorriéndose por grados toda la escala hasta que uno de los parientes entre a heredar". (43)

Aunque Sohm habla de derecho de representación, recordamos que la denominación y la técnica del ius representationis no se encuentran en los textos de las citadas Novelas, sino que fueron inventados por los interpretes romanos y medievales.

Como los descendientes ulteriores venían a heredar en lugar de su padre premuerto, se convino en decir que accedían a la herencia no por derecho propio sino por "derecho de representación, o sea, re-

---

(43). Idem, págs. 535-537. En las mismas páginas, - hace notar Sohm que las Novelas 118 y 127 - tan solo atañen a la sucesión entre familiares. La herencia del cónyuge viudo sigue rigiéndose por las normas de la bonorum possessio pretoria unde vir et uxor, quedando puesta, por consiguiente a todos los familiares del difunto... La bonorum possessio unde vir et uxor representa en la Novela -- 118, el último vestigio de la herencia pretoria ab intestato, superada ya, intrinsecamente, el dualismo tradicional de hereditas y bonorum possessio por un nuevo sistema sucesorio en que triunfa plenamente el principio cognaticio.

presentando a su padre premuerto. Esta frase -observa Martínez Calcerrada- "tan poco adecuada a la realidad de los hechos, estaba, además en contradicción con el propio pensamiento contenido en la citada Novela (118), que al establecer los distintos órdenes sucesorios hacía el llamamiento directo de todos los descendientes, bien fueran del mismo grado o de distinto cuando unos ocupaban el lugar de sus ascendientes premuertos, con preferencia a los ascendientes del causante y demás parientes del mismo, diciendo textualmente: "In hoc nim ordine graduum--quod nolumus; sed cum filiis et filiabus ex premurtuo filio aut filia nepotes vocere sancimus". (44)

En resumen, el Derecho justinianeo admite la sucesión por estirpes en las tres primeras clases de herederos, o sea, tratándose de la línea recta descendente y en la línea colateral, cuando se trata de hijos (excluidos los otros descendientes) de hermanos germanos premuertos, cuando aquellos heredaban con los hermanos germanos y ascendientes del causante, y también cuando se trata de hijos (excluidos los otros descendientes) de medio-hermanos premuertos cuando aquéllos heredaban con los medio-hermanos del causante.

Martínez Calcerrada hace un estudio detenido de como los intérpretes romanos y medievales han venido perfilando del Derecho justiniano la doctrina sobre el derecho de representación por ellos inventado. En la línea recta descendente, indica este autor que se pueden distinguir distintas hipótesis se

---

(44). MARTINEZ CALCERRADA, op.cit., pág. 4.

gún los supuestos que pueden darse dentro de esta línea y que son:

1) que los descendientes fueran de grado diferente, cuando los nietos, hijos de un hijo premuerto, concurrían con sus tíos a la herencia de su abuelo. 2) que perteneciesen al mismo grado, pero -- procedentes de distintos autores: existencia de sólo nietos nacidos de hijos premuertos y en número o estirpes desiguales. 3) nietos solos, con estirpes formadas por igual número de sucesores, y 4) existencia de nietos oriundos de un sólo hijo premuerto: caso de estirpe única. Veamos sus conclusiones:

"En el primer supuesto el principio representativo era incontrovertible, y se extendía hasta el infinito. En el segundo, hubo controversias a cargo de Fabro y sus autores que sostenía que <sup>en</sup> este caso no debería excluirse el derecho de representación por via del cual se conseguía la igualdad entre -- las estirpes, prevaleciendo dicho criterio. Respecto al tercer supuesto se mantuvo idéntica solución, aunque en el terreno real o práctico, habiendo iguales miembros de cada estirpe, el problema de la representación era intrascendente... (pero) en el terreno científico ello pesaba, pues si sucedían por cabezas venían a la sucesión por derecho propio y -- entonces todos y cada uno de los nietos eran considerados como legitimarios del causante, influyendo su número a la hora de reducir por inoficiosos los actos gratuitos realizados por éste en vida. Por último en el supuesto de estirpe única, la mayoría de -- los jurisconsultos consideró inaplicable el derecho de representación porque, se decía, que éste sólo --

tenía razón de ser cuando había varias estirpes a fin de obtener un reparto igualatorio entre ellas; tesis mantenida por Salizeto; más en puridad de principios, ninguna razón de peso existía para que, en el caso de estirpe única, no se diera la representación sucesoria, según afirma Voet, ya que el derecho de representación... siempre contiene en esencia la idea de que unos vienen en lugar de otros...; si solo hay una estirpe, ello no supone que sus miembros no vengan en el lugar de su causante, aunque en este caso no sea necesario la partición particular (por estirpes), y así venía a expresarse Justiniano en su Novela 118 cuando a los hijos del descendiente que faltaba les otorgaba la sucesión - "in proprii parentis locum", sin tener en cuenta, - por otro lado, el derecho de que la partición se hiciera o no por estirpes, nombre éste, por lo demás, que Justiniano trató de excluir en la ordenación sucesoria, pues él mismo al decir que los representantes recibirían sólo la porción que perteneciese a su representado, añadía: "Quam successionem in stirpes vocevit antiquitas". (45)

En la línea colateral, indica este mismo autor que se planteó el problema de la existencia y concurso de sobrinos solos entre sí: en ese caso, ¿dichos sobrinos sucedían en lugar de su padre premuerto, es decir, por derecho de representación o heredaban por derecho propio. Azo, al término del siglo XII decía que si sólo había sobrinos, éstos sucedían por derecho propio y la división de la he-

---

(45). Idem, págs. 29-30.

rencia se haría "per capita". Por el contrario, -- Acursio afirmaba que también en esa hipótesis había "ius representationis", y habría de partirse la herencia, en consecuencia, por estirpes.

La disputa en cuestión surge de la carencia de un precepto expreso por parte de Justiniano dilucidando semejante caso, por cuanto que en la Novela 118 en su Capítulo III se confería la delación representativa sólo a los hijos de hermanos en concurrencia con sus tíos, diciéndose seguidamente: -- "...Sed et ipsis fratrum filiis tunc hoc beneficium conferimus, quando cum propriis iudicantur tibiis et feminis, sive paterni sive materni sint".

Concibiendo la regla de la proximidad gradual como el principio básico de la sucesión abintestato, Azo entendió que la conjunción SED, adversativa, de este texto suponía una excepción a este principio, y como este texto no hacía referencia al concurso de sobrinos solos entre sí, concluyó que en este caso, éstos sucedían "iure proprio" y la división de la herencia se haría "per capita" puesto que, en su opinión, sólo cabe excepcionar al principio básico de la proximidad gradual cuando la ley así lo enuncia expresamente. Por otra parte, Acursio observó -- que la palabra SED va seguida de la copulativa ET, lo que equivale, en su criterio, a una expresión -- análoga a la de "incluso", o "también" o "juntamente" queriendo significar sencillamente que "incluso cuando no hubiera tíos, a éstos se les confería dicho beneficio representativo, o en otras palabras, según textualmente expresa Galvão Teles que dicha frase debe traducirse así: "conferimos este benefi-

cio (derecho de representación) a los propios hijos de hermanos -"ipsis fratrum filiis"- que sean llamados juntamente (o incluso) con sus tios. (46).

La disputa se inclinó a un lado cuando Pothier -con su enorme influjo en materia representativa- -compartió la tesis de Azo, diciendo que la representación en la línea colateral no se estableció en la Novela 118 sino más que favorecer a los sobrinos -- cuando concurriesen con sus tios hermanos del causante, ya que de lo contrario, éstos los excluirían por el principio de proximidad gradual, por lo que al no existir este peligro de exclusión, los sobrinos sólo heredarían por derecho propio y partirían por cabezas". (47)

En fin, Justiniano logró fundar la sucesión -abintestato en el principio de la cognación, y con ello dar a este derecho que vino a ser llamado "derecho de representación" el mismo fundamento. Pero no llegó a consagrarlo científicamente puesto que, como hace notar Martínez Calcerrada, el legislador justinianeo sólo atendió, como era su deber, a lo más primario y concluyente: efectos prácticos de la representación sucesoria y su admisión en los casos en que su inexistencia supondría una absoluta iniquidad, y ello, fué cumplido por Justiniano. (48)

Por otra parte, el derecho de representación -era desconocido en el derecho germánico. Lacruz dice: este "se mostró refractario al instituto de la

---

(46). Iden, págs. 31-32.

(47). Iden, pág. 31.

(48). Iden, pág. 32-33.

representación, y más a su concepción unitaria. Es probable que, en el Derecho antiguo, los hermanos - del difunto fueran preferidos a los nietos, como re cuerdo de una originaria comunidad entre hermanos. En la época de los Derechos populares se reconoce ya el Derecho general de los descendientes de heredar con preferencia a los colaterales (los ascendientes no heredan), pero sólo los de mejor grado, de modo que, habiendo hijos, nada reciben los nietos huérfa nos. La evolución hacia el derecho sucesorio de los nietos en representación del padre (Eintrittsrecht) es muy lenta y con retrocesos: primero el ingreso - en la herencia se hace por llamamiento especial -- (Vorberufung) del abuelo, que luego se generaliza a la sucesión intestada. Pero este derecho debe dife- renciarse de la sucesión por estirpes, que no tiene lugar cuando concurren solos los nietos, que dividen entre sí la herencia por cabezas, aunque procedan - de distintos hijos del causante. En cuanto al dere- cho de los hijos de hermanos, es impuesto, y sólo - en parte, por el Derecho común. Esta misma tendencia a eliminar del derecho de representación, de los hi jos de hermanos reflejó el Derecho aragonés hasta - la publicación del Apéndice". (49)

Casso observa que prescindiendo del Código aus- triaco, los modernos Códigos germánicos no acogen - el derecho de representación, pues advierte que no debe confundirse con éste la sucesión por estirpes del párrafo 2035 del Código sajón o del párrafo -- 1924 apartado tercero del Código alemán. (50)

---

(49). LACRUZ y ALBALADEJO, op.cit., pág. 192.

(50). CASSO en Diccionario de Derecho Privado, Tomo I, pág. 1494.

En el Derecho francés, se enfrentaron las normas del Derecho romano y del germánico. Señala Colin y Capitant que sólo muy tarde apareció el derecho de representación en el Derecho consuetudinario francés de tal suerte, que algunas costumbres del Norte de Francia lo han ignorado hasta el final. -- (51) Por la importancia que ha tenido el Derecho francés en esta materia, recogemos la siguiente exposición de Casso de la evolución de la representación sucesoria en este Derecho y la influencia que tuvo en los Códigos italianos:

"En Francia, mientras en las regiones del Derecho escrito la representación romana fué acogida, - en los países del Droit coutmier se desconoció durante mucho tiempo... En el lugar de la representación existía el llamado rappel succession, en virtud de la cual una persona ordena que, en caso de premoriencia de alguno de sus herederos premuertos, los hijos de este heredero le representarían en su sucesión. Con este sistema la costumbre no establecía, de pleno derecho, la representación, pero se dejaba a cada uno el derecho y el cuidado de implantarlo en su sucesión.

"La verdadera representación hereditaria se introdujo, sin embargo, en el Droit contunier por influencia del Derecho escrito, y con el fin de no dejar el derecho de los nietos a merced de los abuclos. Se dice que en el 938 o en el 941, Otón I, para dar término a la discusión entre los partidarios y

---

(51). COLIN y CAPITANT, Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo VII, pág. 32.

los adversarios de la representación, hizo convocar un duelo judicial, triunfando el campeón de la representación. Esta fué admitida en la línea recta -- por la Costumbre de Orleans desde 1509, por la Costumbre de Paris desde 1510 (art. 1231); pero ambas no la acogieron en la línea colateral, sino en la -- segunda redacción de 1580 (Costumbres de Paris, art. 320) y de 1583 (Costumbre de Orleans, art. 318); al -- gunas costumbres como la de Senlis, nunca la adn- -- tieron en la línea colateral, mientras que otros -- la permitieron hasta el infinito (Tours, Maine, An- -- jou, etc.).

"Una nueva etapa en la evolución del instituto representaba, según señala Fuenmayor, (ob., cit., -- págs. 356-357), la doctrina de Pothier, que tiene -- gran importancia por significar el entronque y con- -- fusión, tal vez inconsciente, de la successio in -- stirpes puramente romana con el Rappel de las costum- -- bres francesas. Para Pothier, la representación es una ficción de la ley que coloca al representante -- en el lugar y grado del representado; no se repre- -- senta al renunciante ni al indigno superstite, pero si al premuerto. Su innovación principal consiste en distinguir una representación propia, representa- -- tion á l'effet de succeder, que es la normal, y -- otra impropia, representation á l'effet de partager, que se da en el caso de concurrir a la herencia pa- -- rientes del mismo grado, pero de diferentes estir- -- pes; en esta segunda falta, el efecto fundamental -- de la institución, es decir, la derogación del prin- -- cipio de proximidad de grado (remotiores in paren- -- tis defuncti locum subentrare intelliguntur).

"La doctrina de Pothier influye decisivamente en el Código civil francés (Su art. 739 dispone: -- "La representación es una ficción de la ley, cuyo efecto es hacer entrar al representante en el lugar, en el grado y en los derechos del representado"). - (52); admitió la representación hasta el infinito - en la línea recta (art. 740), y en la línea colateral la limitó a los hijos y descendientes de los -- hermanos y hermanas del difunto (art. 742). Con esto volvió a la regla del Derecho común, scceptada en las Costumbres de Paris y Orleáns, frente al sistema de la ley del 17 Nevoso que la había admitido en la línea colateral hasta el infinito, siguiendo las costumbres de Anjou, Tours, Turenne, Maine, Auvergne, etc.

"Entre los Códigos italianos, el napolitano - (art. 660) y el de Parma (art. 831) reprodujeron -- textualmente la definición del Código francés. Se - separó de ella, primeramente, el Código sardo (art. 924), seguido por el Código estense (art. 902). Estos Códigos establecieron simplemente: "La representación tiene como efecto hacer entrar a los representantes en el lugar, en el grado, y en los derechos del representado".

Quedó así suprimida la declaración legislativa de que la representación sea una ficción. Todos los proyectos de Código italiano siguieron la fórmula - del art. 924 del Código sardo, la cual pasó literalmente al art. 729 del Código italiano de 1865. (53)

En cuanto a su desarrollo en el Derecho espa-

---

(53) CASSO, en op.cit., pág. 1493 y siguientes.

ñol, Lacruz nos da un breve resumen. Indica que "los cuerpos legales españoles, aunque los no romanizados, se muestran más bien favorables a la idea de la representación en la línea recta descendente. -- Así el Fuero real, (3,6,7) o el Fuero general de Navarra (2,4,20) etc. Las Partidas (6,13,3) copian el ordenamiento romano: los autores entendieron que la representación en la línea recta descendente se daba sin límites, y, de acuerdo con el derecho común, que no se podía representar al indigno ni al repudiante.

"En la línea colateral, tanto el Derecho común como las Partidas (6, 13, 15) limitaron la representación a los hijos de hermanos, sin que pudiera ir más allá. Ahora bien: así como los nietos heredaban per stirpes, aunque no concurrieran con hijos del causante, en cambio el legislador español se halló ante el problema, que desde los glosadores había venido agitándose en la doctrina del Derecho común, de si había representación cuando concurren solo sobrinos, hijos de diferentes hermanos, todos difuntos...

"El derecho anterior a Alfonso X se había inclinado decididamente por la solución de (Azo que lo negaba)<sup>(54)</sup> (Fuero Juzgo 4, 2, 5, Fuero real, 3, 6, 2), que aceptaron también las Partidas (Heredarán los sobrinos los bienes de su tío, e partirlos an entre sí por cabezas igualmente), pero la ley octava de Toro, al decir que "mandamos que sucedan los sobrinos con los tíos abintestato a sus tíos in stirpes y no en capita" suscitó de nuevo la cuestión, opinando Antonio Gómez en favor de la sucesión per stirpes, siquiera su opinión no halló eco en la doc<sup>(54)</sup>. Pero, según MARTÍNEZ CALCERRADA, en el Fuero --

trina ni la jurisprudencia (cfr. S. 13 de Diciembre 1877)".  
(55)

En fin, observa Martínez Calcerrada (en cuyo trabajo se puede ver una exposición muy exhaustiva del derecho de representación en el antiguo Derecho español) que: "En general, puede verse sencillamente, que el sistema de nuestro Derecho Histórico es fiel reproducción del -- justinianero, del que no sólo toma el principio "viventis non datur repraesentatio" sino que tanto en la extensión parental del instituto como en los efectos asignados ostenta un indeleble sello romano..." (56)

El Código civil español, últimamente, se ha apartado de la susodicha fórmula "viventis non datur repraesentationis" y como es sabido, su artículo 929 dispone que "No podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad". El principio de no representación de personas vivas queda así reducido al caso de la repudiación. También cabe destacar la supresión por este Código de la frase "ficción legal" del Código francés, por lo cual ha sido aplaudido por la -- doctrina española.

El Código civil italiano de 1942, siguiendo la tendencia expansionista del derecho de representación, ha introducido las últimas novedades en este derecho. Según Casso, las innovaciones fundamentales de este Código son: "1º: La aplicación de la representación al caso de renun

---

Juzgo, sólo se daba la representación sucesoria en la línea recata descendente, indicando al mismo tiempo que, según Manresa, el derecho de representación en el Fuero Juzgo no era admitido tampoco en favor de los nietos en la línea descendente. (Vid. su obra citada p.68-69,252).

(55). LACRUZ y ALBALADEJO, op.cit., p. 193-194.

(56). MARTINEZ CAICERRADA, op.cit., p. 253.

cia del representado, en virtud del principio, según el cual los representantes suceden directamente y por derecho propio al de cuius. 2º. La aplicación en la sucesión del padre adoptante respecto de los descendientes del hijo adoptivo. 3º. La admisión de representación en la sucesión testamentaria. 4º. La expresa extensión al caso de estirpe única". (57)

#### Esencia del concepto.-

Visto lo que no es el derecho de representación, o sea, que no es un derecho transmitido por el representado al representante, y explicado como éste vino a ser llamado "derecho de representación", procedemos a examinar en qué consiste este derecho, ¿cuál es su nota esencial?, tal como aparece en nuestros tiempos en los modernos Códigos romanistas, particularmente el español y el filipino. En los Códigos romanistas, este derecho aparece como una pieza del sistema hereditario de la successio ordinum et graduum, en el cual se clasifica a los parientes del causante intestado en varios grupos u órdenes de herederos para sucederle sucesivamente, en caso de no existir parientes del orden anterior (Successio ordinum), pero llamando dentro de cada orden sólo a los parientes más próximos y así sucesivamente (successio graduum).

Dice Maura, en una de sus frases famosas que "la representación consiste precisamente en supfimir, por una presunción jurídica, la cuenta de las generaciones". (58) Como hace notar Ruggiero, "la eficacia práctica de este derecho consiste en que las personas que quedarían ex-

---

(57). CASSO, en op. cit., pág. 1495.

(58). Citado por Sierra Bermejo en su obra, El derecho de representación en la sucesión testada, Revista Anales de la Academia Matritense y de Notariado, tomo 4, año 1948, pág. 460.

cluidas de la sucesión por un pariente más próximo, son admitidas para que no recaiga sobre ellas la culpa (indignidad) o la desgracia (premorienza, ausencia) de su autor". (59). La injusticia, pues, que determinaría la rigurosa aplicación del principio de la proximidad en -- grado se corrige mediante la representación.

No obstante, señala Lacruz que "al dejar en suspenso la regla "proximiores excludent remotiores" no es de esencia en el derecho de representación, que se aplica -- tambien cuando suceden parientes del mismo grado (por -- ejemplo, nietos)". (60). Es que, según observan Planiol y Ripert, "este derecho consagra y garantiza, en la medida en que funciona, el derecho igual de las estirpes y -- sus descendientes en la sucesión del causante común. No basta --siguen diciendo-- con decir que produce como consecuencia la partición por estirpes; es que tal derecho es sí mismo la partición por estirpes". (61)

Casso señala, sin embargo, que el derecho de representación no implica sólo un modo especial de suceder -- (derogación del principio de mayor proximidad de grado) y una forma particular de distribución de la herencia. -- Estos no son sus únicos efectos y, además, pueden faltar. Los otros efectos se manifiestan de modo singular en el supuesto de la estirpe única. (62) (Sobre ellos y ésta,

---

(59). RUGGIERO, Instituciones de Derecho Civil, Vol. 2, pág. 1080.

(60). LACRUZ y ALBALADEJO, op.cit., pág. 190.

(61). PLANIOL Y RIPERT, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo IV, págs. 80-81.

(62). CASSO en op.cit., págs. 1489-90 y 1497.1498.

pueden ver nuestro comentario en el capítulo siguiente).

Lacruz y Albaladejo juzgan que lo esencial en el derecho de representación "es simplemente, que los derechos sucesorios de ciertos herederos se determinan, en cuanto a su existencia, cuantía y posición respecto del causante, por referencia a los de aquellos ascendientes suyos que los excluirían de la herencia de haber podido heredar" (63). Y así es porque, como hace notar Puig Peña, - en el derecho de representación existe un llamamiento (o designación) "in locum parentis", nada más, o sea que, - la idea principal es que los descendientes de grado ulterior y por extensión los sobrinos, cuando concurren con sus tios, vienen a la herencia en lugar de su padre (64), pero por derecho propio.

#### Fundamento.-

¿Cómo es posible decir que los llamados "representantes", a pesar de ser llamados en lugar de su padre, - vienen a la herencia por derecho propio?. ¿En qué se fundamenta este derecho de representación, cuál es su justificación?.

Han observado algunos autores que las mismas razones en que se justifica la sucesión intestada deben explicar este derecho de representación, con lo cual es necesario concretar el problema y estudiar el derecho de representación como pieza integral del sistema sucesorio de la successio ordinum et graduum adoptada por los Códigos romanistas como el español y el filipino.

---

(63). LACRUZ y ALBALADEJO, op.cit., pág. 190.

(64). PUIG PEÑA, Tratado de Derecho Civil Español (1954) Tomo V, Vol. I, pág. 544.

Refiriéndose a la sucesión intestada del Derecho común español, Bonet expresa que ésta se puede describir y denominar como "biológica-psicológica". Está inspirada en el principio de que la sucesión intestada debe atribuirse atendiendo a las presunciones de afecto y convivencia (principio psicológico), según las cuales el cariño desciende, luego asciende, y después se extiende por las ramas, originando los órdenes sucesorios. Se combina con éste el principio de que, en cada orden de herederos intestados, el pariente más próximo excluye al más remoto (principio biológico). (65). Este último principio tiene su justificación en la presunción de que los grados de parentesco son la medida de afecto del causante por sus parientes. Lo normal -dicen- es que al pariente más próximo le quiere más el causante. "Si el causante de la herencia hubiera podido testar -expresa Mucius Q. Scaevola- el mismo orden de la naturaleza, las inclinaciones de su propio corazón le habrían llevado a otorgar esa preferencia a los individuos que con él estuvieran más proximately ligados por vínculos de la sangre" (66).

Cabe preguntar entonces, ¿por qué se admite, en ciertos casos, el derecho de representación, derogando este citado principio de la proximidad en grado?

"El derecho de representación -explica Manresa- aunque quebranta el rigor de los principios, se funda en la misma naturaleza humana, obedeciendo, como toda la materia de la sucesión abintestato, a la presunta voluntad del causante. Los nietos reemplazan en el corazón del abuelo al hijo que perdió; el cariño inmenso que hacia éste sintió y que trascendía a aquéllos, se concentra en -

---

(65). BONET, Derecho Civil Común y Foral, (1940). Tomo II, pág. 578.

(66). MUCIUS S. SCAEVOLA, op.cit., Vol. 16, pág. 235.

los mismos cuando la muerte le arrebatara al hijo, y se resigna con tan irreparable desgracia. En su afección se equiparan los hijos que aun viven con los nietos que quedaron huérfanos, y esto que, aunque en menor escala, tiene también lugar respecto a un hermano con los hijos de sus hermanos, es lo que viene a establecer la ley mediante el derecho de representación". (67)

En igual sentido, indica Mucius Q. Scaevola, que a la circunstancia de que lo que en la esfera legal es una repulsa de la regla común, en el orden natural constituye por el contrario una determinación de la ley de la sangre, de la realidad fisiológica. El amor que desciende de hijo en hijo se hace más vivo y el hombre que no tiene hijos, y que ha perdido al hermano que amaba, dirige naturalmente su ternura y cariño hacia los descendientes de este hermano. Los sobrinos son siempre para él lo que era su hermano; ellos ocupan el puesto que a él ocupaba, ellos le representan, son su recuerdo e imagen. En el derecho de representación se busca simplemente el sistema más conforme a los designios de la naturaleza, al orden de afecciones, a la presunta voluntad del difunto. (68)

Por su parte, Martínez Calcerrada observa que parece natural que, en principio, la presunta afección del abuelo por sus nietos en conjunto sea de igual intensidad que la sentida por el padre de ellos; más con respecto a cada uno de ellos en particular, aun cuando los vea, en persona, como reflejos fieles de su padre, y pese a que en orden a sentimientos no cabe establecer cuotas matemáticas, sin embargo, al punto jurídico-sucesorio no por menos de admitir que la afección del abuelo por cada

---

(67). MANRESA, Comentarios al Código Civil Español, (6ª ed.), Tomo VII, pág. 98.

(68). MUCIUS Q. SCAEVOLA, op.cit., Vol. XVI, pág. 248.

nieto debe ser, en su opinión, la resultante de dividir su afecto total hacia el hijo predifunto por el número de nietos, puesto que ello es exigencia de la propia vinculación sentimental del abuelo con la estirpe derivativa. (69)

Casso critica severamente esta teoría de la voluntad y afecto presunto del causante. Este autor piensa -- que "esta teoría que funda la sucesión legítima y el derecho de representación en la voluntad presunta del de cuius, está actualmente desacreditada, por artificiosa e inútil. El legislador se guía por ideas objetivas, y si lo que preceptúa puede y suele coincidir en algunos aspectos con la voluntad del de cuius, también es perfectamente natural que en otros casos se aparte de esa voluntad. Es decir, la voluntad presunta que se pone como base de la sucesión legítima no es, ciertamente, observada Galvao, la de cada causante de la herencia, considerado individualmente, puesto que la voluntad humana es muy variable y no puede reputarse seguro que el de cuius dejará de hacer testamento por desear que sus bienes tuvieran el destino que les dá la ley. Se trata de un de cuius abstracto encarnación de las ideas objetivas del legislador". (70)

A esta censura, responde Martínez Calcerrada con estas observaciones: "Sin desconocer la objetividad de ese artificio luso, hay que subrayar que la labor legislativa se justifica siempre cuando la norma contiene la regulación del modo habitual en que ordinariamente se manifiesta el proceder de los hombres, aunque en un caso particular ese proceder pueda ser distinto, "pues (citando es

---

(69). MARTINEZ CALCERRADA, op.cit., págs. 141-142.

(70). CASSO, en op.cit., pág. 1490.

tando este autor a Rébora)lla ley debe asociar y de hecho asocia al hecho sociológico de la consanguinidad el psicológico de la afección inserta en la voluntad presunta, más como no es materialmente posible presumir tal -- cual era, se la presume tal cual hubiera debido ser", y en base a estas consideraciones el criterio que se ha imprimido en la norma representativa se adecúa a la perfección con lo que en ese caso concreto hubieran hecho -- la mayoría de las personas." (71)

No obstante, como advierte Castán, el derecho de representación no se funda sólo en la presunta voluntad -- del causante sino también en consideraciones objetivas -- tales las que justifican la legítima, pues la cuota hereditaria que reciben los descendientes ulteriores por derecho de representación incluye la porción legitimaria, de la cual el causante no les puede privar sin causa legal. Y la consideración, según Planiol, en que se funda la legítima es la de que las personas que descienden, -- unas de otras están ligadas por un deber natural, vínculo de sangre y protección mutua, que en vida obliga a la prestación de alimentos y, a la muerte a dejar una gran parte d. sus bienes a los que de ellos sobrevivan. (72) Kohler también destaca el carácter tuitivo del derecho -- de representación e inicia la idea de considerar a la es tirpe como destinataria del llamamiento a la herencia. -- Afirma que el sistema de la proximidad gradual es un error y, a veces, puede ocasionar injusticias, siendo el sistema preferible el de la unidad de estirpe , que debe valer fundamentalmente en las sucesiones como imagen de la idea que rige la familia y los organismos en general;

---

(71). MARTINEZ CALCERRADA, op.cit., págs. 142-143.

(72). Citado en BONET, Compendio de Derecho Civil, Tomo V, 1965, pág. 535.

en la unidad de la estirpe se dá la combinación de lo -- uno con lo múltiple, que admiramos en la naturaleza orgánica: cada individuo forma con su descendencia una unidad que, a su vez, se escinde en una serie de ulteriores unidades, siendo natural que los bienes que salen del cabeza de la estirpe vayan a pasar a las ramas particulares, y que la porción debida a cada rama se escinda, a su vez, en subdivisiones. De este modo, se ampara y se protege a todas las estirpes del causante. (73) Más recientemente, Barrasi ha elaborado sobre la estirpe como destinataria, aunque indirecta, del llamamiento abintestato, desarrollando la idea de esta forma:

"La sucesión representativa -dice- se funda esencialmente en la idea común de que los hijos continúan, -sino la persona del ascendiente premuerto, sí, al menos, su posición económica, esto es, en ellos se verifica la asunción plena de todo su acervo patrimonial con sus inherentes derechos y obligaciones de tal índole. El individuo, cuando es hijo o hermano del "de cuius", viene llamado a la herencia en cuanto es centro de la unidad familiar que se ha ido formando a su través, o, a su alrededor, de la que él es el fundador así como de la serie de generaciones o estirpes derivadas de dicha unidad familiar; es a él a quien corresponde la sucesión y la acepta en interés propio, pero también, indirectamente, en interés de la estirpe de que es jefe, estirpe que en cierto sentido, es la destinataria del patrimonio, y cuando todas las cabezas o jefes de las estirpes suceden, se dice, por ello, que lo hacen "in capita", pero si uno de ellos o todos dejan de acudir a la llamada hereditaria, lo hará en su lugar la destinataria de la herencia yacente, es

---

(73). CASSO en op.cit., Tomo I, pág. 1490.

decir, la estirpe, y cuyo concepto jurídico - particional se traduce al decir que entónces se sucede "in stirpes". En el primer caso, la unidad familiar de la estirpe, reflejada en el carácter unitario de la sucesión representativa conduce a ésto: que dicha estirpe es representada por su cabeza - el hijo o el hermano del causante - mientras que en el segundo, cuando la cabeza falta a la vocación hereditaria por cualquiera de las causas procedentes, su estirpe no desaparece ni pierde su eventual valor sucesorio, sino que entonces entra en bloque, en su totalidad, en lugar del jefe, lo que conduce al carácter colectivo de la vocación indirecta propia de la representación. Y todo ésto se explica históricamente con el condominio familiar, donde se comprende que el padre o el hermano, ven en el hijo o en su otro hermano el continuidor de sus tradiciones y raza, asimismo que la solidaridad familiar es la mejor garantía de aquella buena gestión en favor o beneficio del interés familiar, y se comprende finalmente, que la estirpe no sea una actual unidad jurídica sino que se proyecta tan sólo en el futuro.

(74)

Gatti, por su parte, expresa que el verdadero fundamento de la representación sucesoria - al igual que en el régimen parentelar, el cual, por otro lado, presenta la gran ventaja de que el hecho del prefallcimiento de una persona frente a otra no tenga ninguna influencia sobre el resultado final de la devolución sucesoria - consiste en mantener la igualdad en distribución del patrimonio del causante dentro de la familia, de acuerdo con el desarrollo natural y lógico de los acontecimientos, -

---

(74). Citado por FUEVMAJOR, Estirpe y representación hereditaria, págs. 361-363; CASSO, op.cit., Tomo I, pág. 1490.

evitando que los descendientes de un heredero que no quiera o no pueda suceder se vean perjudicados por su prefallecimiento, o por un hecho voluntario (renuncia), o por actos culpables cometidos por aquél (indignidad y deshoredación) de los que son absolutamente inocentes, y evitando igualmente la injusta división de una herencia como se habría derivado de la aplicación rígida del principio de proximidad gradual. (75)

Por otra parte, Galvao Teles distingue el fundamento técnico y el fundamento sociológico del derecho de representación. "Como procedimiento técnico, explícate por la idea de hacer suceder a los descendientes de hijos o de hermanos como si los ascendientes respectivos estuvieran vivos y fuesen capaces, y, por tanto, hubieran heredado. Si ésto hubiera sucedido, y luego los bienes pasaran, en virtud de nueva transmisión, a los descendientes, éstos recibirían una cuota legal igual, en su totalidad, a la del ascendiente de cuya estirpe forman parte. El derecho de representación es, pues, un procedimiento utilizado por la ley para atribuir a ciertos parientes del decuius, descendientes de otros que no han podido suceder, los mismos derechos hereditarios que les corresponderían si sus ascendientes hubieran heredado y los bienes se -- transmitiesen seguidamente a aquellos. En cuanto al fundamento sociológico, Galvao, de acuerdo con Nicolo y Polaco, considera que radica en tutelar la legítima expectativa de los parientes del primer y tercer grupo sucesorio y de los extraños, evitando que una circunstancia fortuita (como la premorencia) perturbe el mecanismo normal de la sucesión". (76)

---

(75). Citado por MARTINEZ CALCERRADA, en op.cita., pág. 150.

(76). Vid. CASSO, Diccionario de Derecho Privado, Vol. I, págs. 1490-1491.

No faltan, pues, razones para justificar el derecho de representación. Castán ha sintetizado todas éstas en estas palabras tan conocidas:

"El derecho de representación no se funda sólo en razones subjetivas (la presunta voluntad del causante) sino en consideraciones objetivas, de orden familiar, social y humanitario. Desde el punto de vista familiar y social, la representación tiene la finalidad misma de la sucesión por estirpes, o sea la de proteger los vínculos de familia, consagrando y asegurando, en la medida en -- que dicho derecho se reconoce, la participación igualitaria de las diversas columnas o estirpes y de sus descendientes en la sucesión del autor común. Desde el punto de vista humanitario, la representación hereditaria satisface un sentimiento de piedad, muy respetable, reparando en lo posible el perjuicio que la muerte prematura del padre podría originar a los huérfanos, al unir, -- al dolor de haberlos perdido, el de excluirseles de los bienes que habría heredado si hubiera vivido" (77). Por ello, ante la conciencia jurídica actual, el derecho de representación constituye una exigencia de los sentimientos de equidad y justicia y de humanidad tal vez --observa Casso. (78)

La extensión del derecho de representación en la línea colateral a favor de los hijos de hermanos se justifica principalmente en la presunta voluntad del causante y en las consideraciones de humanidad expuestas por Castán.

Pueden ver una discusión más amplia en el siguiente capítulo.

---

(77). CASTAN, op.cit., págs. 29-30.

(78). CASSO en op.cit., pág. 1491.

### Naturaleza jurídica.-

El legislador justiniano, como hemos visto, no se preocupó de sistematizar este derecho que vino a ser llamado "derecho de representación, ni, por supuesto, darle una configuración jurídica propia que serviría como proceso de interpretación para resolver casos de dudosa aplicación. Fueron los intérpretes del Derecho justiniano que se enfrentaron con esta tarea. Concibiéndose como orden normal de la sucesión el criterio de la proximidad de grado, éstos crearon la idea de la representación como una ficción legal. Voet fué el principal mantenedor de esta teoría y luego Pothier. Debido a este último el Código civil francés la aceptó, disponiendo su artículo 739 que "La representación es una ficción de la ley, cuyo efecto es hacer entrar al representante en el lugar, en el grado y en los derechos del representado". Este Código, por su parte, ejerció enorme influencia sobre los otros códigos de ascendencia romanista.

Según esta teoría, la representación sucesoria finge lo que no existe, supone lo que es contrario a la realidad, al llamar al representante a una sucesión bajo la base falsa de ocupar un grado de parentesco que en realidad no le corresponde. "El representante -dice Manresa- sucede no por derecho propio sino por concederle la ley el grado de parentesco que necesita para heredar". (79) Otros autores dicen que la ficción consiste en que se considera que el "representado" ha adquirido los derechos y los hace pasar a sus descendientes. (80). En este sentido, expresa Sánchez Román que: "Si se atiende a que

---

(79). MANRESA, op. cit., (6ª ed.), Tomo VII, págs. 82.

(80). Vid. LACRUZ y ALBALADEJO, op.cit., pág. 190.

ese derecho se funda en la ficción de que el pariente de grado más remoto ocupa el lugar del de grado más próximo o premuerto, y sucede en nombre y por derecho de éste y no por el suyo propio, más que excepción, es confirmación de la regla de la proximidad de grado que este artículo 921 establece". (81). Elaborando sobre esta idea, expresan Bandry-Lacantinerie y Wahl que la ficción consiste - en que la existencia del representado es considerada sostenerse hasta la muerte del causante, o sea, se hace como si viviera hasta la muerte de éste. (82). Todavía otros, principalmente Santoro Pasarelli, dicen que la ley considera al representante como si fuera su propio ascendiente (83). Parece expresarse Mucius Scaevola idea similar cuando dice: "Habrá lugar, por tanto, a hablar de ficción, como hacen los autores (y aún esto sólo en virtud de un criterio amplísimo), en contemplación al rigorismo legal, porque el descendientes que ocupa el lugar del ascendiente premuerto y se supone o finge existente la personalidad de éste, pero en orden a los elementos integrantes - del derecho sucesorio (afinidad fisiológica y afectiva) hay una subordinación a la realidad". (84)

Aunque este concepto de la representación como ficción legal fué reconocido en un principio por la gran mayoría de los juristas, sin duda -comenta Martínez Calcerada- (85) deslumbrados por el genio de Pothier, único hombre que entonces dominaba la institución, no tardó -- tiempo cuando sufrió duras críticas por todas partes hasta que los Códigos italianos y también el español, como

---

(81). SANCHEZ ROMAN, op.cita., Tomo 6, Vol. 3, pág. 1649.

(82). Cfr. MARTINEZ CALCERRADA, op.cit., pág. 123.

(83). Vid. LACRUZ y ALBALADEJO, op. cit., pág. 190.

(84). MUCIUS SCAEVOLA, op.cit., Vol. 16, pág. 251.

(85). Vid. su citada obra, pág. 99.

ya hemos visto, suprimieron la frase "ficción de la ley" en sus respectivas definiciones.

Planiol y Ripert, en su crítica de la citada definición del Código francés, expresan que "es difícil conde- bir en qué consiste la ficción legal. ¿Qué es lo que, en este caso, se presume como contrario a la realidad?. Si fuera la supervivencia del premuerto, los descendientes de éste solamente tendrían los derechos que éste les -- transmitiera; pero la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo y afirman que el representante no goza de sus derechos como heredero del representado, sino que ejerci- ta derechos personales; por tanto, no es exacto afirmar que todo ocurre como si el representante sobreviviera. - En realidad, la ficción consiste únicamente en que el re- presentante se supone que toma el lugar y grado del re- presentado: sirve a disimular la excepción que los artí- culos 733 y siguientes son la regla del grado. Por tanto, la ficción es inútil ya que el legislador no necesita pa- ra derogar una regla jurídica esforzarse en ocultarla. - Semejante ficción, que pudiera ofrecer alguna utilidad - como proceso de interpretación carece de ella como reme- dio de técnica legislativa: Además, resulta un instrumen- to peligroso porque el legislador, partiendo de una idea de ficción que por otra parte no parece bien precisa, ha establecido ciertas reglas muy criticables por cierto y poco armónicas con otras que consagra al mismo tiempo". (86).

Robaina confiesa que es difícil en la actualidad in- vestigar el motivo de la representación -ficción pero -- opina que la presunción más lógica induce a pensar que es un simple error aceptado para no violar la regla de que

---

(86). PLANIOL y RIPERT, op.cit., Tomo IV, págs. 80-81.

la base del orden del llamamiento, en la sucesión intestada, es el afecto, y la medida de éste, los grados de parentesco, o sea, el principio de la proximidad gradual; y como la realidad ha demostrado que a algunos parientes de grado más lejano se les profesa tanto afecto -y a veces más- se ha palpado la necesidad de poner de acuerdo la regla jurídica con la realidad, pero se ha seguido el camino inverso, esto es, se pretende armonizar la realidad con la regla y a este fin se suponen de igual grado a parientes de grado diverso. (87)

Pero, según observa Galvao Teles, esto no supone ninguna ficción. "El representante, si es nieto, sigue siendo nieto y no deviene en hijo, porque su parentesco en nada se modifica, limitándose la ley únicamente a colocar al representante en el grado necesario (no de parentesco) que le correspondería por los principios generales al traerlo al grado sucesorio del representado, lo cual no encierra ninguna ficción, ya que la escala de los sucesores se organiza por la propia ley y no por la naturaleza, porque es la misma ley la que en su autonomía, tras establecer un esquema general, puede introducir las atenuaciones, desvíos o excepciones al mismo, a fin de configurar normativamente un hecho especial que por su significación merece ser incorporado en ese esquema como excepción". (88)

Idea similar expresa Roca Sastre. "No hay nada de ficción en el derecho de representación -dice. Hay, sí, un esfuerzo por parte del legislador, en cuanto al llamar directamente a la estirpe del hijo predifunto, en --

---

(87). MARTINEZ CALCERRADA, op.cit., pág. 141.

(88). Cfr. idem, pág. 124.

conurrencia con los otros hijos sobrevivientes, exceptuando el principio proximiores exclusio remotiores; pero esto no constituye una ficción legal, sino un beneficio legal de vocación, o llamamiento directo sucesorio, en concurrencia con otros de grado más próximo al causante e inspirado por motivos de equidad". (89)

Por todo esto, Toullier pensó que se debe abandonar el subterfugio de la ficción. "En verdad, no hay ni ha ha bido jamás una ficción en la disposición de la ley que ad mite, sea en línea directa, sea en línea colateral, a los hijos y sobrinos a suceder en concurrencia con sus tíos. La ficción es el recurso de la debilidad; es la suposición de un hecho contrario a la verdad, siendo, pues, in digna a la majestad del legislador que no tiene necesidad de fingir, al poder ordenar; las ficciones fueron in ventadas por los pretores romanos que en la impotencia de abrogar la ley, querían, no obstante, derogarla bajo el pretexto de la equidad". (90).

Contra la anterior teoría de la ficción, Kohler opo ne su tesis de que el derecho de representación se funda simplemente en la unidad de la stirpe. La stirpe, según este autor, es una unidad orgánica, un todo solidario, más numérico que jurídico (o sea creación de la rea lidad familiar y no del Derecho) y en tal carácter viene a la herencia. Cada stirpe se divide en una serie de es tirpes más lejanas que de ella derivan, formando todas juntas un conjunto solidario, por lo que los bienes procedentes del cabeza o autor de la stirpe originaria se dividen igualmente entre las diversas stirpes derivadas y las porciones atribuidas a cada una de ellas se separan

---

(89). ROCA SASTRE, Estudios de Derecho Privado, Vol. II, pág. 263.

(90). Vide. MARTINEZ CALCERRADA, op.cit., pág. 99 y 125.

de nuevo entre sus diferentes brazos o ramas; en cada -  
estirpe y rama, consideradas separadamente del resto, la  
sucesión sigue con normalidad su curso sin que la suerte  
de las otras partes de la misma sucesión en los demás --  
conjuntos de estirpes y ramas, influya en nada en su de-  
volución. (91)

En la opinión de Martínez Calcerrada, a esta teoría  
de la stirpe como unidad orgánico-autónoma, "sólo cabe  
objetar su reducido ámbito de aplicación, constreñido ex  
clusivamente a aquellos derechos, procedentes del Germá-  
nico, que computan el parentesco por el sistema de paren  
telas. Su inaplicabilidad a esa mayoría de derechos de -  
tronco romanista, con una configuración familiar distin-  
ta, es el principal obstáculo que impide la proyección -  
de su bondad". (92). En efecto, cabe aplicar esta teoría  
a los Códigos romanistas en cuanto éstos permiten la re-  
presentación ad infinitum en la línea recta descendente,  
pero como no se observa la misma regla en la línea cola-  
teral, no es posible la extensión de esta teoría a estos  
Derechos.

Para Roca Sastre (93), el derecho de representación  
es simplemente "aquel derecho de los nietos o stirpe del  
hijo premuerto al padre causante a ser llamados directa-  
mente por la ley en la sucesión intestada de éste y en -  
conurrencia con los hijos (tíos de aquellos), si bien,  
con distribución in stirpes", teoría que comparten Ro-  
vira Mola (94) y de la Cámara Álvarez (95). Este autor -

---

(91). Ibidem, pags. 126-127.

(92). Vid . su citada obra, pág. 128. Cfr., sin embargo  
a Clemente de Diego, oplocit., Vol. III, pág. -  
288, que dice que en el derecho de representa-  
ción, "se sucede por derecho propio, aunque --  
por estirpes de grupo, en virtud de llamamiento  
directo doble, como a modo de substitución le-

parte de la base que el concepto de la representación es equívoco por cuanto ofrece el inconveniente de dar a creer que el derecho de suceder de la estirpe se funda, arranca, descansa o lo determina el derecho de suceder - del hijo premuerto, lo cual no es cierto, y por lo tanto concluye que lo mejor sería abandonar el concepto de representación sucesoria y ver tan sólo en el referido caso de premoriencia una delación o llamamiento directo de la estirpe.

Nos recuerda que "en el Corpus se habla de in locum succedere, expresión que, rectamente interpretada sólo - significa el hecho de ser llamada la estirpe en lugar -- del hijo premuerto. No cabe decir que entonces los nietos representan a éste, el cual resulta, por lo tanto, - ser el representado. Esto supondría que aquéllos no suceden por derecho propio al causante, sino a través de otro, lo cual no es verdad. Lo exacto es que aquí la ley llama a la herencia intestada del padre causante la estirpe del hijo predifunto; de modo que dicha estirpe no representa a la persona de éste, ni siquiera a su grado sucesorio, ya que hereda directamente y por su propio derecho, si bien con sujeción al módulo distributivo in stirpes".

El mismo autor, sin embargo, reconoce que "la denominación de derecho de representación ha tomado fuerte - arraigo en muchas legislaciones, como en la nuestra, debido seguramente a motivos de comodidad terminológica".

---

gítima (Wangoron, Unger) o de vocación también directa, pero colectiva, hecha por la ley a un grupo orgánico de parientes, y de aquí a la estirpe (KOHLER)".

(93). Vid. su citada obra, pág. 262-263.

(94). ROVIRA MOLA, Ambito del derecho de representación sucesoria en el Código Civil, pág. 507.

(95). DE LA CAMARA ALVAREZ, El derecho de representación en la herencia testada y preterición de

Por otra parte, ver en esta vocación sólo un llamamiento directo no parece explicar varios aspectos de este derecho, como por ejemplo, el régimen de colación y la norma reguladora sobre la computación de las legítimas. Por eso, la mayoría de los juristas ven en este derecho una vocación indirecta aunque es cierto que los nietos "representantes" heredan directamente del abuelo causante, es decir, que no heredan a través de un derecho transmitido por el representado. Así describe la Resolución del 14 de Agosto de 1959 citado por Bonet:

"El derecho de representación reconocido en el artículo 924 y siguientes (arts. 970-977 del filipino) es un supuesto típico de la denominada vocación indirecta, así llamada porque supone la existencia de otra vocación que, aún faltando por premoriencia o debiendo considerarse retroactivamente inexistente, sirve para determinar el contenido máximo de la atribución que de un modo directo la ley reconoce al "descendiente representante" de tal forma que sus notas características consisten en un suceder por derecho propio -sin que quepan contactos con el "ius transmissionis"-, sucesión por estirpes, y obligación de colacionar- tal es la impresión del artículo 1038-, no sólo lo recibido del causante, sino también lo que hubiera recibido el denominado "ascendiente representado". -- (96)

Con más particularidad Nicolo considera a la representación como un fenómeno de conversión análogo, bajo varios aspectos, a la conversión de los negocios jurídicos, o sea, que es una especie de conversión legal. Se trata de la conversión de la vocación antecedente que en vez de producirse en favor del primer llamado, se produ-

---

...herederos forzosos, págs. 17-18.  
(96). BONET, op. cit., (1965), págs. 736-737.

ce en favor de otro sujeto, llamado en segundo lugar, - manteniéndose, por lo demás, inalterables los restantes elementos de dicha vocación sucesoria. La ley, pues, convierte a la vocación antecedente, que no llega a existir o falla, en un elemento de la vocación sucesiva, cuyo contenido viene a añadirse. (97)

En cuanto a esta teoría, Lacruz y Albaladejo hacen la siguiente crítica: "Empero, la conversión tiene sólo carácter objetivo, y no cambia la persona del titular -- del derecho; por otra parte se refiere a un negocio jurídico que, no pudiendo producir los efectos mayores a los cuales la voluntad se dirigía, despliega una eficacia inferior que se estima querida subordinadamente. Y en la sucesión iure repraesentationis lo que cambia es precisamente la persona del titular, siguiendo idéntica la atribución patrimonial; además al no existir la primera vocación, a menos que caigamos en la teoría de la ficción, - tampoco puede convertirse; finalmente refiriéndose la -- conversión a los negocios jurídicos, aquí tendría que hablarse de conversión de una norma en otra, cosa inconcebible". (98)

Betti, en cambio, indica que la naturaleza jurídica de la representación sucesoria consiste en una aplicación del concepto de la subrogación. Expresa que la subrogación, en una acepción amplia, es el ingreso de un sujeto en la posición jurídica ocupada anteriormente por otro, o, que al menos, a éste se destinaba, por lo que siempre que alguien toma el lugar de otro -aprehendida por éste afectiva o virtualmente- hay subrogación. En la representación sucesoria hay un fenómeno de subrogación de la segunda modalidad, es decir, en ella el anterior titular -

---

(97). LACRUZ y ALBALADEJO, op.cit., pág. 191; MARTINEZ - CALCERRADA, op.cit., pág. 129.

(98). Ibidem.

sólo ocupó su posición jurídica virtualmente y no "de facto", pero con ello le bastó para que el nuevo sujeto viniera a un puesto o lugar que no le correspondía por ser "virtualmente" de él, pudiéndose, en consecuencia hablar de que este nuevo sujeto extraño al puesto que accedía, venía a "tomar el lugar de otro", esto es, le subrogaba o se subrogaba. (99)

En la doctrina española, Mucius Scaevola comparte esta teoría, definiendo a la representación de una persona a subrogarse en el derecho de ésta respecto a la sucesión de otro, si aquella viviera o hubiera podido heredar". (100). Puig Peña también habla de subrogación diciendo a este respecto: "No hay una verdadera transmisión de derechos del representado a los representantes, sino una verdadera subrogación de éstos en el lugar y grado de aquel". (101)

Empero se le censura a esta teoría de subrogación precisamente porque la verdadera subrogación implica una verdadera transmisión de derechos. En este sentido, critica Martínez Calcerrada esta teoría: "Aunque Betti caracteriza sustancialmente en forma correcta la representación, sin embargo parece dudosa la legitimidad de esa noción laxa que de la subrogación expone, pues bajo la fórmula "subrogación en sentido amplio", se encierran -- realidades distintas y heterogéneas: son fenómenos diversos, el de ocupar una situación jurídica que a otro pertenecía -caso típico de la subrogación- y el de obtener una situación jurídica que a otro estaba reservada, mas del que nunca fue, que es lo que equivale a esa ocupación

---

(99). Vid., MARTINEZ CALCERRADA, op.cit., págs. 130-131; CASSO en op.cit., pág. 1491.

(100). MUCIUS SCAEVOLA, op.cit., (1904 ed.), Vol. 16, pág. 264.

(101). PUIG PEÑA, op.cit., Tomo V, Vol. 1, pág. 543.

virtual de Betti; mientras que en el primer caso, hay entre los dos sujetos, integrantes de la relación subrogatoria, un nexo derivativo, una, en definitiva, transmisión jurídica, en el segundo nada de eso sucede, y es -- verdaderamente difícil tratar de forzar la cuestión para ubicar su solución en la órbita subrogatoria, pues para que ésta se diera sería preciso que el sujeto primero -- transmitiera su posición jurídica al segundo, o, lo que es igual, que habiendo ya "de facto" esta posición, manifiesta su voluntad y obediencia a ella se opera el fenómeno de querer transmitir a otro... Y nada de esto sucede en la representación: inexistente por completo esa intervención del llamado subrogado". (102)

Todavía otros autores dicen que el derecho de representación es simplemente una "sustitución ex lege". Reconocen a la representación hereditaria la misma naturaleza jurídica que a la sustitución vulgar u ordinaria, pues es como ella una vocación indirecta, un proceso por el cual se hace suceder a alguien en lugar de otra persona, radicando su diferencia con respecto a la sustitución -- vulgar, en que así como en ésta el cambio de herederos -- se hace por voluntad del testador, en la representación sucesoria lo es en virtud de la ley, y de ahí el nombre de "sustitución ex lege" --dice Galvao Teles. (103)

Según Martínez Calcerrada, que comparte esta teoría, ella fue sustentada por primera vez por Wangerow y actualmente mantenida por Leonardo Coviello, Ruggiero, Zancuchi, D'Avanzo, entre otros, en la doctrina italiana; en la portuguesa la siguen Paulo Cunha, Santos Cruz, Galvao Telve. En España, Manresa, Royo Martínez, entre otros, sustentan también esta doctrina.

---

(102). Vid. su citada obra, pág. 131.

(103). Citado por MARTINEZ CALCERRADA en op.cit., pág. 134.

(104). Vid. ibidem.

Lacruz y Albaladejo, rechazando la teoría de la subrogación, admiten que "más próximo está el instituto a la sustitución vulgar hereditaria porque no es verdadera -- sustitución en sentido propio, ya que se refiere a una posición jurídica sucesoria eventual o virtual de la persona intermedia, pero aún así, el régimen positivo de la representación es diferente, como lo demuestra el distinto régimen de la colación (art. 1038, Código civil español)". (105)

Estos autores indican su preferencia por la teoría de los juristas Cariota-Ferrara que hablan de una vocación "parcialmente per relationem". "La ley -dicen- atribuye al llamado una posición originaria y autónoma, pero en consideración al contenido que habría tenido el derecho de la persona intermedia, por lo cual tiene éste que colacionar lo mismo que dicha persona, y, si son varios los representantes, se reparte la cuota sucesoria entre ellos. El contenido de su llamamiento se fija, pues, por referencia al de otro que ha quedado puramente hipotético o que no ha llegado a encontrar respuesta. Y se dice que es por relación sólo parcialmente, porque los llamados por representación han de colacionar además lo que ellos han recibido (art. 1038). En todo caso, el emolumentum se fija con independencia de las vicisitudes que habría sufrido el patrimonio hereditario en poder de la persona intermedia (responsabilidad ante sus propios acreedores, etc.)

"En la autonomía de la vocación se diferencia el ius repraesentationis del ius transmissionis: en éste, la persona intermedia llega a heredar, y no se puede aceptar la herencia del primer causante sino a través de

la aceptación de la del segundo, al cual tendrá que ser capaz de suceder; en cambio, el representante sucede directamente al de cuius, aunque haya renunciado a la herencia de la persona intermedia, o sea incapaz o indigno -- con relación a ella. Además, para que se dé la representación, se requiere la premoriencia al causante (salvo el art. 929) de la persona intermedia, y, al contrario, la transmisión supone la supervivencia de ésta". (106).

Nos parece que la teoría de la sustitución vulgar -- ex lege caracteriza mejor la representación sucesoria y profundiza más puesto que explica por qué este derecho es una "vocación per relationem". No hemos olvidado la crítica que hacen Lacruz y Albaladejo de que el régimen de la colación milita contra esta teoría de la sustitución ex lege. No creemos que la objeción está dirigida con respecto a la norma del primer apartado del artículo -- 1064 (1.038 del español) de que los nietos que heredan en representación de su padre deben colacionar lo que éste debería colacionar. Los sustitutos adquieren los derechos de los sustituidos pero con las correspondientes -- obligaciones. Por eso, estimamos que la crítica va dirigida a la regla del segundo apartado de que los nietos -- deben colacionar lo que ellos mismos han recibido durante la vida del causante. Sin embargo, cabe preguntar si la regla del artículo 1.064 es aplicable también a los -- nietos que heredan en virtud de una sustitución vulgar, cuestión esta que trataremos en el capítulo 4. De momento, subrayamos que los nietos a partir de la muerte (o -- la desheredación formal de su padre) son ellos mismos -- los herederos forzosos presuntos y que esta obligación -- de colacionar se impone sobre "todo heredero forzoso".

---

(106). Ibidem, págs. 191-192.

Royo Martínez hace notar que en la representación sucesoria, "son patentes las nociones de sustitución, de suplencia, de llamamiento sucedáneo ("en defecto de..."). Como en la sustitución vulgar, el sustituto nada recibe del instituido que no llega a heredar, ni por mediación, representativa, o transmisiva, de tal frustrado instituido; el sustituto sucede directamente al de cujus, y precisamente porque aquel a quien sustituye no heredó". (107) La representación sucesoria, pues, en su criterio es una -- sustitución vulgar establecida por la ley.

En fin, como observa agudamente Martínez Calcerrada, ¿por qué no ver en el derecho de representación, que obtiene idénticos resultados, también una sustitución?(108)

---

(107). ROYO MARTINEZ, Derecho Sucesorio "mortis causa", pág. 135.

(108) Cfr. su citada obra, pág. 135.

### CAPITULO III

#### EL DERECHO DE REPRESENTACION EN LA SUCESION INTESTADA, DENTRO DEL CODIGO CIVIL FILIPINO

##### CONCEPTO.-

El Código civil filipino regula el derecho de representación dentro del Capítulo tercero titulado "De la Sucesión Legítima e Intestada" del Título IV, Libro III. - Este capítulo se divide en dos secciones, la primera rubricada "Disposiciones Generales" y la segunda "Del Orden de la Sucesión Intestada". El derecho de representación aparece como una subsección, la segunda, de las "Disposiciones Generales" pero igual que la que sucede en el Código español, aparecen disposiciones que regulan la representación sucesoria en otras partes de este Título.

Este Código define la representación en su artículo 970 de este modo: "La representación es un derecho -- creado por ficción legal, en cuya virtud el representante queda elevado al lugar y grado de la persona representada, y adquiere los derechos que ésta tendría si viviera o hubiera podido heredar".

Abandona, pues, la definición de su antecesor, muy criticada por la doctrina española por dar a entender -- erroncamente que el representante sucedía a la persona -- representada, diciendo el artículo 924 textualmente que: "Llámase derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar", y confundiéndolo de este modo el derecho de representación -- con el de transmisión.

La definición que adopta el Código filipino es de in

dudable origen francés. Empieza afirmando que la representación es un derecho aunque inmediatamente lo califica como uno "creado por ficción legal". Pero lo que indudablemente define a la representación son las últimas -- frases que nos da los efectos de este derecho: "en cuya virtud el representante queda elevado al lugar y grado -- de la persona representada, y adquiere los derechos que ésta tendría si viviera o hubiera podido heredar".

Podemos apreciar en la frase "el representante queda elevado al lugar... de la persona representada", trayendo a colación el artículo 972 (925 del español) que -- aclara los términos "representante" y "persona representada", que la representación es esencialmente un llamamiento (o designación) in locum parentis, como afirma -- Puig Peña. El "representante" es llamado por la Ley en -- lugar de su padre y como en la sucesión abintestato, se observa dentro de cada orden una jerarquía gradual, la -- consecuencia de este llamamiento (o designación) in locum parentis es elevar al representante al grado sucesorio -- de su padre. El representante o representantes ostentan, pues, el grado sucesorio de su padre, poniéndose al nivel de los coherederos abintestatos, pero ellos, no obstante, sólo adquirieron en conjunto los derechos que hubiera tenido su padre. Y es que como señala Sánchez Román, "lo que se llama representación, no es en el fondo más que una -- subrogación o sustitución, cuya fórmula práctica consiste en que, premuerto el ascendiente intermedio lo reemplacen u ocupen su lugar sus descendientes, que se dice en lenguaje jurídico, no muy apropiado, aunque de uso -- tradicional en leyes y tratadistas, que lo hacen por derecho de representación". (1)

---

(1) SANCHEZ ROMAN, Estudios de Derecho Civil, 2ª ed., -- Tomo 6, Vol. 3, pág. 1701.

Que la representación es esencialmente un llamamiento (o designación) in locum parentis aparece con más claridad en la definición del Código civil chileno que dice en su artículo 984:

"La representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder".

Ignoramos por el momento la frase "una ficción legal" que, como hemos visto en el capítulo anterior no añade nada a la definición y observamos que en esta definición la idea principal es que "una persona tiene el lugar... que tendría su padre o madre" y por consiguiente se da los efectos mencionados en ella. Ahora bien, si -- los representantes son llamados en lugar de su padre, es que son sustitutos de éste con la particularidad de que son llamados por ministerio de la Ley. Es así la representación una sustitución vulgar ex lege, como hemos visto en el capítulo anterior.

Por otra parte, cabe recordar que es peligroso hablar aquí de subrogación en sentido amplio puesto que en la verdadera subrogación existe una transmisión jurídica de derechos, al contrario de la que ocurre en la representación. Y precisamente para evitar que el lector confunda el derecho de representación con el de transmisión, el Código filipino ha insertado el siguiente precepto en sus disposiciones:

"Art. 971. El representante es llamado a la sucesión por la ley y no por la persona representada. El representante no sucede a la persona representada sino a quien ésta hubiera sucedido".

La herencia de la persona representada es distinta de la herencia en cuestión y por eso dispone el Código - filipino en su artículo 976 (928 e del español) que:

"Una persona podrá representar a aquél cuya herencia ella ha renunciado".

Ahora bien, ¿cuales son los efectos de esta sustitución vulgar ex lege denominada vulgarmente como la representación?. El primer efecto es quebrar el principio de - la proximidad de grado lo cual es reconocido por el Código filipino en su artículo 962 (921 e del español) que dice en su apartado primero:

"En todas las herencias, el pariente más cercano - en grado excluye a los más remotos, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar".

Comentado este citado apartado, observa Mucius Scaevola por otra parte que: "Realmente, el llamado derecho de representación no contradice el principio general en la primera parte del referido precepto 921... Dicho representante trae su condición de heredero de su pariente más próximo en grado". (2)

Por su parte, Martinez Calcerrada hace el siguiente comentario: "De todos los efectos que se obtienen con el expediente representativo, el efecto más inmediato y tangible es que el representante ocupa el grado sucesorio - del representante y toma los derechos hereditarios de éste. Pues es normal que siguiendo un orden lógico en la delación hereditaria basado en el natural principio de la proximidad en grado, los representantes o herederos de - segundo grado, jamás tendrían derecho sucesorio alguno - en la herencia al ser siempre excluidos o apartados por

---

(2). MUCIUS Q. SCAEVOLA, Código civil, (1904), Vol. 16, - pág. 239.

los parientes de mejor grado. Más cuando se considera -- justificada la aplicación del instituto, los vocados en segundo lugar, en principio sin derecho hereditario alguno preferente, devienen en herederos de primer grado y ejercitan unas facultades sucesorias por las que se les atribuyen unos bienes que no les corresponderían por su lejanía en el grado parental. Y esto es debido a que el representante toma el grado sucesorio del representado -- como sustituto de éste que es, y, en su virtud, se consigue una igualdad gradual con otros coherederos a los únicos efectos sucesorios, por lo que cabe decir, que por medio del derecho de representación, se hacen herederos a personas que originariamente no lo son". (3)

Algunos autores ven en este fenómeno una ficción en cuanto los representantes no heredan dentro de su grado sino bajo la base de ocupar un grado de parentesco que en realidad no les corresponden. En la doctrina española, -- Mucius Q. Scaevola (4) y Sánchez Román (5) comparten esta opinión. En cambio, Clemente de Diego (6) y Valverde (7) han acogido bien la supresión de la frase "ficción de la ley" en el Código español. Por otra parte, Manresa ha expresado cautelosamente que le parece bien que el Código español haya abandonado dicha frase puesto que la representación ordenada y consentida por la ley es un derecho, aunque se funde en una ficción". (8)

- 
- (3). MARTINEZ CALCERRADA, La Representación en el Derecho Sucesorio, págs. 192-193.
- (4). MUCIUS Q. SCAEVOLA, op.cit., Vol. 16, pág. 251.
- (5). SANCHEZ ROMAN, op.cit., pág. 1649.
- (6). CLEMENTE DE DIEGO, Instituciones de Derecho Civil - Español (1932), Vol. 3, pág. 288.
- (7) VALVERDE, Tratado de Derecho Civil Español, (4ª ed., 1939), Tomo V, pág. 403.
- (8). Cfr. MARTINEZ CALCERRADA, op.cit., pág. 124.

Parece ser que la Comisión Codificadora del Código filipino se ha dejado influenciar por Manresa al redactar la definición de la representación: "La representación es un derecho creado por ficción legal en cuya virtud el representante queda elevado al lugar y grado de la persona representada..."

No hay duda de que la representación es un derecho que se fundamenta, como ya hemos visto, no sólo en la presunta voluntad del causante sino también en consideraciones objetivas de orden familiar, social y humanitario como las que justifican la legítima. La representación --dice Valverde-- se funda en la misma naturaleza humana --(9) por la cual observa Clemente de Diego que aquí nunca ha habido ficción por ser la representación "la imagen real de la verdad y congruente con ella el llamamiento". (10). En esta institución, comenta Castán, ni hay asomo de ficción alguna o privilegio sino un simple caso de vocación legal sucesoria, de reconocimiento de un derecho, basado en sólidas razones de justicia. (11)

El hecho de que el representante toma el grado sucesorio de su padre o ascendientes intermedios, como ya nos ha indicado Galvao Teles, no encierra ninguna ficción --puesto que la escala de los sucesores se organiza por la propia ley y no por la naturaleza, porque es la misma ley la que en su autonomía tras establecer un esquema general, puede introducir las atenuaciones, desvíos o excepciones al mismo (12). Así lo estimaron los Códigos italia

---

(9). VALVERDE, op.cit., Tomo V, pág. 403.

(10). CLEMENTE DE DIEGO, op.cit., Vol. 3, pág. 288.

(11). CASTAN, El Derecho de Representación y Mecanismos jurídicos afines en la Sucesión Testamentaria, pág. 41.

(12). Cfr. MARTINEZ CALCERRADA, op.cit., pág. 124.

nos que, como hemos visto, suprimieron la frase "ficción de la ley" para establecer simplemente que "La representación tiene como efecto hacer entrar a los representantes en el lugar, en el grado y en los derechos del representado".

La objeción y censura que se hacen contra la teoría de la ficción, como hemos visto en el capítulo anterior, es que la ficción es inútil para justificar una excepción a la regla de la proximidad de grado y no solo carece de utilidad como proceso de interpretación, sino resulta además un instrumento peligroso.

Por cierto que en aquellos Códigos donde se concibe a la representación como una ficción de la ley, como el francés, se puede observar que esta idea ha impedido que la representación tenga la extensión amplia que, por su fundamento, debe tener. Por otra parte, el Código civil italiano de 1942, cuyos antecesores habían ya descartado la idea de la ficción, ha podido conceder a la representación sucesoria toda la extensión amplia que merece tener esta institución.

Además, la idea de la ficción ha dado lugar a la -- creencia que los textos legales en que se conceden la representación sucesoria se deben interpretar restrictivamente. En este respecto, comenta Castán: "Hay, en efecto, que abandonar el principio de que siendo el derecho de representación una ficción jurídica o un beneficio o privilegio, ha de ser objeto de interpretación restrictiva, -- pues ni hay asomo de ficción alguna o privilegio en esta institución ni tampoco pueden considerarse como excepcionales las disposiciones que la regulan (ya que en las sucesiones familiares y sobre todo en la línea directa, -- hay que considerar como normal, dentro de nuestro Dere-

cho, la sucesión por estirpes), ni sería en último caso, exacto que las normas excepcionales hayan de ser interpretadas por necesidad restrictivamente. En las normas de Derecho excepcional, como en las de Derecho común, cabe y procede, según los casos, la interpretación restrictiva o la extensiva o simplemente la interpretación estricta". (13)

Por estas razones, pues, es lamentable que el Código civil filipino haya incorporado en su definición de la representación la frase "creado por ficción legal" -- cuando hubiera podido muy bien suprimirla,

El segundo efecto de la representación es que la herencia se divide por estirpes en lugar de por cabezas. -- La regla general del Código en la distribución del caudal relicto se encuentra en el segundo apartado del artículo 962 (921 e del español) que dice: "Los parientes que se hallaren en el mismo grado heredarán por partes iguales..." Los representantes por medio del derecho de representación alcanzan el mismo grado de parentesco de -- los coherederos pero no obstante no dividen con éstos la herencia por partes iguales. Son llamados para ocupar el lugar que hubiera ocupado su padre como sustitútos de éste y por lo tanto sólo "adquieren los derechos que (su -- padre) tendría si viviera o hubiera podido heredar". Esta frase del citado artículo 970 recibe aclaración en el subsiguiente artículo 974 (926 e del español) que dispone así: "Siempre que se herede por representación, la división de la herencia se hará por estirpes de modo que el representante o representantes. no hereden más de lo que heredaría su representado, si viviera o pudiera heredar".

Por otra parte, se observa que en este Código sólo se reparte la herencia por estirpes cuando los llamados -- heredan por derecho de representación. Es este derecho --

el que "consagra y garantiza, en la medida en que funciona, el derecho igual de las estirpes y sus descendientes en la sucesión del causante común". (14) Y es que cuando los llamados no heredan en lugar de su padre, es decir, por derecho de representación, y todos ellos heredan por "derecho propio" no hay razón para repartir la herencia por estirpes en vez de por cabezas.

Las dos más destacadas características del derecho de representación son, pues, que éste implica un modo de suceder y una forma particular de distribución de la herencia. Señala Casso que "puede sucederse abintestato a una persona de tres distintas maneras: 1ª Por derecho propio cuando hereda el pariente del difunto más próximo en grado, por ej., el caso del hijo que sucede al padre. 2ª Por representación, cuando por concurrir a la sucesión de una persona, junto con herederos más próximos en grado, se ocupa el lugar de un ascendiente premuerto, desheredado o incapaz, por ej., el caso del nieto que sucede a su abuelo, concurriendo con su tío, en representación de su padre. 3ª Por transmisión de la delación cuando una persona encuentra en la sucesión de su causante otra herencia que a éste se había deferido antes de morir por una tercera persona, herencia que quedó sin aceptar ni repudiar". (Cfr. art. 1006 del Código Civil español y 1053 del filipino) (15)

Observa CASSO que son también tres los modos de distribuir la herencia:

1º. Por cabezas, cuando se distribuye la herencia en tantas partes como personas están llamadas a su sucesión. -

---

(14). Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo IV, p. 80, 81.

(15). Casso en Diccionario de Derecho Privado, Tomo I, p. 1489.

Por regla general, las partes son iguales, pero pueden no serlo, como en el caso de los medio hermanos que concurren con hermanos. La división in capita es la forma normal y se practica en la sucesión de los hijos legítimos o naturales, aún cuando concurren con descendientes de otros - hijos que hubieren fallecido; en la del padre y madre legítimos y naturales, en la de los hermanos o medio hermanos, aunque concurren con sobrinos; en la de los hijos - de hermanos, cuando concurren solos, y en la de los de - más colaterales. Además, aún en los casos de sucesión - por líneas o por estirpes, se aplica la división por cabezas para distribuir los bienes dentro de cada estirpe o de cada línea.

2º. Por estirpes, cuando se distribuye la herencia por - grupos de parientes, cada uno de los cuales toma conjuntamente la cuota que hubiera correspondido a su causante si hubiese vivido y podido heredar. Así se distribuye la herencia cuando se sucede por derecho de representación.

3º. Por líneas, cuando se distribuye la herencia en dos partes, una para los parientes de la línea paterna y otra para los de la línea materna. Se aplica esta forma de - distribución sólo a la sucesión de los ascendientes de - segundo grado o posteriores grados, en el caso de que - hubiere varios de igual grado pertenecientes a líneas diversas. (Cfr. art. 937 del español y 987 del filipino).

(16).

La diferencia entre dividir la herencia por cabezas o - por ramas también tiene importancia cuando se da el derecho de acrecer. Si la división se ha hecho por cabezas -

---

(16.) Idem.

la porción vacante acrecerá o incrementará la cuota de to dos los demás pues observa Puig Brutan que se ha conside rado que todos pertenecen al mismo grupo. En cambio, si la división se hizo por ramas o estirpes, cada una de éstas forma un grupo y la incrementación de cuotas queda circunscrita al mismo. (17)

Los otros efectos del derecho de representación apa recen en la determinación de los derechos y obligaciones legitimarias que corresponden a los nietos y otros des - cendientes de ulterior grado del causante en cuanto, por este derecho, se convierten en herederos forzosos. Como hemos venido diciendo ellos son llamados in locum patris sui como sustitutos de éste y por lo tanto, solo "adquie - ron los derechos (y obligaciones) que ésta (la persona - representada) tendría si viviera o hubiera podido heredar" Es muy importante, pues, en este respecto determinar si los nietos u otros descendientes de ulterior grado vienen a la herencia por derecho de representación o por dere - cho propio, empleando la terminología del Código español (artículo 932 y 934) que se emplea también los artículos 980 y 981 del Código filipino. Por cierto que la frase - "por derecho propio" empleada en el sentido de heredar - como el pariente más próximo en grado en contrasentido a la de "por derecho de representación" no es la más apro - piada porque los representantes, aunque son llamados pa - ra heredar en lugar de su padre, heredan también por de - recho propio y no en virtud de un derecho transmitido - por éste.

El primero de los derechos legitimarios de estos re presentantes es el de recibir una cuota mínima de la herenta

---

(17). Puig Brutan, Fundamentos de Derecho Civil, Tomo V, Vol. 3, p. 392, 393.

cia que es la legitima. Para proteger este derecho, les concede la Ley el actio ad suplandam legitimam toda vez que el artículo 906 del Código filipino (851 del español) dispone que: "El heredero forzoso a quien el testador - haya dejado por cualquier título menor que la legitima - que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma". Y como remedio auxiliar, en caso de que el causante haya hecho testamento, dispone el siguiente artículo 907 (817 del español) que: "Las disposiciones testamentarias que mengüen o disminuyan la legitima de los herederos - forzosos se reducirán, a petición de éstos, en la que - fueran inoficiosas o excesivas". Por otra parte, se deduce del citado artículo 906 que las donaciones inter vivos recibidas por el heredero forzoso se consideran como anticipación de su legitima. Ahora bien, cuando los nietos - que heredan por derecho de representación acuden a los - artículos 906 y 907 (815 y 817 del español), ellos tendrían que imputar también en pago de su legitima las donaciones que haya recibido su padre del abuelo causante al ser ellos sustitutos de aquél. Se consigue, pues, por medio del derecho de representación, según observa Fuenmayor (18) una mayor estabilidad de los derechos de terceros donatarios y un mayor respeto a la voluntad del testador, ya que si los nietos heredan por derecho propio - no tendrán que hacer tal imputación.

El segundo es el derecho de exigir de los coherederos forzosos que cumplan con su obligación de colacionar conforme con el artículo 1061 (1035 del español), si el donante no les ha dispensado de ella. (art. 1062 que procede del 1036). Este derecho por otra parte implica el -

---

(18). Fuenmayor. Estirpe única y representación hereditaria. Revista de Estudios Jurídicos, 1942, p. 382 y siguientes; Cfr. Casso ap. cit. p. 1498.

correspondiente deber que expresa el primer apartado del artículo 1064 (1038 del español). "Cuando los nietos su cedan del abuelo en representación del padre o madre, con curriendo con sus tíos o primos, colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre o madre, si viviera, aunque no lo hayan heredado". Los hermanos de éste, dice Lacruz, "han adquirido el derecho a ver integrados imaginariamente en la masa los bienes que el padre (abuelo de los representantes) le había donado en la inteligencia de ser un adelanto sobre la futura sucesión, y el hecho de que no suceda éste por prenoriencia, ausencia o indignidad, no debe perjudicar a los otros coherederos". (19). Y como sus sobrinos heredan en sustitución de este hermano, -- aquéllos adquieren al mismo tiempo esta obligación.

Cabe señalar que el segundo apartado del artículo - 1064 (1038 del español)añado, en cuanto a la obligación de colacionar que deviene a los nietos que heredan por - derecho de representación, lo siguiente: "También colacionarán los que hubiesen recibido del causante de la - herencia durante la vida de éste, a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad, si no perjudicare la legítima de los coherederos".

Según estima Espin con respecto a este último precepto citado, "esta obligación de colacionar es anómala, pues el representante ocupa en la sucesión el puesto de otra persona, como lo demuestra el que tenga que colacionar lo que ésta colacionaría. Es además contrario el criterio seguido en este precepto, al que inspiran los arts. 1039 y 1040 ap. 1 (arts. 1065 y 1069 del Código filipino)...

---

(19). Lacruz y Albaladejo, Derecho de Sucesiones, Tomo V Vol. 1, p. 199.

Creemos que se trata de una confusión producida por la me  
cànica del derecho de representaciòn; confusiòn del legis  
lador que agrava la situaciòn de los nietos huèrfanos, -  
que pierden las donaciones recibidas de su abuelo directa  
mente, al contrario de lo que sucede en las ramas en que  
viven los hijos, pues èstos no tienen que colacionar lo  
que sus propios hijos hayan recibido directamente del -  
abuelo, segùn expresamente dispone el art. 1039 ... por  
lo que aquella obligaciòn de colacionar, no solo es con-  
tradictoria con este ùltimo precepto, sino, ademàs, injus-  
ta". (20).

Nos indica Puig Brutan que en la opiniòn de Vallet,  
la obligaciòn del nieto que hereda por derecho de repre-  
sentaciòn de colacionar lo recibido del abuelo en la heren-  
cia de èste deberla estimarse referido a lo donado por el  
abuelo al nieto despuès de fallecido el padre o madre in-  
termedios o de haber sido èstos desheredados formalmente.  
Si la colaciòn se funda en la presunta voluntad del causan  
te, se arguye que no cabe estimar que tal voluntad exis-  
tiese cuando el legitimario todavia no era el nieto sino  
el hijo. No puede pretenderse, segùn esta opiniòn, que en  
tonces quisiera la colaciòn si no la ordenò expresamente.  
(21)

La posiciòn de Vallet de Goytisolo parece mäs lògica  
que la de Espìn. Los padres no tienen la obligaciòn de co-  
lacionar la donada a sus hijos puesto que cada uno de -  
ellos ostenta distinta personalidad. Por otra parte, el  
hijo que hereda por derecho de representaciòn a la heren-

---

(20). Espìn, Manual de Derecho Civil Español (1964), Vol.  
V, p. 140, Note 79:

(21). Cfr. Puig Brutan, Ap. cit. Tomo V, Vol. 3, p. 648,  
649.

cia del abuelo se convierte en heredero forzoso; el mismo es el heredero. Por eso, dispone expresamente el artículo 973 del Código filipino que: "Para que pueda tener lugar la representación, es necesario que el representante mismo sea capaz de suceder al difunto". Y deviene, pues, sobre él la obligación de colacionar que impone el artículo 1061 (1035 e del español) sobre "todo heredero forzoso)

Pero pese a la redacción del artículo 1038-2º (1064 2º del filipino) estima Lacruz como Vallet de Goytisolo que "parece, de acuerdo con el derecho histórico, que los nietos no deben colacionar lo que el abuelo les hubiera donado antes del fallecimiento o de la formal dsheredación de su padre. Sería ilógico que la condición de colacionables de las donaciones a los nietos dependiera de la circunstancia de vivir o no (o ser desheredado) el padre al abrirse la sucesión del donante". (22)

El tercero de los derechos legitimarios de los representantes se puede presentar en el caso que el causante ha hecho testamento, según el artículo 854 (814 e del español) los herederos forzosos en línea recta que han sido preteridos pueden pedir la nulidad de la institución de herederos. El segundo apartado de este artículo añade: "Si los herederos forzosos omitidos fallecieran antes que el testador, la institución sustiría efecto, sin perjuicio del derecho de representación".

Pero el examen del significado de este artículo pertenece más al siguiente capítulo donde trataremos de la representación en la sucesión testamentaria.

---

(22). Lacruz y Albaladejo, Ap. cit. p. 575

Por último, habla Martínez Calcerrada de efectos - accesorios del derecho de representación, es decir, de - "aquellos que el derecho de representación produce de re<sup>u</sup>chazo, o en cierto modo "a sensu contrario". O sea, los que de no darse la representación sucesoria tendrían lugar merced a la eficacia de otras instituciones. Y esto no es más que la exclusión del derecho de acrecer (por - propia incompatibilidad con el instituto) y de cualquier otra delación legítima -distinta técnicamente hablando". (23). En efecto, dice el artículo 968 (922 del español) que: "Si hubiere varios parientes del mismo grado y algu<sup>u</sup>no o algunos no quisieren o no pudieren suceder, su parte acrecerá a los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar."

"Asimismo -explica Martínez Calcerrada- si el repre<sup>u</sup>sentado es único heredero del "de cuins" y su falta no pue<sup>u</sup>de, pues, acrecer a otros, la representación sucesoria - motiva la exclusión de la delación legítima basada en la proximidad gradual, que aunque concluya en iguales resul<sup>u</sup>tados prácticos que aquélla, técnicamente difieren con - evidencia. (24) Se refiere, por supuesto, a que las re<sup>u</sup>glas sobre la imputación de donaciones y la colación se<sup>u</sup>rán distintas en una y en la otra.

---

(23) Por otra parte, cabe hablar de derecho de acrecer a favor de los representantes cuando, por ejemplo, - uno de los co-representantes (o coherederos) repudia la herencia.

(24) Martínez Calcerrada, Ap. cit. p. 198,199.

## CAUSAS ADMITIDAS -

1. Prenoriencia.— Es la causa clásica, y como hemos visto, era por mucho tiempo la única reconocida por los códigos romanistas, norma que expresa la frase "Viventis non datur representationis". El Código filipino lo reconoce en su artículo 970 ya citado, que da la definición, al decir que el representante "adquiere los derechos que ésta (representado) tendría si viviera. Además, es a este supuesto a que alude en los subsiguientes artículos que regulan un aspecto u otro de este derecho, como por ejemplo, el artículo 981 (934 e del español) que dispone: "Si que daren hijos del difunto y descendientes de otros hijos - que hubiesen fallecido los primeros heredarán por derecho propio y los segundos por derecho de representación".

Con respecto a esta causa, pues, no creemos que hay dificultad alguna, excepto quizás en cuanto comprende el supuesto de la usencia.

2. Ausencia.— ¿Podrán heredar abintestato por derecho de representación los nietos o sobrinos en lugar de su padre ausente? Dice Manresa que "la ausencia no es motivo bastante para admitir el derecho de representación; pero la declaración de su fallecimiento antes de la muerte de su padre o hermano, motiva que los hijos de esa persona ocupen su lugar y sean llamados a la herencia en su representación. Aún en la sola ausencia, todo depende de que pueda probarse la existencia del ausente en el momento de la adquisición de la herencia (art. 190). (25) Si esa existencia se prueba, el ausente mismo es el heredero, y las personas nombradas para representarle recibirán en su nombre los bienes o derechos que le correspondan. Si esa -

---

(25). Corresponde a este artículo el 393 del Código filipino.

existencia no se prueba, antes de acrecer a los coherederos la parte hereditaria del ausente, con arreglo al art. 191, seràn llamados sus hijos o descendentes por derecho de representaciòn, y de un modo eventual, o hasta tanto que el ausente vuelva o se reconozca que viva". (26)

Igual opiniòn sostiene Valverde que cita este último comentario de Manresa en apoyo de su opiniòn. En fin, dice que "si la existencia del ausente se prueba en el momento de la apertura de la sucesiòn, èl es el heredero; pero si la existencia no se prueba, seràn llamados los . hijos o descendientes por derecho de representaciòn y de un modo eventual, o hasta tanto que el ausente vuelva, o se reconozca que viva". (27)

Por su parte, Puig Peña expresa que el caso de ausencia declarada debe quedar asimilada al de premoriencia, con la particularidad de que el adquirente por representaciòn debe inventariar lo adquirido y reservarlo hasta la declaraciòn o demostraciòn del fallecimiento, como se percibe de la nueva redacciòn del artículo 191 del Còdigo - español. (28)

La soluciòn bajo el Còdigo filipino no puede ser otra, aunque no se puede utilizar como argumento el artículo 394. que reproduce con ciertas modificaciones el artículo 191 del Còdigo español.

El artículo 1025 del Còdigo filipino dispone que "Para poder heredar, el heredero o legatario debe estar vivo en el momento de abrirse la sucesiòn ..." Conforme con - esta regla, dispone el artículo 393 (190 del español) que:

---

(26). Manresa, Comentarios al Còdigo Civil Español, Sexta Ed. (1943), Tomo VII, p. 99.

(27). Valverde, Ap. cit. Tomo V, p. 410.

(28). Puig Peña, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo V, Vol. 1, p. 545.

"El que reclama un derecho perteneciente a una persona cuya existencia no estuviere reconocida, deberá probar que existía en el tiempo que era necesaria su existencia para adquirirlo".

Si se prueba, pues, la existencia del ausente en el momento del fallecimiento del causante, éste es el heredero y no entra en función el derecho de representación. Entonces, según el artículo 394 (191 del español), reciben los bienes bajo inventario en nombre y por derecho de éste, sus "herederos, cesionarios, o un representante". En caso de que el ausente no tenga "herederos, concesionarios o un representante", la parte de éste acrecerá a sus coherederos que recibirán los bienes también bajo inventario. Esto es lo que dispone el artículo 394 que dice así: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, abierta una sucesión a la que estuviese llamado un ausente, acrecerá la parte de éste a sus coherederos, a menos que tenga herederos, cesionarios o un representante. Todos ellos deberán hacer según el caso, un inventario de los bienes".

Por otra parte, si no se prueba la existencia del ausente, no creemos que de este artículo citado se pueda argüir que tenga preferencia el derecho de acrecer al de representación en este supuesto. (La palabra "representante" en este artículo significa administrador, como se puede deducir de los artículos anteriores, particularmente los 381, 382 y 383.

Estimamos que si el ausente no es heredero por no saber si éste vive o no, entonces sus hijos heredarán por derecho de representación de un modo eventual o hasta tanto que el ausente vuelva o se reconozca que viva. La extensión amplia que se concede al derecho de representación en el artículo 970 conduce a esta conclusión como

tambièn el artículo 977 (929 e del español) que exceptúa de su ámbito únicamente el caso de la renuncia: "No podrán ser representados los herederos que repudien su parte de la herencia".

A sensu contrario, en cualquier otro supuesto en que falta a una herencia un hijo (o un hermano), le puedan representar sus hijos y descendientes. Después, si reaparece el ausente, es que no ha faltado a la herencia y éste recobra sus derechos. Por eso, el artículo 394 (196 ) decreta que se haga un inventario de los bienes. En otro caso, queda asimilado el caso de la usencia al de la premonición con la declaración de su fallecimiento.

3. Indignidad.— Como se sabe, el Código español ha modificado la regla "viventis non datur repraesentationis", permitiendo la representación en los casos de la incapacidad (indignidad) y desheredación. Respecto esta modificación comenta Sánchez Román: "Apartándose de aquel supuesto general de premonición, como base normal del derecho de representación, el artículo 929 (Código español) prescribe que, "n o podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad" que constituyen las dos excepciones de aquel principio. Ambas están perfectamente justificadas por su carácter personalismo, que no permite imputarlas en justicia a los hijos de aquellos en quienes concurren, sean descendientes, o hermanos del intestado de cuya sucesión se trata, y mucho más, si se atiende a la verdadera naturaleza jurídica antes expresada del impropiamente llamado derecho de representación; siendo este artículo 929 una concordancia perfecta de los artículos 761 y 857, relativos a los efectos de la incapacidad y de la desheredación; si bien la primera de estas causas es aplicable a hijos de hermanos, para la sucesión de su tío en la concurrencia con otros hermanos del difunto, por derecho de represen-

tación, y a los hijos o descendientes de descendientes - para la sucesión del ascendiente común, por aquel derecho, y la segunda de ellas no puede tener aplicación más que a estos últimos, pero no a los primeros, porque los hermanos no acreditan legítima y mal pueden ser desheredados". (29)

Manresa precisa que la "incapacidad" a que alude el artículo 929 del Código español viene a quedar reducida a los casos de indignidad (30). También Félix Hernández Gil expresa que hay que entender indignidad por la remisión implícita del artículo 929 al 761. (31). Lacruz dice: "Se entiende que no se trata de incapacidad relativa, sólo propia de la sucesión testamentaria, ni de la absoluta, que supone falta de existencia: el término "incapacidad" no puede referirse sino a la indignidad". (32)

Como se sabe, existe una diferencia de opinión sobre la naturaleza de la indignidad. Mucius Q. Scaevola dice que la pretendida distinción entre la incapacidad relativa y la indignidad es un simple juego de palabras. Con el solo fin de demostrar que tratándose del derecho de representación, sólo se puede referir a la indignidad, recogemos el siguiente comentario de Bonet:

"Mientras se tiene por incapaz al que en manera alguna puede ser heredero en absoluto o con relación a una herencia determinada, es indigno el que teniendo capacidad para serlo no puede, sin embargo, percibir la herencia, por actos propios y personales, que no lo hacen merecedor de suceder al causante.

---

(29). SANCHEZ ROMAN, op.cit., Tomo 6, Vol. 3, 1708-1709.

(30). MANRESA, op.cit., Tomo VII, pág. 98.

(31). HERNANDEZ GIL, Félix, Indignidad Sucesoria, p. 475.

(32). LACRUZ y ALBALADEJO, op.cit., p. 194.

"Como dicen Planiol y Ripert la incapacidad se funda en razones generales, independientes del mérito o demérito de la persona, mientras la indignidad se pronuncia por la ley, a título de pena, por razón de faltas -- graves cometidas contra el causante de la herencia o su memoria. No pueden incurrir en indignidad más que los sucesores capaces y por motivos personales de cada uno de ellos". (33)

El Código civil filipino acepta la fórmula de su antecesor y admite también el derecho de representación en los casos de desheredación e indignidad. Esto se puede deducir de los términos del citado artículo 970 que define, como se sabe, a la representación sucesoria así: "La representación es un derecho creado por la ficción de la ley, en virtud del cual el representante queda elevado al lugar y grado de la persona representada y adquiere los derechos que ésta tendría si viviera o hubiera podido heredar." La última frase alude a los supuestos de desheredación e indignidad.

El artículo 977 (929 e del español) aclara la extensión de la representación en cuanto a las causas que la admiten, diciendo: "No podrán ser representados los herederos que repudien su parte de la herencia". Este artículo no hace más que declarar expresamente lo que afirma implícitamente el 970, al omitir éste, por modo de definición, referencia alguna al caso del que no quiere heredar. Tal como está redactado el citado artículo 977, transmite la idea de que la representación se admite normalmente, como pieza integral, en las sucesiones por ministerio de la ley, tanto que era necesario este precepto del 977 para aclarar que se excluye el caso de la repudiación.

---

(33) Bonet, Derecho Civil, Común y Floral, Tomo II, 1940, p.435.

Este artículo 977 en relación con el 972 también nos da el verdadero alcance del precepto del artículo 968 (922 del español) que proclama como superior en las sucesiones legítimas el derecho de representación al de acrecer en estos términos:

"Si hubiere varios parientes del mismo grado y alguno o algunos no quisieren o no pudieren suceder, su parte acrecerá a los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar".

La frase "cuando deba tener lugar" se refiere a que se trata de parientes mencionados en el artículo 972 (925 del español), o sea, de los que pertenecen a la línea recta descendente y en la colateral, solo cuando se trata de hermanos y únicamente en favor de los hijos de éstos.

Podemos pensar, sin embargo, que la salvedad que se hace en favor de la representación en el artículo 968 se extiende también al caso de los parientes que no quisieron suceder, con tal que se trata de parientes mencionados en el artículo 972. Pero el artículo 977 aclara que no es así y que se excluye de la representación el caso de la renuncia.

Ahora bien, en cuanto se trata de la estirpe del hijo indigno, se presentan dos problemas. El primero es cuestión que concierne más directamente el régimen de la indignidad pero tiene relación íntima con la representación. Se discutía en el Código anterior si la indignidad en todos los casos llevaba consigo la privación de la legítima, o si, por el contrario solo se daba este efecto en el caso de la segunda causa del artículo 756 (atentado contra la vida del testador o su conyuge, ascendientes y descendientes) por cuanto solo en ésta dispone la ley expresamente que "si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima" y, por otra parte, el carácter penal de esta materia rechaza todo criterio de interpretación extensiva a las otras causas. Es evidente que si los herederos forzosos indignos no pierden su derecho a la legítima, salvo en el

caso de la segunda causa citada, entonces en cuanto a la porción legitimaria, no les pueden representar sus hijos y descendientes al menos que la causa de indignidad fuera esta citada.

En torno a este problema, el Tribunal supremo español en sentencia de 28 de Febrero de 1947 ha declarado, según indica Felix Hernandez Gil, que "Las causas de indignidad determinantes de la incapacidad para suceder privan, a quienes en ellas incurran, del derecho de suceder al agraviado, aunque sea heredero forzoso, porque la incapacidad, si es relativa con relación al de cuius, es absoluta por lo que afecta al patrimonio, y no solo porque asi cabe inferirlo de su naturaleza y fundamento, sino tambien del contenido del artículo 961, y aun del mismo principio de la inviolabilidad de la legítima, que no puede prevalecer por inconciliable con la sucesión cuando el heredero se halle incurso en motivos de indignidad". (34)

La solución en el Código filipino no puede ser otra no solamente por las razones halladas en esta citada sentencia sino tambien porque este código al reproducir y consolidar los artículos 674 y 756 del código anterior en su artículo 1032, ha suprimido la desafortunada declaración que se encontraba solo en el número 2º del 756 y, por tal razón habia provocado la duda. Con la supresión de la citada frase me parece que haya duda que la indignidad en todos los casos produce como efecto necesario la perdida de toda la herencia, incluso la porción legitimaria. Empieza éste diciendo que "son incapaces de suceder por causa de indignidad:" seguido por la enumeración de las causas de indignidad; el artículo 1024, por otra parte, dice: "Podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la ley.". Está claro que el indigno no puede suceder y por consiguiente pierde su legítima. El artículo 1035 (761 e del español) lo confirma, al decir: "Si el excluído de la herencia por incapacidad fuere hijo o descendientes del difunto y

(34) Citado por Felix Hernandez Gil en su obra citada, p.490.

tuviere hijos o descendientes, adquiriran éstos su derecho a la legitima." La exclusión es completa puesto que el segundo apartado de este artículo añade: "El excluido no disfrutará del usufructo y administración de los bienes que por esa causa hereden sus hijos."

La otra cuestión que se discutió en el Código anterior con respecto a la extensión de los derechos de la estirpe del hijo o descendiente indigno era el problema inverso: Concedido el derecho de dicha estirpe a la porción legitimaria ¿extiende también su derecho a la porción libre?

Con respecto a este problema, señala Puig Peña que los tratadistas formulan posiciones totalmente dispares: unos, como Sanchez Roman y Manresa entienden que en el caso de la incapacidad en la sucesión intestada, como quiera que la representación tiene lugar tanto en la línea descendiente como en la colateral a favor de sobrinos cuando concurren con hermanos del causante ha de estimarse que abarca la totalidad de los bienes que corresponderían al representado, puesto que los hermanos no tienen derecho a la legitima; Navarra Amandi por el contrario, sostiene que el representante solo tiene derecho a la legitima que correspondería al representado, apoyándose en la similitud de situaciones con las de la sucesión testamentaria, donde, según, este autor, el derecho del representante se limita a la legitima y, sobre todo, en que el código civil no reprodujo el artículo 623 del Proyecto de 1851 que mantenía expliciter un criterio amplio sobre el particular. (35).

LACRUZ observa que para aceptar esta última solución, "sería necesario entender referido el artículo 929 exclusivamente a los 761 y 857, de modo que no haya nunca representación en favor de los hijos del hermano indigno, de acuerdo con el artículo 766 y con el 758 del proyecto de 1851, que prohíbe representar a persona viva salvo los supuestos de los actuales (35) Puig Peña, Op. lit. (1954), Tomo V, Vol. 1, p. 547.

artículos 761 y 857. Sin embargo, el artículo 766, por su colocación, más bién se refiere nada más a los herederos nombrados en testamento, y es discutible si puede darsele una interpretación amplia, restringiendo, a la vez, la del 929, a fin de negar derechos sucesorios cuyo reconocimiento (resultado de derogar la regla viventis non datur representatio), parece deducirse, a contrario, del cambio de redacción del artículo 929 en relación con el proyecto". (36).

Creemos que no se puede sostener la opinión de Navarro Amandi con referencia al código filipino. En primer lugar está claro que se puede representar a la persona indigna, según el artículo 970 que, a modo de definición, dispone que se puede representar a la persona que no pudiera heredar. El artículo 977 lo confirma excluyendo del ámbito de la representación únicamente el supuesto de la repudiación. En segundo lugar, el artículo 970 deja para el artículo 972 la tarea de determinar los términos "representante" y "persona representada" y éste dispone que:

"El derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, pero nunca en la ascendente."

"En la línea colateral sólo tendrá lugar en favor de los hijos de hermanos, bien sean de doble vínculo, bién de un solo lado".

Es decir, que también se puede representar al hermano indigno en cuyo caso no se puede distinguir entre porción legitimaria y porción libre. En tercer lugar, el artículo 970 dispone que "el representante ... adquiere los derechos que (la persona representada) tendría " sin distinguir entre porción y porción libre, y es que no hay razón, tratándose de la sucesión abintestato, para conceder la representación en la porción legitimaria y negarla en la porción libre. Más, observa Goyena que "la ley que excluye al indigno no llena enteramente su equitativo objeto si no concede a los hijos y descendientes del mismo el derecho de representación en toda su

integridad".(37).

Por otra parte, no creemos que del texto del artículo 1035 (761 o del español) se puede sacar una restricción al alcance de los artículos 968, 970, 977 en el sentido de que no se puede representar al hermano indigno y que en cuanto al hijo o descendiente indigno, sólo se concede la representación en la porción legitimaria. (Por el contrario, la opinión mayoritaria en la doctrina española es que el artículo 929 da mayor extensión al caso previsto en el artículo 761, si bien es muy dudoso que el artículo 761 limita el derecho de los hijos del hijo indigno a la legítima, tratándose de la sucesión testamentaria). El examen más detenido de este artículo 1035, lo dejamos para el siguiente capítulo donde nos enfrentaremos con el problema de la representación sucesoria ante la sucesión testamentaria.

4. Desheredación.— Pensamos conveniente tratar de este supuesto en un capítulo aparte donde exponemos el derecho de representación en la sucesión que el código filipino denomina "sucesión mixta".

5. Repudiación.— Como ya hemos visto repetidas veces, el artículo 977 excluye expresamente el caso de la renuncia del ámbito de la representación sucesoria. Se alega como justificación que "si bien en los casos de incapacidad y desheredación se presume que el pariente no existe a los efectos de la sucesión, en el de la renuncia, en cambio, ello no es posible, porque mientras en aquellos casos resultará castigada una posteridad inocente si se les privara de la representación sucesoria, en la renuncia las circunstancias son distintas: no puede presumirse que no existe un pariente que dando pruebas de su existencia, se presente a renunciar el derecho que la misma ley le concede, por lo que se ha hecho uso del derecho y al ejercitarlo el padre, no es la ley, es el mismo padre el que dispone a sus hijos, quienes no pueden representarle en

(37) Citado por Manresa en su obra citada (Sexta Ed.)

Vol. VI, p.76-77.

aquella herencia, porque el padre la renunció voluntariamente en uso de su derecho y nadie puede transmitir lo que no tiene". (38)

Por otra parte, Puig Brutan plantea la cuestión si es justo que una persona, el renunciante, sea árbitro del interés de sus sucesores. (39). Además recordamos que el derecho de representación es de naturaleza esencialmente legal y por consiguiente ajena a la voluntad de la persona representada. El representante hereda no en virtud de un derecho transmitido por el representado sino por ser llamado por la ley.

Martinez Calcerrada indica que las razones expuestas por Planiol a favor de la admisión de la representación en los casos de la desheredación e indignidad fueron también expresamente concebidas para el fenómeno de la renuncia. Se arguye que si el principio informador del instituto de la representación en favorecer a la estirpe considerándola como una unidad orgánica descendente de su autor común, es justo que en todos los casos en que éste no adquiere la herencia por motivo imputable y afectante a él sólo, sea llamada a suceder dicha estirpe, ya que así como el hecho personal de la conducta del indigno no debe perjudicar a la prole, tampoco ha de perjudicarle el hecho personal de su repudiación hereditaria, procurando evitar que hechos imprevistos y personales del ascendiente, trastornen la marcha normal de los acontecimientos haciendo repercutir sus funestas consecuencias en la descendencia inocente.

Castón Tabeñas dice: Es, en efecto, una necesidad fuertemente sentida en nuestros días, la de extender el derecho de representación al caso de la repudiación de la herencia, (38) Vid M rtinez Calcerrada, op. lit., p. 185.

39) Puig Brutan, Op. lit., Tomo V, Vol. 3, p. 387-988.

excluido únicamente por razones de orden histórico. "La no representación del renunciante - dice Santos Cruz- es una supervivencia del principio de que no se representa a las personas vivas, y bien puede hoy ser considerado como un anomalía, una aberración de la ley que repugna a la lógica jurídica, que la equidad y la justicia repelen". Frente a la ley -añade el propio escritor- es lógicamente inadmisibles que , para efectos de representación, no se equipare al premuerto el repudiante que, según la ley, nunca fué heredero. Frente al fundamento del instituto de la representación si éste es dar a los bienes el destino más conforme con la voluntad precisa del de cuius, que se entiende es la de asegurar la continuidad económica de toda su estirpe, ¿cómo negar a los descendientes del repudiante el derecho de representación?; si es legítima esa presunción en el caso de la indignidad de aquel que hubiera sido heredero ¿no la es más todavía en el caso de la renuncia?" (41)

Pero el código filipino no ha podido vencer la inercia de la tradición y en él todavía se observa la regla de "viventis" non datur representationis" en el caso de la renuncia. Con la retención de este criterio, es preciso recordar la observación de Valverde: "La representación puede hacer subir varios grados, pero no tiene lugar por salto".(42) También Clemente de Diego dice: "Es evidente que la representación puede hacer subir uno a varios grados; así el nieto representado al padre puede suceder al abuelo, y representando al abuelo suceder al bisabuelo; más esto no puede hacerse per saltum et omisso medio, para que la cadena no se rompa, y se rompería, por ejemplo, si el padre hubiese renunciado a la herencia". (43).

La importancia de este principio resalta en <sup>d</sup>siguiente

---

(41) Castan, Op. lit. p.27

(42) Valverde, Op. lit. Tomo V. p.406.

(43) Clemente de Diego. Op. lit. Vol. 3, p. 289

problema que nos plantea Mucius Q. Scaevola: "¿Excluyen los representantes a los descendientes del que renuncia?" Este autor procede a contestar en sentido afirmativo, explicando así: "Pedro renuncia la herencia de su padre, Juan y no queda otro hijo ni descendiente de Juan que Pablo, hijo de Pedro. Pablo heredará a su abuelo Juan por su propio derecho. Pero suponiendo que el difunto Juan dejó algún hijo o hijos más que Pedro a nietos habidos de ellos, Pablo no heredará a su abuelo Juan, porque para heredarle necesitaría representar a su padre Pedro, lo que no es posible: será, de consiguiente, excluido por los otros hijos a nietos del difunto Juan, pues que los nietos cuyos padres han muerto, podrán representarlos." (44).

Igual opinión sostiene Colin con referencia al Código francés que los nietos procedentes de un hijo premuerto excluyen a los nietos cuyo padre ha renunciado la herencia puesto que "la representación que ostentan los hace ascender en su grado, colocandolos de hecho como descendientes del primer grado mientras que los hijos del hijo renunciante... son herederos de segundo grado por no poder invocar la representación" (45)

EXTENSION.- Como el Código filipino reproduce en sus artículos 972 y 975 los 925 y 927 de su antecesor, se puede apreciar que la extensión que tiene la representación en este código con respecto a la familia legítima es la misma que en el Código español. Por lo tanto, los comentarios de los juristas españoles en este respecto son aplicables también al código filipino aunque con referencia solamente a la familia legítima. En cuanto al parentesco ilegítimo, dedicaremos un capítulo aparte para los problemas que pueden surgir con respecto a ello. La regulación del código filipino

---

(44) Mucius Q. Scaevola, Op. lit. Vol. 16, p. 243 - 244.

(45) Colin y Capitant, Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo VII, pág. 34-35.

en cuanto al derecho de representación de la familia ilegítima es bastante revolucionaria y por eso creemos mejor tratar de ella en distinto capítulo.

Los artículos 972 y 975 disponen así respectivamente:

"Art. 972.- El derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, pero nunca en la ascendente.

"En la línea colateral solo tendrá lugar en favor de los hijos de hermanos, bien sean de doble vínculo, bien de un solo lado."

"Art. 975.- Quedando hijos de una o más hermanos del difunto, heredarán a éste por representación si concurren con sus tíos. Pero si concurren solos, heredarán por partes iguales."

1.-Línea Recta Ascendente.- Nunca se da la representación en la línea ascendente, según la muy conocida argumentación de Lawient, puesto que "la afección como los ríos descende, no asciende jamás, y que la ancianidad vuela hacia la infancia como si ansiara disfrutar un nuevo manantial; el abuelo no reemplaza en el corazón del niño al padre o a la madre que tuvo la desgracia de perder, pues aunque éste acepte las caricias del anciano, no se une verdaderamente a él, siendo la ley de la naturaleza la que el legislador debe respetar, y como la representación se funda en la vocación presunta del difunto, no puede admitirse para los ascendientes...: la representación no tiene lugar en la línea ascendente." (46).

Serrano expone también que en la línea recta ascendente, no se manifiesta el amor como en la descendente, porque si es cierto que el hijo no quiere al padre y a la madre con el profundo y abnegado cariño que estos le profesan, y de qui, el refrán "un padre para cien hijos y no cien hijos para un padre", más cierto se muestra todavía que el afecto a los abuelos y a otros ascendientes más lejanos es muy inferior al de éstos a sus descendientes. (47).

Por nuestra parte, pensamos que cuando muere el padre o la madre, el cariño del hijo para su padre o madre perdida no

(46) Cfr. Mucius Scaevola Op. lit. Vol.16, p.296.

(47) Serrano en Enciclopedia jurídica Española, tomo XI, p 99.

se traslada entonces a los abuelos paternos o maternos respectivamente sino que tienden a concentrarse en el padre o madre sobreviviente, y por eso no se da en este caso la representación.

Por otra parte, Mucius Q. Scaevola estima que el derecho de representación en la línea ascendente es imposible, pues dice que para que haya representación en el orden sucesorio, basado como está en el fisiológico, es necesario que, por naturaleza, el representante traiga causa o proceda del representado, cuyo requisito se cumple en la línea descendente pues el hijo viene del padre, a quien representa, mas falta en la ascendente, en cuanto el abuelo no procede del padre, sino al revés éste de aquél, con lo que, en conclusión, admitir la representación en la línea recta ascendente equivaldría a infringir el principio informante de aquélla en su aspecto jurídico, e implicaría la inversión de una ley natural. (48)

2.- Línea Recta Descendente.- Puig Peña dice que "Nadie ha discutido el derecho de representación en la línea recta descendente y los Códigos que admiten este derecho la sancionan sin restricciones. Como dice un autor, la afección del hombre se extiende a todos sus descendientes; todos en principio le son igualmente queridos, porque todos igualmente representan los hijos que ha perdido. Su ternura le sigue en los diversos grados, y siempre los que sobreviven reemplazan en su corazón a los que han muerto; todos son sus hijos y su posteridad". (49)

Asimismo Casso indica que la representación siempre tiene lugar en ella, es decir, se admite hasta el infinito

---

(48) MUCIUS Q. SCAEVOLA, op.cit., Vol. 16, pág. 296 y siguientes.

(49) PUIG PEÑA, op.cit., Tomo V, Vol, 1, pág. 548.

y en todos los supuestos que la combinación de parientes descendientes y concursos de igual a desigual grado puedan ocasionar. (50)

Esta doctrina se funda en el texto del citado artículo 972 (925 del español) que dispone que "El derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente...". El precepto se ilustra en el artículo 982 (933 del español) que dice así: "Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre éstos por partes iguales". Aunque este artículo habla sólo del caso de la promoriencia, se sobreentiende que se refiere también a los otros supuestos de exclusión salvo el de la renuncia. Si la ilustración no se entiende más allá de los bisnietos, es porque raramente existen tataranietos u otros descendientes todavía más lejanos.

En la línea recta descendente, pues, se consigue (excepto en el caso de la renuncia) efectos similares al sistema de parentelas por medio de la representación sucesoria por lo cual PLANIOL y RIPERT observan que el derecho de representación es sí mismo la partición por estirpes.<sup>51</sup> Ello - provoca la cuestión de si existe la representación en el caso de la estirpe única que se da, según indica Fuenmayor, cuando los descendientes supéstitos llamados a suceder son hijos de un único hijo del causante que falta a la sucesión o cuando el llamado es hijo único de un hijo solo del "de cuius". (52)

---

(50). CASSO, op.cit., pág. 1496.

(51). PLANIOL y RIPERT, op.cit., Tomo IV, pág. 80-81.

(52). Citados por CASSO, op.cit., pág. 1497 y MARTINEZ CALCERRADA, op.cit., pág. 171.

Con respecto a esta cuestión, opina Mucius Q. Scaevola: "Cabe admitir pero desde otro punto puede afirmarse la inexistencia de la representación por ser perfectamente inútil" (53)

Sin embargo, Fuenmayor (54) hace notar que incluso en el caso de estirpe única, es importante determinar si los nietos vienen a la herencia iure repraesentationis o iure proprio cuando, por ejemplo, éstos acuden a los artículos 815 y 817 del Código español (906 y 907 del filipino). En el primer caso, los nietos tendrían que imputar en pago de su legítima las donaciones que haya recibido su padre del abuelo causante, puesto que ellos reciben solamente lo que hubieran correspondido a su padre.

Lacruz y Albaladejo expresan que en el Derecho español, "esta conclusión es particularmente clara, precisamente merced a una imprecisión terminológica del artículo 818 (908 del filipino), el cual ordena agregar al valor líquido de los bienes hereditarios el que tenían "todas las donaciones colacionables del mismo testador", imputándose dichas donaciones, con arreglo al artículo 819 (909 del filipino) en la legítima del hijo. Como para los nietos son donaciones colacionables las hechas a su padre también éstas deberán ser imputadas en la legítima". (55)

El primer efecto, pues, de la representación en el caso de la estirpe única es el mayor respeto a las liberalidades que hizo el causante a favor de extraños. Fuenmayor añade otras dos consecuencias a este efecto: la derogación del principio de proximidad de grado, que permite el concur-

---

(53). MUCIUS Q. SCAEVOLA, op.cit., Vol. 16, pág. 280.

(54). FUENMAYOR, op.cit., pág. 382, y siguientes.

(55). LACRUZ y ALBALADEJO, op.cit., págs. 199-200.

so del bisnieto con su tío (56), y el amparo del cónyuge viudo por virtud de la colación.

Las observaciones expuestas por Fuenmayor son aplicables también al Código filipino. Podemos añadir que la representación en este caso sirve también para proteger los derechos de los hijos ilegítimos que en este Código comprenden no solo a los hijos naturales reconocidos, sino también a los hijos naturales por ficción legal y a los bastardos. Como ya hemos indicado, el Código filipino concede a éstos no sólo derechos legitimarios sino también cuotas intestadas, aunque en ningún caso podrán infringir a la legítima de los hijos y descendientes legítimos y siempre que se satisfaga complementamente con prioridad la legítima del cónyuge superstite.

Se puede apreciar, pues, que la representación en el caso de la estirpe única no es inútil sino que es la solución más equitativa para proteger, por una parte, los derechos legitimarios y en la sucesión intestada de las personas arriba mencionadas, y para conseguir, por otra parte, una mayor estabilidad de los derechos de terceros donatarios y un mayor respeto a la voluntad del causante.

Ahora bien, el Código filipino, como su antecesor, no dedica precepto especial para esta cuestión si existe la representación en el supuesto de la estirpe única. No obstante, la admisión de la representación en este caso se puede apoyar en los citados artículos 972 y 982 que son respectivamente los artículos 925 y 933 del Código español. El primero dispone que "El derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente...". El segundo di-

---

(56). FUENMAYOR, op.cit., pág. 382 y siguientes; CASSO, op.cit., pág. 1498.

ce que "Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación...", sin distinguir supuestos. Como el Código dispone en uno que la representación tiene lugar siempre en la línea recta descendente (siempre que la causa de exclusión no sea la repudiación) y en otro reafirma el mismo principio sin hacer distinción alguna, se llega a la conclusión que todo descendiente de grado ulterior hereda por derecho de representación, es decir, son llamados in locum parentis, como sustituto de éste, excepto sólo en el supuesto de la repudiación. No hay motivo para excluir el caso de la estirpe única; por otra parte, la representación supondría, en este caso, la solución más equitativa para proteger todos los intereses en juego. En este sentido, arguyen Fuenmayor (57) y Martínez Calcerrada (58) quienes señalan además que la doctrina moderna que triunfa plenamente en el Código civil italiano de 1942 favorece esta solución.

En cambio, en los otros supuestos cuando sobrevive al causante descendencia derivada de distintos hijos, no se ha puesto en duda que se aplica, en otros casos, el derecho de representación, especialmente si concurren con hermanos de su padre. Incluso en el caso de que el causante ha dejado descendientes que pertenecen todos ellos, al mismo grado ulterior de parentesco y que todas las estirpes son compuestas por el mismo número de miembros, se ha observado que no es indiferente si la partición se ha hecho por estirpes o por cabeza en cuanto a la posible aplicación del derecho de acrecer, aparte de que importa en la aplicación de las reglas sobre la colación y la imputación de las do-

---

(57). Cfr. su citada obra, pág. 388 y siguientes.

(58). MARTINEZ CALCERRADA, op.cit., pág. 290 y siguientes.

naciones. Todo ésto ya lo hemos expuesto anteriormente en este capítulo al examinar el concepto de la representación, derivada de su esencia los posibles efectos de este expediente.

3. Línea colateral.- El segundo apartado del citado artículo 972 concede el derecho de representación a "los hijos de hermanos, bien sean de doble vínculo, bien de un solo lado". La palabra "hijos" se usa aquí en su sentido propio, según una sentencia del Tribunal supremo filipino (59), de modo que el derecho de representación no se concede más allá de los hijos e hijas de los hermanos y hermanas. La norma del citado artículo 972 simplemente reitera la de su precedente.

Martinez Calcerrad estima que la extensión del ámbito del derecho de representación a la línea colateral no tiene suficiente fundamento, criticando, pues, el Código civil español en este aspecto. Dice este autor: "En efecto, salvo el de la afeción o voluntad presunta del causante que puede admitirse, pero que no basta, pues semejante razón subjetiva ha de reforzarse con otras objetivas de más peso para apoyar al instituto, según la "teoría sincrética", los demás motivos desde el biológico directo o de snagre, la coadyuvación de esfuerzos para conseguir o conservar el patrimonio relicto del causante en vida de este, pasando por la unidad familiar o de estirpes, la continuidad patrimonial del difunto, hasta los más acusados de deberes y obligaciones que el "de cuius" tiene con toda su familia descendente... permanezcan al margen... Por ende, faltando esas razones varias de fundamento del instituto, técnica y racionalmente,

---

(59). LINART y PAVIA c.UGARTE, 5 Phil. 176; también Director of Lands c. ABALOS (C.A.), 37, Official Gazette 1148.

no puede admitirse. Por supuesto, que se concede flanco, con esta argumentación, al ataque basado en que, asimismo, en la hipótesis representativa colateral, consideraciones humanitarias impelen a su admisión; más, opinamos, que nunca la piedad, sola, debe terminar en una consagración de categoría jurídica, en un derecho creado en mor de lla, si no se complementa con otras motivaciones jurídicas y objetivas..."

(60)

Por otra parte, el derecho de los parientes colaterales de heredar abintestato se justifica principalmente en la presunta voluntad del causante basada en el principio biológico de la sangre, consideración objetiva. Según, pues, como se mira a la justificación, este derecho tiene un fundamento subjetivo u objetivo.

Ahora bien, como el mismo Martínez Calcerrada admite que según el criterio de la afección o voluntad presunta del causante, puede admitirse la extensión del derecho de representación a los sobrinos (aunque este autor considera tal motivo insuficiente) hay que concluir que la actual disciplina de los Códigos español y filipino en este respecto es la más lógica, además de ser en consonancia con las consideraciones humanitarias expuestas por Castán (61) y que admite asimismo este autor. Este derecho de representación en cambio, no se concede a los sobrinos-nietos puesto que la presunta voluntad del causante no parece justificar dicha aplicación. Como dice Mucius Q. Scaevola, "la ley debe detenerse donde la naturaleza se para y no debe imponer igualdad de sentimientos donde realmente no existe". (62)

El artículo 975 (927 del español) trata de la misma cuestión que produjo la célebre polémica entre Azo y Acursio, --

---

(60). Vide. su citada obra, págs. 163-167.

(61). Vide nuestra exposición en el capítulo anterior sobre el fundamento de este derecho

(62). MUCIUS Q. SCAEVOLA, op.cit., Vol. 16, pág. 255-256.

resolviendo el problema a favor de la solución propuesta por el primero, es decir, que la representación sucesoria entra en función solamente en los casos cuando los sobrinos (hijos de un premuerto o indigno) concurren con sus tíos; no, en cambio, cuando concurren solos. No obstante, la cuestión sigue provocando controversias en el terreno del Derecho constituyente.

Puig Peña ataca el criterio del Código civil español (que es el mismo del filipino), opinando así: "El derecho de representación si se acepta en la línea colateral, se debe admitir de acuerdo con su naturaleza y fines característicos, y se perjudiquen o no los descendientes, debe siempre heredar por estirpes". (63). En este sentido también arguye más extensivamente Martínez Calcerrada. (64)

Por otra parte, dice Puig Brutau: "No nos parece que la naturaleza y fines característicos de este derecho deban producir tal resultado inflexible. Aparte de lo claro que está el artículo 927 (975 del filipino) su fundamento nos parece que debe buscarse al margen de la configuración técnica de este derecho. Cuando concurren parientes de distinto grado, tíos y sobrinos, la división por estirpes proporciona una distribución igual de la herencia entre todas las ramas de la línea colateral. Si en esta línea sólo hay sobrinos, los parientes están a igual distancia del causante, en el tercer grado, pero pertenecen a líneas diferentes. Hay que preguntar entonces si el fundamento del derecho de representación se mantiene de igual manera, a pesar de que ha desaparecido la desigualdad de grado, en atención a la diversidad de líneas. Cuando el causante dejó

---

(63). PUIG PEÑA, op.cita., Tomo V, Vol. 1, pág. 551.

(64). Vid. su obra citada, págs. 281-284.

tres sobrinos, por ejemplo, uno de ellos hijo del hermano premuerto A y los otros dos hijos del hermano premuerto B, debería preguntarse qué es más presumible: ¿hubiese querido que su herencia fuese de los tres por partes iguales a que uno de los tres sobrinos tuviese el doble que los otros dos?... (Hay que) preguntar qué hubiese querido un causante normal en el caso de haberlo planteado claramente el problema. En este sentido la respuesta del Código nos parece aceptable". (65). La cuestión es muy controversial pero compartimos el documentado punto de vista de Puig Brutau. En el terreno del Derecho constituido filipino, la solución es claramente ésta.

En la determinación si los sobrinos heredan o no por derecho de representación, es indiferente, como hace notar Sánchez Román, "siquiera el vínculo de hermandad entre el causante de su representación y los hermanos supervivientes sea de vínculo doble o sencillo; es decir, gemanos, uterinos o consanguíneos". (66)

Con respecto a los derechos de los sobrinos del causante, hijos de hermanos uterinos o consanguíneos, dispone el artículo 1.008 (951 del español): "Los hijos de los medio hermanos sucederán por cabezas o por estirpes, según las reglas establecidas para los hermanos de doble vínculo". Cuando tales sobrinos suceden, pues, junto con tíos, cualquiera que fuera, heredan por estirpes (derecho de representación), recibiendo en conjunto la porción que hubiera tenido su padre, es decir, una porción sencilla en comparación con la doble porción que recibe cada uno de los hermanos de doble vínculo.

---

(65). PUIG BRUTAU, *op.cit.*,, pág. 391-392.

(66). SANCHEZ ROMAN, *op.cit.*, Tomo 6, vol. 3, pág. 1704.

(Los comentaristas filipinos estiman también que la regla de doble o sencillo vínculo rige igualmente cuando tales sobrinos concurren solos con sus primos procedentes de hermanos de doble vínculo del causante. El artículo 975 parece descartar esta regla, pues dispone: "Quedando hijos de uno o más hermanos del difunto, heredarán a éste por representación, si concurren con sus tíos. Pero si concurren solos, heredarán por partes iguales". No obstante J.B.L. Reyes y Puno sostienen que los artículos 1.006 y 1.008 (949 y 951 del español) conducen a la conclusión que hay que aplicar la norma sobre la preferencia por razón de doble vínculo (67). Tolentino comparte esta opinión, fundándose en el texto del artículo 1.009 (954 del español) que dispone: "No habiendo hermanos ni hijos de hermanos sucederán en la herencia del difunto los demás parientes colaterales.

"La sucesión de éstos se verificará sin distinción de líneas ni preferencia entre ellos por razón del doble vínculo" .

Se deduce de este texto, indica Tolentino con razón, que la circunstancia de doble o sencillo vínculo se debe tener en cuenta cuando los hijos de medio hermanos concurren con los hijos de hermanos germanos del causante. (68)

CAPACIDAD.— El artículo 973 dispone expresamente: "Para que pueda tener lugar la representación, es necesario que el representante mismo sea capaz de suceder al difunto", es decir, a quien la persona representada hubiera sucedido. (art. 971). Por otra parte, bajo este Código, no (67). J.B.L. REYES y R.C. PUNO, op.cit., pág. 160. (68). TOLENTINO, op.cit., pág. 441.

se exige que el representante sea capaz de heredar al representado o que no ha sido desheredado por éste puesto que no se trata de su sucesión. Por lo tanto, la capacidad del representante se determina solo con referencia al difunto a quien hubiera sucedido el representado. (69).

La capacidad para suceder del representante se reduce a los requisitos de nacimiento y de no haber incurrido en causa alguna de indignidad o no haber sido desheredado. No es necesario discutir el segundo, pero el primero presenta el problema del "concepturus" o del no concebido.

Nuestro estimado Director de la tesis nos expuso el problema que se le presentó en uno de los pleitos a su cargo. Los hechos esenciales que nos conciernen del caso son: El testador había desheredado a un hijo suyo. A su muerte, le sobrevivía dicho hijo y un nieto procedente de éste. Posteriormente, el hijo desheredado tuvo otro hijo. Es la contención de Don Antonio Hernandez Gil que ambos nietos deben heredar del abuelo causante, tanto el nieto ya nacido al morir el causante como el no concebido entonces.

El Código filipino parece compartir el criterio de Don Antonio Hernandez Gil. Un nuevo precepto, el artículo 1.025 dispone lo siguiente:

"Para poder heredar, el heredero o legatario debe estar vivo en el momento de abrirse la sucesión. excepto en el caso de la representación, cuando ésta sea apropiada.

"El hijo ya concebido al fallecer el difunto podrá suceder si naciere después en las condiciones señaladas en el artículo 41."

Los comentaristas filipinos, sin embargo, se han ocupado poco de la salvedad que se hace en el primer apartado, quizás convencidos de que se trata de una imprecisión o equivocación de este Código. Tolentino, por ejemplo, la ignora,

(69) Así opina Tolentino en su obra citada, p.410-411. Esta también es la doctrina en la jurisprudencia francesa. Al contrario de lo que sucede en el código argentino cuyo artículo 3553 prohíbe que una persona hereda por representación cuando es indigno con respecto a, o ha sido desheredado, por el representado, el código francés no contiene tal prohibición por lo cual Demolombe, Demante, Marcado y otros escritores estiman que es cuestión irrelevante.

y no hace comentario alguno, Jose B.L. Reyes y Ricardo C. Puno, en cambio, dicen que la salvedad es "incorrecta, puesto que el mismo representante, como heredero, debe ser capaz de suceder al difunto (Art. 973) (70).

No cabe duda, pues, que la salvedad se refiere al "concepturus" y no al "nasciturus". En primer lugar, el segundo apartado del artículo 1.025 se ocupa de este último, siendo pues superflua la salvedad si se refiere al hijo ya concebido en el momento de abrirse la sucesión. En segundo lugar, el "nasciturus" ya esta vivo, sólo que todavía no ha nacido, y no seria pues una excepción a la norma del primer apartado.

La extrañeza con que los tratadistas filipinos han acogido la salvedad en cuestión es relativamente facil de explicar. El código francés declara expresamente incapaces de suceder a los aún no concebidos en el momento de morir el causante. El código español no contiene similar precepto pero la doctrina llega a la misma solución por el juego entre los artículos 29 y 758. Lacruz y Albaladejo dice: "...aunque alguno de los artículos alegados en apoyo de esta tesis son inoperantes (por ejemplo, los 190 y 745, c.c., que tratan de evitar que herede una persona ya fallecida, y no una que todavía no ha sido concebida), sin embargo, si "el nacimiento determina la personalidad" (art.29) y "para calificar la incapacidad del heredero o legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata" (art. 758) parece que, al no tener un no concebido existencia alguna, ni siquiera puede hablarse de capacidad para suceder. En este sentido se pronuncian diversas decisiones jurisprudenciales, y señaladamente la S. 22 noviembre 1935, a cuyo tenor "del sistema general de nuestro código civil, y sobre todo de la armónica relación de las artículos 29, 745 y 758, despréndese el principio de que el ser que no se halla todavía concebido al tiempo de la muerte del causante carece de capacidad Cfr. Reyes-Puno, Op. lit., p. 181 donde dicen: "except in case of representation is incorrect, because the representative must be himself capable of succeeding the decedent. (Art. 973).

para suceder, por falta de existencia" (71).

El artículo 781 del código español permite la sustitución fideicomisaria a favor del no concebido pero indica Espin que "la doctrina considera estos casos como excepcionales frente al principio general de incapacidad del no concebido (Castán) y la misma solución sigue la jurisprudencia (cfr. Ss, 29 noviembre 1935, 12 noviembre 1934 y Rs. 23 julio 1924 y 22 marzo 1939)" (72).

Los tratadistas filipinos evidentemente tienen la misma orientación de la doctrina de la jurisprudencia española. Esta norma la consagra precisamente el artículo 1.025 bajo consideración. Es comprensible que estos autores, por otra parte, consideren la salvedad que se hace en el primer apartado de este artículo para el caso de la representación, como un simple error de redacción.

Esta teoría se fortalece por el hecho de que este código ni siquiera permite la sustitución fideicomisaria a favor del no concebido, excepción, en cambio, que reconoce el código español. El artículo 863 (781 e) dispone: "La sustitución fideicomisaria ... será válida y surtirá efecto siempre que no pase de un grado del heredero originariamente instituido, y que, además, el fiduciario o primer heredero y el segundo vivan al tiempo del fallecimiento del testador".

Por otra parte, hay que señalar que en la doctrina española también existen algunos autores -sobre todo Diez Pastor- que mantienen que no hay precepto en el código español que prohíbe que herede el no concebido, ni siquiera el artículo 758. "Tal precepto está incluido en una sección que trata problemas de capacidad, y el mismo se refiere a una cuestión de capacidad, que no plantea el no concebido, quien, como tal, no es ni puede ser capaz o incapaz, calificación que solo puede atribuirse a personas existentes... Por tanto, (el art. 758 no es aplicable) a las personas futuras. El 758 no exige un heredero: si existe al tiempo de la muerte del testador,

(71) Lacruz y Albaladejo, Op. lit. p.237

(72) Espin. Op. lit. Vol. 1, p. 184.

en este momento se calificará su capacidad; pero el que la existencia del heredero sea presupuesto para que se produzca la norma, no quiere decir que sea exigencia de la norma. (ALCANTARA)". (73)

Espin también dice: "En realidad, nuestro código no considera como incapacidad para suceder el no estar aún concebido, ni puede considerarse nula la institución de heredero a su favor, por ser persona incierta, ya que el propio texto legal exceptúa el caso de que por algún evento pueda resultar cierta (art. 750), de suerte que no creemos que, en tesis general, pueda afirmarse la imposibilidad de atribución de derechos al no concebido, siempre que sea susceptible de determinación; aunque, naturalmente, la definitiva adquisición de todos los derechos depende de que llegue a ser engendrado y nazca con los requisitos del artículo 30". (74)

Lacruz y Albaladejo estiman que "el que (el causahabiente) exista ya no representa, como pretenden algunos autores, una necesidad lógica, pero tiene un serio fundamento histórico y práctico. Presidió toda la evolución del Derecho romano, discutiéndose en la doctrina si fué modificado por Justiniano con la novela 118 (FADDA) o no (BONFANTE). Se aplicó en el Derecho intermedio -siquiera con rigor atenuado- y ha pasado a las legislaciones modernas, en las que se formula expresa o implícitamente, ya por la necesidad conceptual de que exista un sucesor para recoger la posesión que se transmite inmediatamente, ya, sobre todo, por razones de orden práctico: si la persona del sucesor no existiera al tiempo de la muerte del causante, la herencia quedaría yacente, y ante la incerteza respecto al sujeto de los derechos hereditarios, los bienes no podrían jugar su normal función, con daño de la economía pública y privada". (75).

---

(73) Lacruz y Albaladejo, Op. lit. p. 238.

(74) Espin, Op. lit., p. 183 - 184

(75) Lacruz y Albaladejo, Op. lit. p. 236 - 237.

Por lo tanto, no es desdoblable la salvedad en cuestión ni tan sencilla de descartar como una simple imprecisión o equi equivocación que se debe ignorar por la necesidad de hacer prevalecer la intención sobre la letra de la ley. El artículo está claro y de ello se deduce que ha escogido un término medio confirmado, como regla general, que el no concebido no puede heredar, salvando, no obstante, el caso de la representación. Desde el punto de vista del fundamento del derecho de representación, nos parece que la salvedad está bien fundada. El derecho de representación tiene un notorio y consagrado carácter tuitivo y parece más en consonante con dicho carácter proteger también a aquellos hijos del hijo desheredado o indigno que fueron concebidos después de la muerte del "de cujus".

Sin duda, esta salvedad dará mucho que hablar y planteará bastantes problemas que aquí no podemos entrar a fondo por lo cual desistimos de discutirlos.

El concebido a "nasciturus" podrá heredar por derecho de representación con tal que "naciere después en las condiciones señaladas en el artículo 41". (art. 1.025, ap.2). El artículo 41 dispone: "Para los efectos civiles, se reputa nacido el feto que estuviere vivo al tiempo en que queda enteramente desprendido del seno materno. Sin embargo, si el feto ha tenido una vida intra-uterina de menos de siete meses, no se le reputa nacido si muere dentro de veinticuatro horas después de enteramente desprendido del seno materno". Estas condiciones son aplicables también al "concepturus" en su tiempo.

REPRESENTACION EN LA RESERVA TRONCAL.- Como hemos mencionado, la Legislatura de Filipinas decidió incluir en este código la reserva troncal que la comisión Codificadora había suprimido. El precepto del artículo 811 del Código anterior fué reproducido por este código en su artículo 981 que dispone: "El ascendiente que heredara de su descendiente bienes que este hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los

que hubiese adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y que pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden".

Inadvertidamente, sin embargo, se olvidó de reincorporar a este código aquellos preceptos de la reserva viudal que se aplicaban por analogía a la reserva troncal. La regulación, pues, de este código de la reserva troncal es incompleta pero la deficiencia se suple con las sentencias del Tribunal supremo filipino como también con la doctrina en la jurisprudencia española.

La reserva lineal o troncal, según Espin, "es una obligación de reservar impuesta a los ascendientes en la herencia de sus descendientes, en favor de determinados parientes, sobre los bienes que los ascendientes recibiesen por ministerio de la ley en dicha herencia y que a su vez su causante hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano" (76).

Estos determinados parientes favorecidos por la reserva llamados reservatorios son, según el citado artículo 891 (811 del español) "los parientes que estén del tercer grado y que pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan". El Tribunal supremo filipino en varias sentencias ha reiterado la doctrina que los reservatorios han de ser parientes legítimos por tratarse de una institución aplicable exclusivamente a la familia legítima; (77) también ha sentado que el tercer grado de parentesco se computa respecto del prepositus o descendiente cuyo fallecimiento origina la obligación de reservar. (78)

Ahora bien, si en el momento de morir el reservista, existen varios parientes con derecho a la reserva dentro del grupo de parientes del tercer grado, ¿quienes de ellos heredarán? Es aquí donde entra la posible aplicación del (76) Espin, Op.lit. Vol V., p. 374

(77) Director of Lands c. Aguas, 63 Phil 279; Centeno c. Centeno, 52 Phil, 322; Nieva c. Alcala, 41 Phil.915

(78) Jardin c. Villamayor, 72 Phil. 392.

del derecho de representación.

Espin, con referencia a la doctrina de la jurisprudencia española, dice: "Aunque se ha pensado que podrían ser reservatarios todos los parientes de tercer grado conjuntamente, cualquiera que fuese su proximidad de grado - con el descendiente, actualmente está fuera de duda, según doctrina y jurisprudencia que el llamamiento a esta reserva tiene lugar según el orden de la sucesión intestada y, por tanto, que el parientemás próximo en grado excluye al más remoto, conforme el artículo 921, cuya aplicación no resulta excluida en esta sucesión (S. 4 de enero de 1911, 6 de julio 1916, 14 junio 1945 y otras más antiguas, y Res. 20 marzo 1905)". (79)

El Tribunal Supremo filipino ha decretado en el mismo sentido y también ha sentado desde el primer fallo con respecto a esta cuestión que el derecho de representación se aplica también en la reserva troncal, siempre que el representante esté en el tercer grado de parentesco. (80)

La duda en la jurisprudencia española sobre el derecho de representación según Espin, parece haber sido resuelto también afirmativamente. Dice: "Esta tesis (afirmativa) expuesta por algunos autores hace años, cuenta cada vez con más partidarios, pudiéndose considerar en la actualidad ya consagrada por el Tribunal Supremo en su sentencia del 14 de junio de 1945, cuya doctrina en realidad había sido ya preparada con la importante Sentencia de 2 de Enero de 1929, que había precisado que las anteriores decisiones jurisprudenciales lo que afirmaron fue que "la obligación de reservar es personalísima y, por tanto, no puede transmitirse a

---

(79) ESPIN, op.cit., Vol. V, pág. 376.

(80) FLORENTINO c. FLORENTINO, 40 Phil. 480; JARDIN c. VILLAMAYOR, 72 Phil. 392.

a personas que no estén dentro del grado que el artículo 811 determina, y que lo que esté precepto y la jurisprudencia tratan de evitar es que las personas que no reúnan los requisitos exigidos por la ley puedan pedir y obtener los bienes reservables". (81)

En realidad, teniendo en cuenta que el tercer grado de parentesco se computa respecto del propositus y que, por otra parte, el derecho de representación en la reserva troncal solo puede presentarse en la línea colateral, concretamente, solo a favor de sobrinos del Propositus, conforme con el artículo 972 del Código filipino (925 del español), que son parientes de éste del tercer grado, no existe el peligro temido de que por medio del derecho de representación, se conceda el derecho a la reserva a personas que no reúnan los requisitos exigidos por el artículo 891 (811 del español). La doctrina sentada por el Tribunal Supremo filipino nos parece, pues, firmemente fundada.

---

(81). ESPIN, op.cit., Vol. V, pág. 377.

EL DERECHO DE REPRESENTACION EN LA SUCESION  
TESTAMENTARIA, DENTRO DEL CODIGO CIVIL FILIPINO

¿Concede el Código civil filipino el derecho de representación en la sucesión testamentaria? Este Código de safortunadamente no contiene un precepto, como el artículo 467 del Código civil italiano, que resuelve de un modo categórico e inequívoco esta cuestión. Tampoco existe, hasta ahora, ninguna sentencia del Tribunal Supremo filipino en este respecto. Los tratadistas filipinos José B. L. Reyes, Ricardo C. Puno (1) y Arturo M. Tolentino (2) opinan que el derecho de representación dentro de este Código, se da también en la sucesión testamentaria pero sólo en la porción de legítima, es decir, que nunca se da a favor de sobrinos, ni tampoco de los nietos, tratándose de la porción libre. No entra el problema si la legítima incluye la mejora puesto que esta institución de la mejora ha sido eliminada por el Código filipino. Esta opinión de Tolentino y Reyes-Puno refleja y se debe, en gran parte, a los comentarios de Sánchez Román, Manresa, Mucius Quintus Scaevola, Valverde, Serrano y Clemente de Diego que sostienen esta tesis con referencia al Código anterior.

Como es sabido, la opinión de esta tesis llamada por algún autor la de la admisión parcial se basa principalmente en la exégesis del artículo 766 en relación con los 761 y 857 del Código civil español. Estos artí

- 
- (1). J.B.L. Reyes and R.C. Puno, An Outline of Philippine Civil Law, Vol. 3, p. 110, 146 y 188.  
(2). TOLENTINO, Comentarios and Jurisprudence on the Civil Code of the Philippines, Vol.3, p. 406.

culos fueron reproducidos por el Código civil filipino en sus artículos 856, 1.035 y 923 respectivamente. Sin embargo los dos primeros aparecen con modificaciones que, si tenemos en cuenta también la redacción del artículo 854 cuto antecedente fué el artículo 814, sugiere la reexaminación de la cuestión, aparte de que en la doctrina española otros tratadistas españoles han expuesto motivos para repudiar la inteligencia atribuída a los citados artículos 761, 766 y 857 por la tesis de la admisión parcial, a pesar del prestigio de los juristas españoles que la sostienen.

La realidad -señala Tomás Ogáyar Ayllón- es que "hoy ha cobrado impulso una tendencia, mantenida especialmente por Novoa Seoane, Giménez Arnau y Albi, a la que el maestro Castán ha prestado el prestigio de su autoridad, conforme a la cual se llega a extender el ámbito del derecho de representación a la sucesión testamentaria" (3). La sentencia de 6 de diciembre de 1.952 del Tribunal Supremo de España tuvo que aludir y reconocer que existe esta tendencia "doctrinal, legislativa e histórica", mostrándose simpatizante de las razones que la motivan.

El problema se plantea normalmente cuando el testador instituye herederos a sus hijos (o hermanos) sin disponer expresamente a favor de sus nietos (o

---

(3) MANRESA, Comentarios al Código Civil Español revisada por Tomás Ogáyar y Ayllón, Vol. VI, p. 119-120.

sobrinos) una sustitución vulgar en previsión de la premoriencia o incapacidad de sus respectivos padres. Si ocurre lo imprevisto, quedará vacante una cuota testamentaria sin que haya una disposición en el testamento que disponga de ella de modo expreso. Entonces se plantea la cuestión de cuál de las normas legales debe aplicarse, si el derecho de acrecer que resuelve a favor de los coherederos, el derecho de representación que resuelve a favor de los hijos del excluído.

Cuando el heredero excluído por premoriencia o incapacidad es un hijo del testador se incorpora al problema otra consideración de primera importancia que es que los hijos y descendientes son herederos forzosos con respecto a su padre y ascendientes.

La referida tendencia doctrinal expansiva rechaza la solución (por lo menos en el terreno de Derecho constituyente) que prevalezca el derecho de acrecer sobre el derecho de representación, tanto por razón de la presunta voluntad del testador como por motivos de equidad y de sentido familiar, social y humanitario que, según la citada sentencia de 6 de Diciembre de 1.952, son "de tan notoria relevancia en el caso concreto de premoriencia del hijo instituído heredero que seguramente inspiraron las reglas clásicas in locus patris sui filii appellatione omnes liberos intelligimus".

La solución de admisión parcial (cuando se trata de descendientes del testador no satisface, haciendo notar Sierra Bermejo que frente a este criterio se opone "una práctica notarial constante que no ha

tropezado con obstáculos en la calificación registral, ni ha motivado controversias (4), y que viene aplicando, en los casos de premoriencia del descendiente instituido, el derecho llamado de representación, con la misma amplitud que lo regula para la sucesión intestada "el Código civil español. (5)

No todos los que rechazan la tesis de la admisión parcial piensan que el Código español admite el derecho de representación en la sucesión testada. Al otro extremo está de la Cámara Alvarez que juzga que "el derecho de representación propiamente dicho no actúa en la sucesión testamentaria porque es imposible que actúe" (6), y que en esta sucesión, la primera determinación debe ser si se puede justificar una sustitución vulgar tácita, en la ausencia de una expresa. En caso negativo, estima que existe preterición cuando se refiere a la estirpe del hijo premuerto, indigno o desheredado. Otros autores, por otra parte, opinan que los artículos 761 y 857 evitan la preterición con respecto a la estirpe del hijo indigno y desheredado, aunque Roca Sastre (7) deja bien claro que estos artículos no constitu-

---

(4) Hasta el litigio que motivó la sentencia de 6 de Diciembre de 1.952.

(5) SIERRA BERMEJO, El derecho de representación en la sucesión testada, Revista Anales de la Academia Matritense y del Notariado, tomo 4, 1.948, p. 451

(6) CAMARA ALVAREZ, de la, El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos, Revista de Derecho Notarial, enero-marzo de 1.955, p. 17-18.

(7) ROCA SASTRE, Estudios de Derecho Privado, tomo II, p. 270-271.

130

yen manifestaciones de derecho de representación en la sucesión testada. La preterición se funda en el juego del artículo 814 con el 807. El Código civil filipino ha reproducido el artículo 814 en su artículo 854 con una aclaración muy significativa:

"Art. 854. La preterición u omisión de alguno, de algunos, o de todos los herederos forzosos en línea directa, sea que vivan al otorgarse el testamento o sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero; pero valdrán los legados y mandas en cuanto no sean inoficiosas.

"Si los herederos forzosos omitidos fallecieren antes que el testador, la institución surtirá efecto, sin perjuicio del derecho de representación: "(Enfasis nuestro.)

Estas consideraciones nos convencen que es necesario un estudio más detenido del Código civil filipino con referencia a la planteada, precedido por un resumen de las distintas opiniones en la doctrina española. Tal resumen tendrá, sin duda, un gran valor para nosotros y nuestros colegas de Filipinas puesto que los preceptos del Código español en que se basan los comentaristas españoles para sostener una u otra solución han sido reproducidos por el filipino, aunque con modificaciones y aclaraciones en ciertos casos. La solución, pues, prevista por el Código filipino puede ser distinta de la de su antecesor sólo en cuanto las enmiendas permiten un cambio de norma. Además, es posible que la polémica en la doctrina española hayan influido en la redacción de las enmiendas que así podrán reflejar aceptación o rechazo de algún que otro argumento. Comenzamos nuestra exposición de las distintas opiniones en la doctrina española con la tesis de la admisión parcial.

Tesis de la admisión parcial.- El derecho de represen-

tación según Sánchez Román, a pesar de figurar en el Código civil español como una sección de la sucesión intestada, tiene aplicación a la testada cuando por la premoriencia, por ejemplo de los hijos que distribuirían su legítima in capita, suceden en ella in stirpes los nietos, y también en los supuestos de incapacidad y desheredación de alguno de aquellos; pero estas posibles aplicaciones de derecho de representación a la sucesión testada no pueden tener lugar propiamente en las de carácter voluntario, porque la institución no es forzosa, sino en la de carácter legal, o sea en lo concerniente a las legítimas. <sup>(8)</sup> Este derecho, explica este autor, es de naturaleza esencialmente legal. La ley, de índole excepcional y de aplicación estricta por su exclusivo ministerio, le establece y le reconoce únicamente a determinados parientes, en supuestos taxativamente previstos en ella. (9)

En cambio el título de la sucesión testada según De Diego, es de origen voluntario y carácter personalísimo y por lo tanto, es evidente que no hay términos hábiles para el derecho de representación puesto que los llamamientos son individuales y la premoriencia del instituido como su incapacidad, aniquilan la institución (10). El testador, observa Josserand, ha entendido gratificar a tal persona y no a tal otra, ni siquiera a sus descendientes ni aún a sus hijos legítimos; la representación, que tiene lugar en las sucesiones abin-

---

(8) SANCHEZ ROMAN, Estudios de Derecho Civil, Tomo 6, Vol. 3, p. 1701.

(9) Idem, pg. 1.700.

(10) DE DIEGO, Instituciones de Derecho Civil Español, Vol. 3, p. 291.

testato, no existe frente a los testamentos. (11)

Puig Peña indica además que como en la sucesión testamentaria, hay que respetar de forma absoluta la voluntad del causante, parece ser que el derecho de acrecer también impide que actúe el derecho de representación en la sucesión testamentaria respecto a la porción voluntaria. "Como quiera que vienen a la herencia otros herederos instituídos nominalmente, es por lo menos dudoso, como afirma Ruggiero, que la voluntad de aquel tendiera a favorecerlo en defedto del instituído; y no se puede, por tanto, montar este derecho sobre una situación de duda" (12).

Mucius Quintus Scaevola piensa que la representación sucesoria y la sucesión testamentaria son instituciones antagónicas. Según él, el Código civil español trata de la representación dentro del capítulo de la sucesión intestada, obedeciendo a un criterio científico, para indicar que la representación es privativa de la sucesión sin testamento y ajena por completo a la testamentaria. (13)

"Por qué esto? Porqué la herencia legítima atrae a la representación y es repelida por la testamentaria? Porqué la primera descansa en la ley de la sangre, en el parentesco con su consiguiente atributo de líneas y grados, elementos propios e indispensables para la representación, en tanto que la segunda se basa exclu-

---

(11) JOSSERAND, Cours de Droit Civil positif francais, T. III, p. 880 (2ª ed.); citado por Castán en su obra citada en la siguiente nota 19, p. 12-13.

(12) Puig Peña, Derecho Civil Español, 1.954, Vol. V-1, p. 552.

(13) Mucius Q. Scaevola, Código Civil, 1.904, Vol. XVI, p. 265-266.

sivamente en la voluntad del testador, elemento diverso, en el orden legal, al de la naturaleza o de la sangre. La corriente sucesoria testamentaria sólo llega a las personas taxativamente designadas por el testador: la legítima avanza por las líneas recta yncolateral de grado en grado, y esto permite la subrogación de las personas que ocupan alguno de ellos en el que han dejado vacante otros que fallecieron con anterioridad. En la sucesión por testamento, la herencia se obtiene por determinación de una última voluntad: si nada se adquiere, nada se puede transmitir; ha lugar a hablar de transmitir pero no de representar. En la sucesión por ley, derivando de ésta el derecho a la herencia, por virtud del afecto presumible del difunto, cabe que, fallecido uno de los llamados a suceder con anterioridad al causante, los descendientes del premuerto, salvando el principio de que el pariente más próximo excluye al más remoto, ocupen su lugar en la línea. En una palabra, donde hay línea y por consecuencia grado, es lícito hablar de representación: donde no existan tales elementos es imposible traerla a la vida legal" -concluye Mucius Quintus Scaevola (14).

No obstante, M. Q. Scaevola opina que aun habiendo testamento, se ofrece el caso de la representación puesto que los descendientes entran en la legítima por ministerio de la ley, con independencia de la voluntariedad del ascendiente, por sucesión forzosa la cual se regula por los principios de la sucesión intestada.

---

(14) Mucius Q. Scaevola. Código Civil, 1.904, Vol. XVI, p. 265-266.

La sucesión en la porción reservable a los descendientes -dice- es pura y genuinamente legítima, con todos sus mismos atributos u otros similares (15).

En igual sentido, Serrano escribe: "El derecho de representación está reconocido, indudablemente, para la primera (sucesión legítima). Pero también lo está a nuestro juicio, para la segunda (sucesión testamentaria), en aquello en que la voluntad del testador tiene que subordinarse a la imposición de la ley. En verdad que, en lo aludido, la sucesión testamentaria es tan legítima, o reglada por la ley, como la no testamentaria. Nos referimos a la herencia forzosa. La porción de la herencia que, como a legitimario, correspóndele a un hijo, el cual premuere al testador y deja hijos, o es desheredado, o por indigno se incapacita para heredar, recíbenla esos hijos, representantes de su padre en la sucesión testamentaria del abuelo, en lo que de ella respecta a la legítima o herencia forzosa" (16)

Mucius Q. Scaevola explica que en la sucesión bajo testamento de un ascendiente, hay que considerar distintas y separadas la sucesión en la porción legal o forzosa y la propiamente testamentaria. Puede decirse que en tal caso, el causante muere parte testado y parte intestado en el sentido de sucederse en aquella por la voluntad del testador y en ésta por designación de la ley. En la herencia voluntaria no hay representación, sino transmisión de derechos cuando los ha adquirido el causante. En la forzosa, al contrario, precisamente cuando no puede adquirir los bienes el ascendien-

---

(15) Mucius Q. Scaevola, Código Civil, 1904, Vol. XVI, p. 265-266.

(16) Serrano en "Enciclopedia jurídica Española, Tomo XI, p. 98.

vienen sus descendientes a suceder en ellos en lugar de él por representación. (17)

La posición de esta doctrina, pues, en las palabras de Valverde, es que el derecho de representación no es exclusivo ni peculiar de la sucesión intestada, sino que se aplica también a la sucesión testamentaria en materia de legítima (18). Esta opinión se funda principalmente en el juego de los artículos 761, 766 y 857. Castán concreta los argumentos de esta teoría de este modo:

"El sistema en síntesis es el siguiente: en la porción legítima se aplica el derecho de representación según se infiere claramente de los artículos 761, apartado primero, y 857 del Código civil, que establecen para los casos de indignidad y desheredación, que los hijos del incapacitado o del desheredado ocuparan el lugar de éste, adquiriendo sus derechos respecto a la legítima; en la porción libre, por el contrario, no tiene lugar el derecho de representación toda vez que el artículo 766 dispone que "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" (19).

Ahora bien, ¿si los artículos 761 y 857 se refieren respectivamente a la indignidad y la desheredación, qué artículo prevé el supuesto de la premoriencia?. Este

---

(17) Mucius Q. Scaevola, Op. cit. p. 267

(18) Valverde, Tratado de Derecho Civil Español, 1.939, Vol. V, p. 401.

(19) Castán, El derecho de representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria, (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Agosto de 1.942) en Separata, p. 16.

problema no ha escapado a la atención de Manresa que observa:

+ " ¿Puede admitir esta conclusión en los casos taxativos de los artículos 761 y 857, y negarse en el caso de premorir al testador un hijo que deja a su vez otros hijos o descendientes legítimos? No lo juzgamos posible. Si la ley permite la representación del hijo indigno o desheredado, es porque los considera como muertos legalmente a los efectos de la sucesión, y no quiere castigar a su inocente descendencia. Resuelve casos especiales, pero fundándose en la no existencia, en el caso general y natural para el que fué establecido el derecho de representación. Al hijo muerto le representan sus hijos en el lugar de su padre, y le representan también en la sucesión legítima, y en la sucesión de la legítima con arreglo a la voluntad de la ley, que es la que establece la una y la otra (20).

En igual sentido, dice Mucius Q. Scaevola: "Los artículos 761 y 857, aunque con palabras no adecuadas del todo el primero, afirma esta doctrina en subordinación a la indignidad y a la desheredación respectivamente, y si esto es así con referencia a la representación inter-vivos, con igual o mejor motivo ha de serlo en cuanto a la que se verifique por causa de muerte". (21)

Mucius Q. Scaevola, sin embargo, no se limita a basar su opinión en principios generales, sino opina que el artículo 766 es autoridad para tal conclusión. "El artículo empieza distinguiendo al heredero voluntario del forzoso. Nada transmite a sus sucesores el heredero voluntario que no sobrevive al testador; a sensu contrario, el heredero forzoso lo transmite. Ninguna novedad ofrece esto. Los hijos, por ejemplo, del heredero

---

(20) MANRESA, op. cit., (Quinta ed., 1921), Tomo VI, p. 257.

(21) MUCIUS Q. SCAEVOLA, Op. cit. vol. VI, p. 266.

forzoso, en la sucesión del antecesor común, no pueden perder por muerte de su padre, como no lo pierden por incapacidad el derecho a suceder en la legítima correspondiente; pero a no ser por lo dispuesto en este artículo, no se podría defender sino acudiendo a los principios generales del Derecho -concluye " (22).

Así también interpreta Valverde el artículo 766. "Merece una aclaración este último artículo (el 766) -dice Valverde. Si el heredero voluntario que muere antes que el testador, nada transmite a sus herederos; de lo cual se infiere a sensu contrario, que el heredero forzoso si transmite; pero ha de entenderse la transmisión respecto a las legítimas, más no a las mejoras ni a los legados, pués siendo éstos actos voluntarios del testador, son, con relación a ellos, los beneficiados herederos voluntarios". (23)

Sánchez Román estima que la interpretación a sensu contrario de la citada frase "El heredero voluntario que muere antes que el testador" es incorrecta e inadmisibile. En su comentario del mismo artículo, dice Sánchez Román: "Tres supuestos o hipótesis contiene este artículo: el de premoriencia del heredero, el de incapacidad y el de renuncia a la herencia: de los tres, el primero se refiere únicamente al heredero voluntarios; los otros dos, tanto al que tenga este carácter como al forzoso, y en todos ellos se entiende que los herederos nada han adquirido y nada transmiten a sus sucesores, con la excepción de lo dispuesto en los artículos

---

(22) Vid la 5ª ed. (Ortega Lorca), Tomo XIII, p. 495-496.  
(23) VALVERDE, op. cit., 1ª ed. Tomo V, p. 166.

761 y 857. Estos son los términos del precepto legal que estudiamos, pero no pueden aplicarse así, de un modo absoluto; la palabra "voluntaria", referida al heredero que muere antes que el testador, o no significa nada o quiere indicar que el heredero que no tenga esa condición, es decir, el heredero forzoso, está fuera del alcance de dicho artículo. Y es esto verdad? De ninguna manera.

"El heredero forzoso que premuere al testador, transmitirá, si, a los suyos su derecho, pero solo en el caso que estos tengan el de representación, conforme a lo dispuesto por el Código, y lo que éste dispone es que "El derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, pero nunca en la ascendente"; luego, si fallece el padre o abuelo antes que el hijo o nieto respecto del cual tuvieran la condición de heredero forzoso, ningún derecho transmiten a sus sucesores; sólo el descendiente, muerto antes que el testador transmite a sus herederos el derecho que tuviere a la sucesión de aquél, en cuanto a su legítima. Lo mismo sucede en el caso de incapacidad; pero ya en este caso, el artículo 766 se refiere a toda clase de herederos, con la excepción de lo dispuesto por el 761, que, en concordancia con el 929, salva en este caso los derechos de los descendientes del incapaz, que es a su vez descendiente del testador; que es lo que también acontece con la excepción del 857, que prevé al caso de desheredación, la cual no se menciona en el artículo 766, y todo ello indica que éste no debió redactarse en esta forma, sino en esta otra, por ejemplo, que es en la que rectamente ha de entenderse y aplicar-

se: "El heredero que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia, no transmiten ningún derecho a sus sucesores, salvo en los casos con arreglo a la ley del derecho de representación". Siempre que se trata del derecho de transmisión del heredero forzoso a sus sucesores, se hace referencia exclusivamente a lo que por legítima le corresponde; en cuanto a lo demás, tiene la consideración de heredero voluntario". (24)

En esta polémica que revela un pequeño desacuerdo entre los que sostienen la doctrina de la admisión parcial Manresa comparte la opinión de Sánchez Román de que no se puede argüir a sensu contrario de la citada frase:

"Bien examinado el artículo que nos ocupa, sobra en él la palabra "voluntaria", ya que es evidente que, salvo las excepciones contenidas en los artículos 761 y 857, el heredero voluntario o forzoso, que muere antes que el testador, o es incapaz de heredar, o renuncia a la herencia no transmite derecho alguno a sus sucesores.

"Ni puede afirmarse para explicar la frase heredero voluntario y limitarla al caso de muerte, que no podía regir la misma regla para el heredero forzoso, ya que al premorir transmite sus derechos por virtud de la representación. En primer lugar, ocurre exactamente lo mismo en el caso de incapacidad y en segundo término no todos los herederos forzosos que premueren al testador transmiten sus derechos a sus sucesores, pues esta transmisión, si transmisión puede llamarse, sólo puede tener lugar en los casos en que proceda el derecho de representación. El padre o abuelo incapaces de heredar o muertos antes que sus hijos o nietos, aun siendo herederos forzosos, ni heredan ni pueden transmitir sus derechos a sus herederos. Sólo los descendientes, herederos forzosos de sus as-

---

(24) SANCHEZ ROMAN, Op. cit. 6ª ed., vol. VI-1, p. 638-639.

140

endientes, transmiten sus derechos aun premuriendo o siendo incapaces, eso sólo también en el caso de tener a su vez hijos o descendientes y con relación a su legítima. (Subrayado nuestro).

"Como hemos indicado anteriormente, si bien tratándose de descendientes la muerte o incapacidad de éstos, anterior a la del causante, no priva de derechos a sus sucesores; esto debe entenderse respecto de las legítimas, pero no en cuanto a la mejora o legado, pues siendo puramente voluntarios estos actos del testador, se encuentran en relación a ellos en el mismo caso e idénticas circunstancias que el heredero voluntario". (25)

Con esto, creemos que hemos tratado exhaustivamente la tesis de la admisión parcial y pasamos a continuación a considerar las teorías que sostienen criterio positivo.

Teorías positivas.- Para Novoa Seoane, (26) es indudable que el derecho de representación es aplicable en las sucesiones testamentarias; en cuanto a los descendientes en todo caso es aplicable; y en cuanto a los colaterales, en los casos de no existir sustitución de heredero por las diferencias que hay que establecer entre la herencia forzosa y la voluntaria. No todos lo entienden del igual manera -dice Novoa- por ser frecuente el estudio aislado de los artículos del Código, para buscar en cada caso el que por su letra se acerque más a la cuestión, sin relacionarlo con el espíritu y naturaleza de las diferentes instituciones que forman el conjunto del Derecho privado.

Señala Novoa, ante todo, que el derecho de representación en los casos que tiene lugar es de carácter

---

(25) MANRESA, Op. cit., 6ª ed., Vol. VI, p. 95-96.

(26) NOVOA SEOANE, El Derecho de representación según el Código civil. Antinomias aparentes, Revista de Derecho Privado, 1.914, p. 143-145.

principal en las sucesiones familiares y opina que ningún otro puede destruirlo porque responde a un principio que desde los tiempos remotos inspiró al legislador, consultando los altos intereses de la sociedad y de la familia.

Así, pues, expresa Novoa que no importa que los preceptos sobre el derecho de representación se hallan en el capítulo de la sucesión intestada, ni lo que aparentemente dicen otros del mismo Cuerpo legal en oposición con ellos, porque si la letra de la ley no fortaleciera su opinión, sería siempre lícito, dentro de los principios generales del Derecho, establecer prioridad entre las disposiciones especiales aplicables a determinadas sucesiones, y las generales que se refieren a casos comunes, en que el legislador estableció reglas ordinarias que no pueden anular aquéllas sin violentar el privilegio que en el orden de suceder tienen determinadas personas por el mayor vínculo que les une con los causantes de la sucesión.

A pesar de todo, opina Novoa que no será necesario acudir a principios generales, porque, según él, "la ley está clara: el artículo 925 (972 del filipino) del Código civil determina que el derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, y esta palabra siempre no puede referirse, por deducciones, sólo a la sucesión legítima, tanto porque el heredero forzoso que muere antes que el testador, según el artículo 766 (856 del filipino, enmendado) transmite sus derechos a los descendientes, cuanto porque el artículo 929 (977 del filipino, enmendado) al decir que no se podrá representar a una persona viva, sino en los casos

de la desheredación o incapacidad, señala perfectamente su aplicación a la herencia testada, pués sólo en ella puede darse el caso de la desheredación, según el artículo 849 (916 del filipino); de suerte que puede afirmarse con el texto de la ley que en la línea recta descendente se dá siempre y en todo caso el derecho de representación".

"En cuanto a la línea colateral, colocado el artículo 927 (975 del filipino) que la regula, en la misma sección que trata de ese derecho, en cuanto a los descendientes, no hay razón para negarlo, -continua Novoa- sino para limitarlo tan sólo a los casos en que el testador, al instituir a sus hermanos voluntariamente, no hubiese dispuesto otra cosa previendo que le premuriesen los instituídos o no fueran capaces para suceder; y, por tanto, entendemos que cuando el testador instituye simplemente a sus hermanos y alguno de ellos le premuere o no puede adir la herencia, dejando hijos, éstos suceden por estirpes en concurrencia con sus tíos, haciendo ineficaz el derecho de acrecer".

Novoa indica que el derecho de acrecer, tan importante en la legislación romana, por la manera de ser de aquel pueblo, ha tenido muy poca significación en las leyes castellanas desde el Ordenamiento de Alcalá, quedando sólo con carácter voluntario amparado por la jurisprudencia y no tiene más aplicación que el de supletorio en las sucesiones, Por lo tanto opina que el derecho de acrecer es siempre subordinario al derecho principal de representación en los casos en que debe tener lugar. No se entiende generalmente así -nos explica- porque el número 2º del artículo 982 (1.016 del filipino, enmendado) del Có-

digo civil lo reconoce sin salvedad alguna, cuando el llamado a herencia con otros muere antes que el testador o renuncia a la herencia o es incapaz para recibirla; pero aún cuando el derecho de acrecer ocupa en el código una sección especial (igual que en el filipino), no está en ella contenida toda la doctrina que lo regula, pues otras disposiciones colocadas en diferentes lugares del mismo código fijan su verdadero carácter. A su juicio el artículo 922 (p68 del filipino) proclama como principal el derecho de representación en todo caso sobre el derecho de acrecer por la cual concluye que el derecho de representación en la línea recta descendente excluye siempre al acrecer, y en la línea colateral también cuando la institución es simple, porque este derecho, según el precitado artículo 922 se antepone al de acrecer con orientación análoga, Escobar (27) expresa que la mera catalogación de un precepto le parece insuficiente para llegar a ciertos géneros de trascendentales conclusiones, sobre todo cuando se trata de textos legales tan complejos cual un Código civil.

Como Novoa, Escobar entiende que los artículos 929 y 925 son pruebas de que se admite el derecho de representación en la sucesión intestada. Escobar dice:

"Al admitir el 929 que puede representarse a una persona viva en los casos de desheredación o incapacidad, he aquí un portillo por donde filtran al derecho de representación en los terrenos de la herencia testada, y no con caracteres de gota a gota, sino de brazo fuerte, por llegar ello

---

(27) ESCOBAR, "El derecho de representación en la herencia testada", Revista de Derecho Privado, 1.954, págs. 206-207.

a constituir un argumento de terrible fuerza -dicen- en pro de la admisión del expresado derecho en la sucesión testamentaria: luego consideran, si a los hijos del desheredado se les admite a la representación, no pueden ser de condición inferior a estos los hijos del premuerto o incapaz. Es, en efecto, una consideración que nos convence tanto por razones de orden moral como legal. E insistiendo añaden que, según el artículo 925 del Código civil (972 del filipino), "El derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente"; es lo cierto que la subrayada palabra no se hubiera empleado para referirse solo a la herencia intestada de modo que su rotundo sentido trasplanta la representación en la línea descendente al seno de la herencia testamentaria. Pero admitida para los descendientes no va a negarse a los hijos de hermanos instituidos herederos, pues razones de equidad lo impedirían. E infieren en total síntesis, por modo rotundo, que el derecho de representación tendrá lugar en todo caso con testamento y sin él. Ya tenemos, pues, al derecho de representación muy justa legalmente y parecidos que modo indiscutible, encuadrado en el marco general de la herencia testada. Además, a su juicio, el artículo 924 fija la extensión del derecho de representación, tanto en la sucesión intestada como en la testada, en la de todos los derechos que la persona representada tendría si viviera o hubiera podido heredar. Le es incomprendible que "la palabra todos juega su íntegro contenido y amplitud en la sucesión intestada, más no así en la testada, donde sufre cortes o machetazos que la dejan reducida a una coparticipación en la legítima, y aquí -señala Escobar- es donde sus propios partidarios se dividen, por entender unos que hay que referirse a la legítima en la amplitud de las dos terceras partes que le señala el artículo 808, o legítima larga, que dicen, o solamente a uno de dichos tercios, al que llaman de legítima estricta o corta".

Sierra Bermejo y Gimenez Arnau consideran el problema de la representación sucesoria en la sucesión testada sola en cuanto se trata de hijos y descendientes del

causante pero aunque ambos defiendan el criterio positivo, sostienen distintas posiciones que expondremos a continuación.

Comienza Sierra Bermejo (28), observando que la convicción notarial de que la voluntad del testador es soberana y de que frente a ella no se puede dar a un precepto legal una valoración tan desorbitada ha ido creando una práctica notarial acerca del derecho de representación en la sucesión testada que es más conforme a la intención del testador en las sucesiones familiares y la más ajustada a los principios que informan la regulación de esta materia en dicho código civil. En la sucesión voluntaria, la voluntad del testador es la ley primordial. Si de esta voluntad, expresa o tácita, resulta posible aplicar el derecho de representación y razones de equidad lo aconsejan, no deberá huirse de darle entrada por la obsesión y el principio tan reiterado de la interpretación restrictiva de sus normas, que ni son excepcionales ni suponen un privilegio ni constituyen una ficción. Es decir, que la voluntad tácita del testador debe ser buscada, y a ello no se opone la regla de interpretación del artículo 675 del código civil.

Tampoco debe olvidarse jamás -dice- cuando se trata de interpretar y suplir cualquier equívoco o silencio en la materia, por parte de la ley o el testador, que el derecho de representación tiene no solo el fundamento subjetivo de dar a los bienes el destino más conforme con la presunta voluntad del de cuius, que se interpreta ser la de asegurar la continuidad económica de toda su estirpe, sino también, como hace ver el profesor Castán, un doble fundamento objetivo, de orden humanitario y familiar.

---

(28) SIERRA BERMEJO, op. cit. págs. 449 y 478.

No duda Sierra Bermejo que la voluntad tácita del testador se identifica plenamente con el derecho de representación, cuando el testador no expresa claramente lo contrario. "Es norma de la experiencia -dice- que nos da la vida y que nosotros, los Notarios, también conocemos que el testador, cuando no expresa claramente lo contrario, desea que sus bienes se distribuyan con arreglo a los preceptos que rigen la sucesión intestada, puesto que estos principios han contribuido de tal modo a formar una conciencia jurídica, por lo mismo que de ella nacieron, que entre nosotros se estima como norma y pauta que siguen los testadores. Si los preceptos de la herencia intestada entran en vigor supletoriamente en el caso de que el causante no deje ninguna disposición de última voluntad, ¿ por qué no ha de dárseles vigencia para llenar las lagunas del testador ?

Estima Sierra Bermejo por todas estas consideraciones que el derecho de representación, indefinido en la línea recta descendente, forma parte esencial del orden de sucesiones vinculares puesto que para negar en la línea recta descendente la representación, era indispensable estatuto expreso del fundador, que antepusiera la proximidad de grado. Buena prueba de ello, según este autor, es que a la admisión del derecho de representación hay que acudir, y a él acuden los mismos que le niegan, para explicar, interpretar y aplicar artículo tan fundamental como el 807 (887 del filipino) clave y cimiento a la vez de toda la sucesión de herederos forzosos.

Reproduce Sierra Bermejo el comentario de Sánchez Román del primer apartado del artículo 807 que, en síntesis es el siguiente: De este texto legal que dispone que son herederos forzosos los hijos y descendientes legíti-

mos respecto de sus padres y ascendientes legítimos, no está tan claro ni se infiere como se debe distribuir la legítima, pero su falta de expresión se sustituye por la convicción jurídica general y por la aplicación de analogía del artículo 924, que define el derecho de representación.

Seguidamente comenta Sierra Bermejo:

"Aclaremos nosotros, no es por la aplicación analógica del artículo 924 solamente por lo que ha de llegarse a esa explicación. Es por la aplicación estricta de otro precepto que, aun colocado en el capítulo rubricado por la sucesión intestada, hay que traerle a colación, como otros de la misma sección, a ambas clases de sucesión, y que dice terminantemente: "en las herencias -sin distinguir testadas o intestadas- el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar".

"El legislador entiende aplicables aquel principio de proximidad de grado y este derecho de representación en la sucesión testada forzosa, con tal evidencia, que al fijar el primer orden de los hijos y descendientes legítimos entre los herederos forzosos no siente la necesidad de aclarar la forma y la cuantía en que han de entenderse llamados, ya que de sobra sabe que el artículo 921 recoge la doctrina general y los principios fundamentales que rigen las sucesiones familiares según el Código, que nadie puede preten achicar sustrayendo a su influencia y a sus normas la sucesión testada de los herederos forzosos, mientras señorean sin cortapisas la sucesión intestada.

"Y buena prueba de que ello no es omisión por inadvertencia, ni lapsus del legislador, está en que dos artículos más allá, en el 810, precisamente porque en la línea recta ascendente no se dá el derecho de representación, bien cuidadosa y detalladamente determina la forma y cuantía para la distribución de la legítima entre los padres y ascendientes del testador".

Sierra Bermejo acoge los argumentos hallados por

Novoa Seoane basados en los artículos 925 y 929, pero además señala que "hay otro precepto terminante, fuera ya de la sucesión intestada, dentro del capítulo VI, que lleva la rúbrica "De la Colación y Partición", que es el artículo 1.038 (art. 1.064 del filipino), suficientemente claro, expresivo y terminante: "Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tios o primos colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre si viviere, aunque no lo hayan heredado.

"También colacionarán lo que hubiesen recibido del causante de la herencia durante la vida de éste, a menos que el testador hubiere dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad si no perjudicare a la legítima de los coherederos".

En torno a este artículo que en su segundo artículo habla de un "testador", Sierra Bermejo se contenta en reproducir los comentarios de Goyena y Manresa de que la regla, en las palabras de Goyena, "es una consecuencia forzosa del derecho de representación".

Finalmente apunta como otro argumento, el artículo 985 que regula el derecho de acrecer entre los herederos forzosos.

Este artículo 985 (art. 1.021 del filipino) dispone que: "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.

"Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer".

"De su letra y de su espíritu se infiere claramente -dice- que entre los herederos forzosos no existe porción vacante, requisito para que se produzca el derecho de acrecer, más que en un caso: cuando hay repudiación de la

herencia por uno de ellos, que es precisamente cuando no se dá el derecho de representación. La primera parte del segundo párrafo, "Si la parte repudiada..." establece claramente que este supuesto de repudiación como productor de la porción vacante en la legítima, es también el del primer párrafo referente a la parte de libre disposición ". Entonces, "si la porción vacante, lo mismo en la parte de libre disposición que en la de legítima, resulta de la premoriencia, o de la incapacidad, o de la desheredación de uno de los herederos forzosos y existen hijos o descendientes del premuerto, incapaz o desheredado, como no se da el supuesto de la repudiación, único patente en el artículo 985 para que entre en juego el derecho de acrecer entre los herederos forzosos, si no se admite íntegramente el derecho de representación, habría que darse paso a los herederos legítimos del testador, según el artículo 986, en cuanto a la porción vacante, lo que resulta absurdo y desorbitado", -concluye.

"Tan natural y fácilmente se llega a la conclusión de que el derecho de representación es institución que atañe natural y ordinariamente a la sucesión testada forzosa como a la intestada que parece inexplicable que la doctrina de los mejores tratadistas haya logrado enturbiar materia de tal claridad". Esta, en fin, es la posición de Sierra Bermejo.

"Gimenez Arnau (29), en cambio, aunque sostiene el criterio positivo, admite ciertas excepciones y además ofrece como solución alternativa la preterición. Como Sierra Bermejo, este autor empieza su estudio advirtiendo que la práctica notarial se opone a la doc-

---

(29) Giménez Arnau, "El Derecho de representación en la sucesión voluntaria", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1.940, pág. 20-30.

- 150 -

trina de la admisión parcial puesto que ésta lleva a un resultado absurdo y además injusto. Un testamento, por ejemplo, en que hay una distribución igualatoria del caudal equivale a una anticipada declaración de herederos ab-intestato, hasta el punto de que, no habiendo testamento anterior que revocar, se llama jocosamente en el "argot" notarial de los opositores el testamento del muerto.

¿A que atribuye Giménez Arnau la causa del error de la doctrina de admisión parcial? Indica que esta doctrina se parte de una afirmación que, a su juicio, es falsa: "partiendo del concepto de la 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. Quizás -continúa- por nuestra enemiga a las abstracciones ilógicas, no alcanzamos a ver como UNA MISMA PERSONA, que sucede a UN MISMO CAUSANTE en UN SOLO PATRIMONIO y en virtud de UN SOLO TITULO TESTAMENTARIO, puede presentar esta doble personalidad".

Arguye Giménez Arnau que un sucesor legítimo en este caso no ostenta esta doble personalidad porque la ley legitimaria, al establecer la legítima, se limita a establecer un control a la voluntad del testador y que esta voluntad, con tal que no quebrante los preceptos de la ley, debe ser íntegra y rigurosamente respetada. Así pues, esta voluntad es la que determina el quid y el quantum del Derecho hereditario, y por lo tanto, es el origen de toda sucesión donde hay testamento. Consiguientemente, el heredero que adquiere un derecho en virtud de testamento y subordinado a la muerte del testador, es heredero voluntario en la totalidad del derecho adquirido puesto que lo

adquiere todo por título testamentario.

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

La razón fundamental -indica Giménez Arnau- 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.

Como el texto del 761 y 857 disponen para el caso del incapaz y del desheredado, el derecho de los hijos de éstos a suceder en la legítima, se arguye la existencia de la representación en cuanto a la legítima y su inexistencia en cuanto a la cuota de libre disposición.

Estima Giménez Arnau que "ni la expresión su derecho a la legítima, del 761, ni la calidad de 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 de incapaz o desheredado que fuese heredero forzoso son, a su vez, herederos forzosos". 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 adquirieron el rango de legitimarios. Entonces, si el testador no ha mencionado para nada a tales descendientes -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 representado.

" Así debe ser, porque la falta que supone la desheredación o la incapacidad, como todos los hechos punibles, son personalísimos. La culpa, como la pena, no se transmite a sus herederos; y nada digamos de la premoriencia, que no extraña por parte del que premuere idea alguna de culpabilidad".

Señala este autor que 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. Si el testador no previene la sucesión de los descendientes de segundo o ulterior grado, los omitidos pueden accionar contra los instituidos en cuanto A LA TOTALIDAD DE LOS DERECHOS HEREDITARIOS, por haber sido preferidos (art. 814 ). La omisión de estos herederos que, a su vez, adquieren el rango de legitimarios, anula la institución de herederos, aunque dejando subsistentes las mejoras y legados. La conclusión tiene que ser idéntica si el heredero intermedio fallece o incurre en incapacidad después de otorgado el testamento en el que figuraba instituido.

Las conclusiones de Gimenez Arnau se concretan así: Como la primera investigación que se impone será la de comprobar si la voluntad del causante puede mantenerse lícitamente porque no quebranta el régimen de legítima, no hay más solución sino admitir la representación sucesoria en la totalidad de la parte asignada al representado.

Rechazada esta solución, la conclusión en cuanto a la distribución del haber hereditario será exactamente la misma que si se admitiera la representación, mediante un

rodeo, apoyándose en las normas relativas a la preterición.

Ahora, si el testador legó o mejoró expresamente algo a sus hijos, excluido el representado, sus representantes no vendrían en tal caso, a esta porción."Mientras el artículo 766 - dice - no se modifique, solamente puede afirmarse que en la sucesión voluntaria existe el derecho de representación con la misma extensión que en la sucesión intestada, salvo en cuanto a los derechos que el heredero que falte hubiera recibido como mando o mejora".

La posición de Sierra Bermejo difiere de la de Gimenez Arnau, como pueden apreciar, en que se muestra disconforme con la pretensión como solución alternativa, 30 insistiendo además en la aplicación total e incondicional del derecho de representación en la "sucesión testada forzosa".

Teorías negativas.- Las argumentaciones de las que sostienen criterio positivo no logran convencer los autores cuyas ideas expondremos a continuación. En el Derecho constituido de España, estiman estos autores que no existe el derecho de representación en la sucesión testamentaria, recogiendo los argumentos de la doctrina de admisión parcial para rechazar la pretendida aplicación, pero también exponen otros nuevos.

La llamada representación sucesoria aparece como un fenómeno propia de la sucesión intestada - dice Puig Brutau - al estar destinada a establecer una excepción a la regla de que el pariente más próximo excluye al más remoto. En la sucesión testada es la voluntad soberana del causante el factor que determinará la preferencia con que los parientes podrán entrar a suceder. (31).

---

(30) SIERRA BERMEJO, op. cit. Pág. 465 y siguientes.

(31) PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil, Tomo V, Vol. 3, pag. 401.

Roca Sastre se muestra categórico: "Tanto en el Código civil como en el Derecho romano, vigente en Cataluña, Navarra y Baleares, no hay supuesto alguno en que se admita ni siquiera excepcionalmente, el derecho de representación en la sucesión testamentaria.

"Es fácil demostrar este aserto, no solo por razones institucionales de falta de encaje de dicho derecho de representación en la sucesión testada, debido a que en esta ya se cuenta con superior resorte de la sustitución vulgar... sino porque tanto en el Código civil como en el Derecho romano no existe precepto a texto alguno que establezca el derecho de representación en la sucesión testamentaria, y este silencio es elocuente en punto a un derecho que es de creación a concesión de la ley" (32).

Roca Sastre señala que existen además indicaciones que el derecho de representación no está previsto en la sucesión testamentaria por el Código español. Enumera las siguientes:

"1.- El derecho de representación está regulado como una sección del capítulo del Código civil destinado a la sucesión intestada lo que demuestra que es una pieza o elemento sustancial del ordenamiento intestado.

"2.- El Código civil, en el caso de resultar inoperantes o ineficaces los llamamientos testamentarios, principalmente por causas de haber premuerto el llamado al testador, prevé lo que debe hacer entonces, hablando de la sustitución vulgar, del derecho de acrecer o de la apertura de la sucesión intestada; pero no hace la menor alusión al derecho de representación. En cambio al tratar de la sucesión intestada, no se olvida nunca de aludir al derecho de representación.

---

(32) ROCA SASTRE, Op. cit., pág. 267.

"3.- Siempre que el Código civil se refiere a casos de ineficacia de disposiciones testamentarias, alude a la posible existencia de un sustituto vulgar. Esto responde al criterio legislativo de que, en la sucesión testada, la sustitución vulgar suple o hace las veces del derecho de representación en la sucesión intestada, de modo que la existencia de aquella figura jurídica hace innecesario introducir la representación sucesoria en la herencia testamentaria.

"4.- Los autores que son partidarios de la representación sucesoria en la herencia testamentaria demuestran, con sus esfuerzos en admitirla, que ésta no existe en este tipo de herencia" (33).

Albi Agero también sostiene criterio negativo pero se limita a decir que, estando regulado el derecho de representación en la sección tercera del capítulo, llevando por rúbrica ese capítulo: "De la sucesión intestada", sólo en esta especie de sucesión cabe aplicarle.(34)

Rovira Mola elabora más sobre este argumento, indicando que la colocación del derecho de representación en la sucesión intestada no es meramente casual ni pudiera ser defecto de técnica legislativa de los que tanto abundan en este código, sino que responde a una convicción consciente del legislador, que ha colocado en su lugar oportuno dentro del Código civil dos instituciones que tienden al mismo fin: el derecho de representación en la sucesión intestada, y la sustitución vulgar en la sucesión testada.

---

(33) Idem, p. 267 y siguientes.

(34) ALBI AGERO, "Derecho de acrecer entre herederos forzosos, Revista de Derecho Privado, 1.942, pág. 117.

A esta conclusión se llega, según Rovira, si se tiene en cuenta que la aplicación en la herencia testada implicaría sin duda una sustitución vulgar tácita. (35)

Añade que el derecho de acrecer, otra de las instituciones que cumplen en la herencia testada los mismos fines que el derecho de representación en la ab intestato, se regula en el capítulo consagrado a exponer las Disposiciones comunes a las herencias por testamento o sin él. Esto, en su opinión, avala su tesis de que no es debida a una equivocación del legislador sino a un criterio plenamente voluntario, la colocación sistemática del derecho de representación en el campo de la sucesión abintestato. (36)

Para de la Cámara Alvarez, (37) la improcedencia de aplicar el derecho de representación en la sucesión testamentaria descansa más que en la exégesis de los artículos del Código español en la misma naturaleza de aquel derecho. El derecho de representación no es otra cosa que un llamamiento que la ley hace directamente a favor de la estirpe.

Concluye que el derecho de representación propiamente dicho no actúa en la sucesión testamentaria porque es imposible que actúe. En efecto, señala que el derecho hereditario en la sucesión testamentaria voluntaria nace, exclusivamente, del llamamiento contenido en el negocio testamentario, o sea que descansa, racional y técnicamente, en la voluntad del causante. Solo a falta de ésta entran en juego los llamamientos legales a la herencia (cfr. art. 659 del Código civil).

---

(35) ROVIRA MOLA, "Ambito del derecho de representación sucesoria en el Código Civil", *Revista de Derecho Privado*, 1.951, p. 507-508.

(36) Idem, pág. 508.

(37) DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Op.cit.*, pág. 17-87.

Interferir un llamamiento legal en la sucesión testamentaria, a su juicio, un contrasentido que la ley (art. 659) no permite, salvo respecto de aquella parte de la herencia de que el testador no haya dispuesto"

De la Cámara Alvarez estima que la doctrina suele plantear el estudio de la cuestión que nos ocupa sobre una base equívoca.

"Porque -señala- si de lo que se trata es de que en la sucesión testamentaria, al faltar un heredero, se den las mismas consecuencias prácticas que las que se producen en la sucesión intestada cuando juega el derecho de representación, lo lógico no es trasplantar precipitada y extemporaneamente una institución que tiene su asiento en el campo de la sucesión intestada al terreno de la testamentaria, sin ver si es posible llegar a aquellas consecuencias prácticas mediante una adecuada interpretación de la voluntad del testador".

Elabora que en "la sucesión testamentaria, hay que estar ante todo a la voluntad del testador que es quien de manera soberana, y con el límite de respeto debido a las legítimas, regula el destino que debe darse a su herencia. La ley, cuando el causante muere intestada, puede presumir directamente cual hubiera podido ser la voluntad del "de cujus". El intérprete ante un caso de sucesión testada, tiene, ante todo, que valorar, ponderar, e interpretar, la declaración de voluntad del testador. Si la estirpe no fue llamada por éste en lugar de su ascendiente de manera expresa, el problema se desplaza hacia la posibilidad de reconocer valor jurídico a la voluntad tácita o presunta del testador y hacia la determinación de los medios lícitos para fijar esa voluntad. Aun cuando quepa pensar en la aplicación de las normas de la sucesión intestada como medio de integrar una disposición testamentaria incompleta, ni esta aplicación podrá realizarse sin

un previo examen de la disposición testamentaria concreta, ni será viable en todos los casos".

Por eso dice que el procedimiento a seguir no es el de extender la representación a la sucesión testamentaria sino el de sentar una regla interpretativa de la voluntad del testador, que conduzca al mismo fin, indica que este es el punto de vista sistemático del B. G. B. (parágrafo 2.069) que con toda pulcritud técnica dice: "Si el testador hubiese llamado a uno de sus descendientes y éste muere después de hecho el testamento se admitirá en caso de duda, que sus descendientes están llamados en la medida en que pueden entrar reemplazándole en el orden de la sucesión legal".

A la sustitución vulgar tácita, dice que nada se opone a su admisión en el Código Civil, pues precisamente ésta es la idea que inspira el viejo aforismo romano filii appellationes omnes liberos intelligimus y que este aforismo ha sido ampliamente recogido por la jurisprudencia española, que lo aplica no solo al caso de que los hijos instituidos lo sean del testador, sino también en el supuesto de que sean hijos de otra persona.

De la Cámara Alvarez expone exhaustivamente en qué casos es posible aplicar este expediente. Cuando la sustitución vulgar tácita pueda establecerse en base a los elementos suministrados por el testamento mismo, entiende que su admisión no es problema. En caso contrario, es cuestión de reconocer que el testamento puede presentar lagunas y de que éstas pueden ser llenadas por el intérprete de acuerdo con lo que se estime voluntad presunta del testador. Indica que la jurisprudencia, en las sentencias de 3 de junio de 1.942 y 6 de marzo de 1.944 se ha inclinado por reconocer que se puede llenar esas lagunas, siempre que para ello se parte de las propias declaraciones del testamento. No obstante, señala que la sentencia de 6 de septiembre de

de 1.952 muestra un criterio un tanto amplio ya que parecē admitir la posibilidad de que se incorpore al testamento, por medios de prueba extrínseca, el llamamiento de los nietos por vía de sustitución vulgar, como aclaración o complemento de una disposición testamentaria deficientemente expresada. Con todo, advierte que no se puede dar un valor absoluto a esta sentencia ya que la misma rechaza la incorporación de la sustitución tácita por insuficiencia de prueba.

Lacruz y Albaladejo también acuden a la sustitución vulgar tácita "Para conseguir los efectos del derecho de representación en casos de sucesión testada en los que es de estricta justicia, puede entenderse, cuando haya suficiente base para ello, que, como apunta De la Cámara Alvarez existe en favor de los descendientes ulteriores, no el derecho de representación, impropio de la sucesión testamentaria, pero si una sustitución vulgar tácita. (38)

Roca Sastre, en cambio, observa que "siendo otorgador la mayoría de los testamentos ante notario, y dada la perfecta organización del Notariado español, es impropio pensar que el testador descuidó llamar por vía de sustitución vulgar la estirpe del hijo que ha instituído heredero, pues el Notario ya tuvo cuidado de advertirle la contingencia de premorir (o de renunciar o ser incapaz, etc.) el hijo instituído, con los peligros de preterición que dicha premoriencia entraña. Y así, cuando el testamento no contenga sustitución vulgar, ello será prueba de que el testador no quiso establecerla por las circunstancias que él tuvo en cuenta". (39)

No obstante, Roca Sastre admite la posibilidad de la sustitución vulgar tácita pero advierte que "solo cabe ver

---

(38) LACRUZ y ALBALADEJO, Op.cit., pág. 202.

(39) ROCA SASTRE, Op.cit., pág. 292.

una sustitución vulgar tácita en ciertos supuestos previstos por el legislador (por ejemplo, cuando estima la sustitución fideicomisaria implica la vulgar tácita), o cuando cabe conjeturar a base de un rationale vestigium voluntate, extraído del contexto del propio testamento, que el testador ha querido emplear la sustitución vulgar". Pero "si éste ni lo expresa así, ni tácitamente lo emplea, la ley ha de respetar su silencio, el cual hay que interpretarlo como repulsa del mismo, por no querer el testador llamar la estirpe. No puede admitirse, en buenos principios jurídicos, que respecto de lo que el testador guarde claro y absoluto silencio, pueda forcejear el intérprete, haciéndole decir, lo que evidentemente calla". (40).

Cuando no se puede justificar la sustitución vulgar tácita a favor de los sobrinos, entonces estos autores están de acuerdo que tales sobrinos no pueden participar en la herencia del testador, (al menos que se abriese la sucesión intestada donde tiene lugar el derecho de representación). En el caso de los nietos u otros descendientes de grado ulterior, sin embargo, recuerdan que éstos ostentan derechos legitimarios como se deduce de los artículos 807, 814, 761 y 857. Pero existen diferencias de opinión respecto a la aplicación de estos artículos, que expondremos a continuación.

Albi Agero (41) entiende, que cuando el testador instituye herederos a sus hijos por partes iguales, y uno de ellos muere antes que el testador, ha de dividirse toda la herencia, sin distinción entre el tercio libre y los tercios de legítima, entre los sobrevivientes y los hijos del premuerto, en virtud de la combinación del artículo 807 con el 814.

---

(40) Idem. p. 277-278.

(41) Albi Agero, Op.cit., p. 117 y siguientes.

Muriendo un hijo antes que el testador, dejando descendencia legítima no instituida por éste, cuya descendencia adquiere, desde que fallece aquel hijo, la cualidad de heredero forzoso para su abuelo el testador, es innegable -dice- que, al no haber sido instituida por éste, resulta preterida y fundándose en el artículo 814, podría pedir la nulidad de la institución de heredero y acudir a la sucesión intestada, con sus tios, en la que heredaría igual que éstos representando a su padre en vista de que, en este caso, no puede decirse que haya mandas ni mejoras, porque éstas requieren institución especial a título singular.

La posición de Albi Agero respecto a los demás escritores se distingue en que entiende que no es necesario abrir la sucesión intestada por nulidad de la institución hecha, según el número segundo del artículo 912 sino que bastará con aplicar sus normas, justificando la cualidad de hijos del premuerto con los correspondientes certificados de nacimiento. "Podrá decirse que para llegar a la solución que propugnamos se ha aplicado el derecho de representación, no obstante tratarse de sucesión testada; pero adviértase que solamente se ha hecho recoger normas de la sucesión intestada evitando la apertura innecesaria de ésta.

Señalamos que Albi Agero estima que esta solución se puede aplicar solamente en el supuesto de la premorienza de un hijo del testador, pero no al caso de la incapacidad en vista de que este último está regulado por el artículo 761. "No admitimos, que haya de distinguir entre tercio libre y tercios de legítima, cuando haya solamente institución de herederos por partes iguales, entre los legitimarios, más que en el caso de que, por incapacidad de un hijo, hayan de sucederle sus descendientes en la legítima estricta (art. 761)"

Advierte además Albi Agero que, cuando el testador haya dispuesto del tercio de mejora o del tercio libre a favor de dos o más hijos por institución especial, y fallezca uno, con descendencia legítima, antes que el testador, los descendientes del premuerto no ostentan derecho alguno en cuanto a la participación de éste en la mejora o en el legado, pues tales disposiciones han de ser consideradas a este efecto como recayentes sobre la porción libre.

Conforme al artículo 985, piensa que se aplicará el derecho de acrecer respecto a la parte de libre disposición.

Lacruz y Albaladejo afirman que; igual que en la sucesión intestada también existe el derecho de representación en la legítima, que es atribuida igualmente por la ley. "Esta suerte de representación -dicen- no ha sido siempre bien entendida, ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia!".(42)

Explican que se infiere del artículo 924 que "los derechos del "representante" son los mismos que la ley atribuiría al "representado". Y uno de los que tendría este si hubiera podido heredar, sería su condición de legitimario. En esta condición, en principio, lo que renace en los descendientes, quienes la tienen, no directamente, sino por derecho de representación (por eso tienen que colacionar aquello que hubiera debido aportar su padre aunque no le hayan sucedido). Tales descendientes, si son "herederos forzosos" (empleando la defectuosa terminología del Código civil) junto con sus tios, no lo son directamente, sino por referencia a su padre; es más: de no existir el derecho de representación, la legítima se distribuiría exclusivamente entre los descendientes del grado más

---

(42) LACRUZ y ALBALADEJO, Op.cit., pág. 203.

inmediato al ascendiente". (43)

¿En qué forma y con qué límites se adquiere derecho a la legítima por representación? Dicen que "hay que partir de un precepto general: el artículo 807. A tenor del mismo son herederos forzosos los "hijos y descendientes legítimos respecto a sus padres y ascendientes legítimos", Quiere decir que mientras haya hijos no serán legitimarios los descendientes pero también, según una interpretación racional, que a falta de hijos serán legitimarios los descendientes ulteriores, pues en esta condición han de representar a sus padres, conforme al artículo 924". Por otra parte, opinan que los artículos 761 y 857, relativos, respectivamente, a la indignidad y a la desheredación, no solo confieren al sucesor de ulterior grado la condición de legitimario, sino que le relegan a la porción de bienes relictos equivalente a la legítima. Veamos su argumentación:

"Nos hallamos, en la mente del autor de la ley, dentro de la sucesión testada, y, en efecto solo para ella era necesario el artículo (761), porque para la sucesión intestada ya tenemos el artículo 924, y, de un modo concreto, el 929. Uno de los legitimarios es indigno y tiene hijos. Entonces estos adquieren "su derecho a la legítima". Esto quiere decir que tales legitimarios adquieren, no solo la condición de herederos forzosos, sin asignación de bienes -lo que nos pondría en el caso de la preterición, y obligaría a distribuir la herencia por igual-, sino precisamente el derecho que habría tenido su padre a recibir bienes relictos en cantidad equivalente a la legítima. Es decir, que a los descendientes del indigno se les castiga, aunque no tanto como a su padre: van a perder, en la sucesión testada, la parte de libre disposición y la parte de

---

(43) Idem., pág. 203-204.

mejora empleado en mejorar, pero no van a perder todo, pues recibirán la legítima. Esto es lo que, con mayor claridad, decía el artículo 623 del proyecto (de 1.851): tendrán los descendientes "derechos a la legítima del excluido, en el caso de haber otros herederos testamentarios". Y García Goyena ponía de relieve la diferencia entre este supuesto y el de la sucesión abintestato, diciendo que en ésta "los hijos del incapaz o indigno sucederán en ella por las reglas generales del título siguiente, sin atenderse a la rigurosa legítima, pues no les obsta la expresa voluntad del testador.

"A diferencia con el 761, aquí (art. 857) no suceden los hijos en bienes o cuotas asignadas acaso al legitimario indigno como legítima en disposición de última voluntad: el desheredado no tiene lugar en el testamento, más que para ser excluido del caudal relicto. Puede entonces ocurrir que toda la herencia se haya distribuido entre los restantes herederos, sin nombrar para nada a los hijos del desheredado, y cabe preguntarse si nos encontramos ante un supuesto de preterición, con la consecuencia de que, al anularse la institución de heredero, tenga el preterido participación superior a la que por legítima le correspondía. A mi modo de ver, la analogía con el caso de la indignidad, y la redacción que el precepto tenía en el artículo 673 del proyecto del 51 ("ocupan su lugar y derechos de herederos forzosos respecto a la legítima"), inclinan a pensar que el artículo 857 limita los derechos de los hijos del desheredado a la porción legitimaria, excluyéndoles implícitamente de cualquier parte de bienes que no entren en ella (salvo que la hereden por disposición expresa del causante, o abintestato). (44)

---

(44) Ibiden, pag. 204-205

Roca Sastre también juzga que cuando el testador no prevee la premoriencia de un hijo con una sustitución vulgar, entonces existe preterición. En cambio, en los supuestos de incapacidad y desheredación, estima que las normas de los artículos 761 y 857 conceden una especie de successio graduum, si bien referida a la portio legitima, que evita la preterición. Estas normas no constituyen, a su juicio, manifestaciones de derecho de representación en la sucesión testamentaria por las razones que abajo documentamos. Dice: "Todos los esfuerzos por querer ver que en la percepción legitimaria se produce el derecho de representación en la herencia testada son completamente estériles."<sup>45</sup>

Indica Roca Sastre que en el régimen del Código civil español, el causante siempre está autorizado para disponer testamentariamente (e incluso por vía de donación) a favor de los legitimarios, en concepto de percepción legitimaria, una cuota o bienes determinados del patrimonio relicto. A esta conclusión se llega tanto si se tenga de la legítima un concepto romano de porción hereditaria debida (o sea, como fracción de valor patrimonial hereditario que la ley obliga al causante a disponer a favor de los legitimarios) o un concepto germánico de porción hereditaria reservada (o sea como parte indisponible de la herencia que la ley reserva a los legitimarios).

Continúa Roca Sastre: "Cuando el causante otorga una disposición testamentaria (o una donación) a favor de un legitimario que vive al abrirse la sucesión, y éste acepta la disposición, en tal caso es como si tuviere lugar una insolutumdación o adjudicación de bienes en pago de la legítima, y no hay por que hablar del derecho de representación. Si dicho legitimario ha premuerto al causante dejando hijos, entonces se produce una preterición con todas sus consecuencias (si falta sustitución vulgar), abriéndose la sucesión intestada, dentro de la cual dichos hijos entrarán en su caso por derecho de representación."

-----  
<sup>45</sup>Roca Sastre, op. cit., p. 272.

En el caso de la desheredación, Roca Sastre no ve ningún problema, "pues cuando la misma se produce falta precisamente toda disposición testamentaria de atribución de bienes a favor del legitimario desheredado, ya que la disposición testamentaria respecto de él es negativa o de exclusión. Lo que ocurre entonces - nos explica - es que el artículo 857 del Código civil establece que los hijos del desheredado ocuparán el lugar de éste y conservarán los derechos de los herederos forzosos respecto a la legítima, sin que el padre desheredado tenga el usufructo ni la administración de los bienes de la misma. Pero esta atribución directa de la ley de la porción legítima a la estirpe del desheredado no constituye un derecho de representación, sino más bien una successio graduum, inspirada en motivos de piedad, sin perjuicio de que en ella puede actuar el derecho de representación si concurren hijo con nietos o bisnietos. (Es que considera Roca Sastre que cuando sólo quedan nietos y bisnietos, etc., no hay problema de derecho de representación, sino si la división debe efectuarse in capita o in stirpes.) La ley no hace entrar a la estirpe en legítima, por vía de representación sucesoria, en cuanto a la disposición testamentaria en sí, pues ésta no existe sino en sentido negativo; llama directamente a la estirpe a modo de devolución de la portio legitima, o sea, de una atribución directa efectuada por la misma ley."

Con respecto al artículo 761, expresa que hay que sostener análogo criterio: "Aquí tampoco se produce caso alguno de representación, sino una especie de successio graduum, si bien referida a la portio legitima, más no a la disposición testamentaria, ya que ésta ha quedado ineficaz o inoperante por la indignidad del llamado."

En fin expresa que, "en todos estos casos, no actúa el derecho de representación en cuanto a la disposición en sí, ya que si la disposición se consuma, no tiene por qué entrar en funciones el derecho de representación, y si la disposición queda ineficaz, o bien se abre la suce-

sión intestada entre los legitimarios, o bien la ley llama directamente a la portio legitima, en cuyo caso podrá actuar el derecho de representación; pero no en el sentido de que la disposición testamentaria subsista pasando a la estirpe, sino como atribución directa que hace la ley de la legítima a favor de los legitimarios."<sup>46</sup>

Roca Sastre observa que no existe una norma análoga a las de los artículos 761 y 857 para el caso de la premoriencia, pero piensa que la preterición evita que se vez perjudicada la estirpe del hijo premuerto. "Los efectos destructores de la preterición, que se producen cuando premuere al testador el hijo instituído que deja estirpe no llamada por la sustitución vulgar, evita o salva los perjuicios que dicha premoriencia hubiera podido ocasionar a ésta. Al seguir el Código civil español el mismo sistema de Derecho romano, de establecer la nulidad de la institución testamentaria de herederos y consiguiente apertura de la sucesión intestada, cuando se ha cometido preterición de legitimarios (en cuanto a la omisión de póstumos, el Derecho romano llega a invalidar todo el testamento), se evita aquel peligro - tan acusado por los partidarios de extender el derecho de representación al campo de la sucesión testamentaria - de que la estirpe del hijo premuerto queda excluída o privada de los bienes hereditarios."<sup>47</sup>

Roca Sastre estima que este resultado de la preterición es el más procedente. "Cuando el hijo instituído heredero muere mientras vive el padre testador, esta premoriencia constituye un hecho nuevo que indudablemente hará que el testador modifique el testamento de modo que si no lo hace, a conciencia de que la institución hereditaria es nula, por vicio de preterición, es prueba que el testador está conforme con tal nulidad y que acepta el régimen intestado."<sup>48</sup>

-----  
<sup>46</sup>Roca Sastre, op. cit., p. 270 y siguientes.

<sup>47</sup>Ibidem, p. 293.

<sup>48</sup>Idem, p. 294.

De la Cámara Alvarez difiere de los criterios anteriores, estimando que cuando el testador no ha previsto la sustitución vulgar (expresa o tácita), entonces existe preterición tanto en el caso de la premoriencia como en los de indignidad y desheredación, sin que tenga ningún fundamento la convicción de que existe un llamamiento especial que la ley hace a favor de los herederos forzosos y con relación a una cuota de la herencia para evitar la preterición. Expone las siguientes consideraciones para justificar esta conclusión:

"1.- La inexistencia, para el caso de premoriencia, de una norma que expresamente llame a los descendientes del hijo premuerto a la porción legítima, debe llevar a la aplicación del sistema general del Código, que no es otro, que el de dar entrada en la herencia al legitimario preterido a través de la sucesión intestada.

"2.- El amplio alcance que la preterición tiene en el artículo 814 del Código civil cuyo precepto sólo exige, para que haya preterición, la omisión de un heredero forzoso en línea recta, sin distinguir entre herederos forzosos que ya lo sean al tiempo de otorgarse el testamento y herederos forzosos que adquieran este carácter después de otorgarlo aquél, ya que el nacimiento de un heredero forzoso con posteridad al testamento (casos del póstumo y del causi-póstumo) produce el mismo efecto que la omisión del que ya lo era al tiempo de otorgarse el testamento.

"3.- El verdadero fundamento de la preterición no consiste en imponer una sanción, concebida a modo de castigo, al testador que infringe sus deberes legítimos. Esta idea es en parte la causante indirecta de que repugne aplicar la preterición - sanción a supuestos como el que nos ocupa, en que no está demasiado claro que el testador haya omitido (al menos voluntariamente) su deber legítimo."<sup>49</sup>

"4.- Al valor que tienen estos argumentos, se une el que no sean decisivas las razones que se invocan para

-----  
<sup>49</sup> Cámara Alvarez, de la, op. cit., p. 33-34.

sostener el punto de vista opuesto de que actúa el derecho de representación en la legítima."<sup>50</sup>

De la Cámara Alvarez hace notar que "la aplicación excepcional del derecho de representación a la sucesión testamentaria, limitada a la legítima, tiene su punto de apoyo en la convicción (implícita en algunos autores y explícita en otros) de que existe un llamamiento específico que la ley hace a favor de los herederos forzosos y con relación a una cuota de herencia. Considera, sin embargo, que Vallet de Goytisolo ha demostrado<sup>51</sup> sobradamente que no existe tal llamamiento en el Código civil español puesto que el sistema de legítima de este Código consiste en imponer al causante una serie de límites o prohibiciones (sistema de freno) con el fin de que los legitimarios perciban, con relación a su herencia, un determinado valor. Se detiene de la Cámara Alvarez sólo para observar que si el Código español contuviera un llamamiento directo a la legítima, entendida como cuota de la herencia legalmente deferida, sería absurdo que ante la hipótesis de preterición, la solución fuera (como es) la nulidad de la institución de heredero y la apertura de la sucesión legítima."<sup>52</sup>

No estima de la Cámara Alvarez que los artículos 761 y 857 del Código civil español que se refieren, exclusivamente, a los casos de incapacidad y desheredación, concede el derecho de representación a la legítima para evitar de este modo la preterición.

Indica, ante todo, que aunque esta interpretación de los artículos citados fuera correcta, la aplicación analógica de los mismos a la hipótesis de premoriencia sería sumamente discutible. "Se trataría de dos artículos excepcionales, discrepantes del sistema general del Código, y cuya aplicación por analogía a un supuesto

---

<sup>50</sup> Cámara Alvarez, de la, op. cit., p. 35.

<sup>51</sup> Se refiere de la Cámara a la obra de Vallet, Apuntes de Derecho Sucesorio, en Anuario de Derecho Civil, tomos IV y V, fascículos II, III y IV.

<sup>52</sup> Cámara Alvarez, de la, op. cit., p. 30-32.

distinto del contemplado por ellos habría de tropezar, por fuerza, con graves dificultades."<sup>53</sup>

A su juicio, acierta Giménez Arnáu cuando dice que: "Ni la expresión 'su derecho a la legítima' (del art. 761), ni la calidad de herederos forzosos que el artículo 857 atribuye a los hijos del desheredado, quieren decir que la participación cuantitativa que a estos hijos corresponde haya de estar limitada a la legítima. Lo que hacen estos artículos es reiterar una afirmación en cierto modo innecesaria: la de que los hijos del incapaz o desheredado que fuere heredado forzoso son a su vez herederos forzosos."

Elabora de la Cámara Alvarez que lo que en realidad dice el artículo 857 es que los hijos del desheredado ocupan como legitimarios el puesto de su padre (que ha dejado de serlo por obra de la desheredación), y, en consecuencia, gozan de los derechos que como tales legitimarios les corresponden. Y como el derecho del legitimario omitido en el testamento es el que el artículo 814 le concede, está claro que será ese derecho el que ostentarán los hijos del desheredado si la disposición testamentaria del abuelo los silencia. Expresa que el artículo 761 conduce al mismo resultado, arguyendo que de este texto, se percibe que "lo que adquieren los hijos del incapaz es el derecho a la legítima que éste tenía (como demuestra el posesivo 'su' empleado por el artículo). Ahora bien, el hijo incapaz (legitimario de primer grado) no tenía un derecho deferido legalmente sobre una cuota de la herencia, pues, no es ese el sistema del código en materia de legítimas. A lo que tenía derecho el incapaz (como todo legitimario) es a que el testador le dejara un valor mínimo y en caso de resultar omitido, a actuar por la vía del artículo 814. Los hijos del incapaz no pueden, por tanto, adquirir un derecho (el derecho sobre una cuota de la herencia y en virtud de una atribución ex lege) que su padre nunca tuvo."<sup>54</sup>

-----  
<sup>53</sup> de la Cámara Alvarez, op. cit., p. 35.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 36-37.

Queremos poner punto final a nuestra exposición de las distintas opiniones en la doctrina española con los siguientes apuntes de Bonet que nos sirven como sinopsis. Estas notas en las cuales se transcriben también los argumentos de la Resolución de la Dirección de Registros con fecha del 14 de agosto de 1959 nos ha dejado con la impresión que este autor se muestra favorable a la solución de la preterición. Bonet<sup>55</sup> transcribe:

Los mismos principios de justicia que imponen el derecho de representación en la sucesión intestada, parecen aconsejarla también cuando el causante ha dispuesto de sus bienes, especialmente si este causante es pariente en línea recta, a la vez, del instituido y de sus hijos. Pero, al no ordenarlo expresamente la ley - como observa de la Cámara - se opone a la representación en la sucesión testada, la misma naturaleza tradicional de tal derecho mediante el cual la ley y no la voluntad del testador llama directamente a la estirpe de un heredero. Ahora bien, para conseguir los efectos del derecho de representación en casos de sucesión testada en los que es de estricta justicia, puede entenderse, cuando haya suficiente base para ello, que existe en favor de los descendientes ulteriores, no el derecho de representación, impropio de la sucesión testamentaria, pero si una sustitución vulgar tácita.

"El llamamiento directo a suceder que en favor de determinada estirpe o persona realiza la ley, no es institucionalmente compatible con la vocación testamentaria, a la que se ha provisto de otro medio similar, cual es la sustitución, sin que una exégesis de nuestro Código civil permita amparar una tesis común a ambas sucesiones ya que el artículo 766 se refiere a herederos voluntarios que premueren al testador o renuncian a la herencia o son incapaces de heredar, el artículo 925 no puede ser aplicado con la simple base de una interpretación gramatical, y finalmente el art. 929, en su remisión a la desheredación, lo único que deja sentado es que por el cauce de la nulidad de la institución de heredero podrá darse el

---

<sup>55</sup>Vid Bonet, Compendio de Derecho Civil, Tomo V, (1965), p. 315 y siguientes. (No aparecen las citas números 56 a 62 por haber sido acortado este capítulo.

derecho de representación en la sucesión legítima.

"Dada la imposibilidad institucional de aplicación del derecho de representación en la sucesión testamentaria, y rechazados los textos legales en que se pretende fundarla, no parecen estimables los intentos - repetidos en la doctrina - de hacer posible un funcionamiento diverso del 'jus repraesentationis' en los tercios de parte libre, legítima y mejora, de forma que quepa su aplicación en alguno de ellos y no en las restantes, ya que aún pasando por la contradicción que tal postura significa, puesto que la misma lógica institucional exige un tratamiento común, y excluido el problema en lo relativo al tercio libre, por la casi unanimidad de la doctrina, tampoco es clara aplicabilidad a los tercios de mejora y legítima.

"Respecto al tercio de legítima, los argumentos favorables a la aplicación del derecho de representación descansan en los artículos 761 y 857, que, aparte de no referirse al supuesto de premoriencia, no significa otra cosa que el mero reconocimiento innecesario sin duda, de la cualidad de herederos forzosos de los hijos del incapaz o del desheredado, estableciendo ambos artículos en común una norma sucesoria ordinaria, pero sin que en ningún caso puedan entenderse como sancionadores de la pretendida aplicación, pues ello presupondría no sólo el llamamiento directo de los legitimarios a una cuota de la herencia que la doctrina no parece admitir en nuestro Derecho, sino que conducirían al absurdo de reconocer solamente por vía de representación a dichos herederos forzosos la legítima estricta, olvidando que tal atribución es únicamente un mínimo legal y que en el supuesto de preterición el Código civil decreta en su favor la nulidad de la institución de heredero y la apertura de la sucesión intestada, con las posibilidad de recibir una cuota mayor."

Jurisprudencia Española.- El Tribunal Supremo español en la célebre sentencia de 6 de Diciembre de 1952 aplicó la solución de la admisión parcial, pero estima de la Camara Alvarez, no obstante "que dado el planteamiento del pleito, no puede juzgarse decisiva la sentencia, ya que no se discutió ni abordó directamente la posibilidad de estimar preteridos a los nietos, con aplicación por tanto del artículo 814 del Código civil".<sup>63</sup>

Los antecedentes de este caso son: "De los cinco hijos de la testadora, tres habian fallecido al otorgar testamento y otro falleció antes que la misma causante. Había instituido por partes iguales en la legítima estricta a los dos hijos y a las tres estirpes de los fallecidos, y en los tercios de libre disposición y mejora a los dos hijos. No otorgó nuevo testamento despues de premorirle uno de estos dos hijos y los descendientes del mismo pretendieron tener derecho, no sólo a la legítima, sino también, por derecho de representación, a las porciones correspondientes de los tercios de mejora y libre disposición".<sup>64</sup>

El Tribunal, despues de advertir que existe una decidida tendencia expansiva del impropiamente llamado derecho de representación, ha declarado, no obstante, que esta tendencia ha de ceder ante preceptos que la contradigan en el derecho positivo. "Si bien la sistemática de un cuerpo legal no es decisiva en ponderada hermenéutica, y no obstante los términos excesivamente amplios en alguno de sus aspectos del derecho de representación, tal como lo define el artículo 927 del Código civil, el pensamiento del legislador es claramente restrictivo en punto a facultad de sustituir los nietos a su padre premuerto e instituido nomina-

---

<sup>63</sup>De la Camara Alvarez, Op. Cit., p. 29.

<sup>64</sup>vid Puig Brutan, Op. Cit., p. 398.

tivamente 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 disposiciones comunes a la herencia por testamento o sin él, 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 de argumentación convincente en contrario sentido por posible error de encuadramiento, motivado por defectuosa copia de otros Códigos latinos que el legislador español haya tenido a la vista."

"El artículo 766 del Código civil no ofrece base segura para la decisión del problema, aunque más bien parece que en supuestos de premoriencia ratifica el criterio excluyente ya expresado, porque si de una parte alude al ins transmissionis, propio de herencia ya deferida, y no al derecho de representación ... y en otro aspecto se refiere el precepto al 'heredero voluntario' y no al 'forzoso,' bien puede entenderse, de acuerdo con el criterio comunmente admitido, que se ha querido aludir al ius repraesentationis, pues para no admitir en los supuestos que prevé el derecho de transmisión sería estéril o innecesario decir que no transmite derechos quien no los ha adquirido, y en cuanto a la expresión 'heredero voluntario' la doctrina legal tiene declarado que puede coexistir en una misma persona la doble calidad de heredero forzoso y voluntario en casos en los que algunos de los hijos del causante hayan sido instituidos en la porción libre hereditaria - sentencias del 8 de julio de 1924 y 27 de diciembre de 1935 - ... por lo que ... cabe concluir que el art. 756 no contradice, sino que confirma la tesis expuesta de que en nuestro derecho constituido no se da acceso al derecho de representación en la porción libre.

"... La doctrina expuesta no infringirá los arts. 924, 925 y 766 ni ... estará en pugna con las normas de los arts. 929 y 1.038, todos ellos del Código civil,

que, respectivamente, permiten la representación de persona viva con limitación a la legítima en los casos de desheredación e incapacidad - arts. 761 y 857 del propio Código - y regulan la obligación de colacionar que impone a los nietos, pero sin atribuirles derecho de representación en lo que atañe a la porción libre en que haya sido instituído su padre prematuramente premuerto."<sup>65</sup>

Esta sentencia que acabamos de reproducir por cuanto tenga un valor persuasivos en la doctrina filipina ha provocado abundante literatura, entre ellos, los comentarios de Escobar, de la Cámara Alvarez y Lacruz y Albaladejo que hemos expuesto anteriormente. Quizá, esta sentencia, al no pronunciar juicio sobre la cuestión de la preterición, fue motivada también por la convicción de que la testadora, en este caso, quiso favorecer con la mejora y la porción libre sólo a los hijos o hijo sobreviviente, como demuestra el hecho de que las estirpes de los tres hijos ya muertos al otorgarse el testamento fueron instituídos solamente en la legítima estricta.

No obstante esta sentencia, la Dirección de Registros ha promulgado la antedicha Resolución con fecha del 14 de agosto de 1959, que aplica la solución de la preterición:

"La omisión de un nieto en el testamento de la abuela, nacido con anterioridad a la fecha del otorgamiento de la disposición 'mortis causa,' pero heredero forzoso por haber premuerto su instituído padre a la causante, origina un supuesto de preterición regulado en el artículo 814, y al no reconocer nuestro código diferentes efectos jurídicos a los supuestos de preterición errónea y preterición intencional - no obstante las razones existentes para tal diferenciación - se pro-

-----  
<sup>65</sup>Vid Francisco Ortega Lorca, Derecho de Representación en la Sucesión Testamentaria, (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, mayo de 1953) en Separata, p. 5-7.

duce el resultado que dicho artículo sanciona: el de la anulación de la institución de heredero, quedando subsistentes las mandas y mejoras sin que las razones de tipo metajurídico o de Derecho constituyente alegados por los tratadistas para impedir este resultado a través del derecho de representación, puedan ser tomados en cuenta - no obstante el fondo sociológico inicialmente acertado de las mismas - máxime cuando la última reforma de nuestro Código se abstuvo de regular y resolver el problema, a pesar de que era, sin duda, conocido por el legislador."<sup>66</sup>

Nuestra Opinión (con respecto al Código civil filipino).- Lo que nos concierne en las siguientes páginas es el actual criterio del Derecho constituído filipino respecto al problema del derecho de representación en la sucesión testamentaria. El problema, como hemos mencionado en varias ocasiones, se origina por la ausencia en este Código de un precepto expreso sobre esta cuestión. Procedemos a exponer nuestra opinión sobre ésta y otras íntimamente ligadas a ella.

El título de la sucesión intestada - como indica de Diego - es de origen voluntario y carácter personalísimo. Los llamamientos hechos nominatim son individuales y la premoriencia del instituído, como su incapacidad, aniquilan la institución.

No obstante, el testador puede evitar la caducidad de la disposición testamentaria por medio de la sustitución vulgar que, sin duda, la ley ha puesto a su disposición. Cuando así lo ha hecho expresamente el testador, no hay problema alguno.

Pero si el testador ha olvidado de hacerlo y el instituído premuerto o indigno resulta ser un hijo o hermano suyo, se presenta el problema si cabe presumir una sustitución ex lege (derecho de representación) a favor de los nietos o sobrinos.

El Código civil filipino, como acabamos de mencionar, no tiene ningún artículo que establezca de modo

---

<sup>66</sup>Vid Bonet, op. cit., p. 704-705.

expreso el derecho de representación en la sucesión testada. Este silencio - observa Roca Sastre - es elocuente en punto a un derecho que es de concesión de la ley, más cuando la ley lo omite al prescribir el procedimiento a seguir cuando caduca la institución de heredero o legatario.

El artículo 956 (888 e del español) decreta que se debe hacer cuando caduca un legado o manda. "Cuando el legatario no pueda o no quiera admitir el legado o manda, o ésta por cualquier motivo no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, excepto en los casos de sustitución y derecho de acrecer." Como podrán observar, el artículo no menciona para nada al derecho de representación.

Por otra parte, el artículo 1.022 (986) dispone el procedimiento a seguir cuando falla una institución de heredero. "En la sucesión testamentaria, cuando no tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del instituido a quien no se hubiese designado sustituto, pasará a los herederos legítimos del testador, los cuales la recibirán con las mismas cargas y obligaciones." También omite a salvaguardar el caso de la representación.

El artículo 960, apartado 3º (960), confirma que esta omisión no ha sido un error o inadvertencia. "La sucesión legítima o intestada tiene lugar cuando no ocurre o no se realiza la condición suspensiva puesta a la institución de heredero, o éste muere antes que el testador, o repudia la herencia, no habiendo sustituto, y sin que haya lugar al derecho de acrecer." La Ley siempre alude a la sustitución vulgar o al derecho de acrecer cuando por alguna causa, caduca una institución de heredero o legatario, antes de prescribir como última solución la apertura de la sucesión intestada o la refundición a la masa de la herencia si se trata de un legado o manda, pero nunca salvaguarda el caso de la representación. En cambio en la sucesión legítima, siempre se acuerda de referir al derecho de representación bien para salvaguardar su actuación (arts. 962, 968 que son

respectivamente el 921 e y 968 del español) o para negarla (969 que corresponde al 923 del español).

La colocación, pues, del derecho de representación en la sucesión intestada no parece ser un hecho casual sino premeditado y consciente de sus implicaciones, obediendo a un criterio estudiado por el legislador filipino que ha colocado la sustitución vulgar en la sucesión testada y el derecho de acrecer dentro del capítulo que regula las disposiciones comunes a ambas sucesiones. Téngase en cuenta que éste ha reorganizado el esquema del Título sobre sucesiones dividiendo su regulación de seis capítulos en el Código anterior a sólo cuatro en el presente, a saber: Capítulo 1. "Disposiciones Generales"; Capítulo 2. "De la Sucesión Testada"; Capítulo 3. "De la Sucesión Legítima o Intestada"; y Capítulo 4. "Disposiciones Comunes a las Sucesiones Testada e Intestada." Si el criterio de este legislador era que la representación sucesoria fuera aplicable también a la sucesión intestada, resulta incomprensible que no la hubiera colocado dentro del susodicho Capítulo 4, después de la reorganización hecha.

Con respecto a los intentos en la doctrina española de sostener el criterio afirmativo por medio de inferencias de ciertos artículos (922, 924, 925, 929, 985 y 1.038 que son respectivamente los 968, 970, 972, 977, 1.021 y 1.064 del Código filipino) o basándose simplemente en principios generales de sucesiones familiares o en la necesidad de buscar la voluntad tácita del testador, pensamos que estos argumentos, con respecto al Código filipino, no ofrecen base suficiente para hacer prevalecer el criterio positivo.

Hay que destacar que algunos artículos (los 929 y 924) han sufrido modificaciones al ser reproducidos por este Código que les ha privado de sus argumentos, quizá teniendo las enmiendas precisamente este objeto. Se esgrime, como saben, que la palabra "desheredación" del artículo 929 transplanta el derecho de representación a la sucesión testamentaria. El Código civil filipino reproduce el artículo 929 en esta forma: "No podrán ser

representados los herederos que repudien su parte de la herencia." Por otra parte, se dice que el calificativo "todos" del artículo 924 ("Llamase derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar) indica que el representante adquiere también los derechos del representado en la sucesión testamentaria sin cortapisas, es decir, incluso en la porción libre y la mejora. El artículo 970 del Código filipino, por el contrario, se guarda muy bien de emplear este calificativo. Esta supresión a nuestro parecer es una precaución del legislador para evitar que este adjetivo "todos" se utilice luego como argumento para sostener que se adquiere también por derecho de representación los derechos que el representado hubiera tenido como heredero testamentario o legatario del causante.

La tesis afirmativa en la doctrina española también se apoya en los artículos 925 y 922 (971 y 968 del Código filipino). Se arguye que el artículo 925 determina que el derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, y esta palabra siempre no puede referirse, por deducción, sólo a la sucesión legítima. Con respecto al artículo 922, se dice que éste proclama como principal el derecho de representación en todo caso sobre el derecho de acrecer.

Tampoco son persuasivos estos argumentos. Como observan otros autores,<sup>67</sup> "siempre" se refiere a que la representación se extiende en la línea recta descendente indefinidamente; además a que tiene lugar incluso cuando suceden los nietos sólo, sin concurrir con tíos, y también en el caso de la estirpe única. Se observa, además, que la palabra es antitética del adverbio "nunca" que se utiliza en el mismo precepto al hablar de la representación en la línea ascendente, y hace la veces de la palabra "sólo" al referir el precepto en el segundo apartado, a la línea colateral.

---

<sup>67</sup> Cfr. Lacruz y Albaladejo, op. cit., p. 201; de la Cámara Álvarez, op. cit., p. 17; Rovira Mola, op. cit. p. 509.

El artículo 922 que es el 968 en el Código filipino tampoco permite sostener la tesis afirmativa. Tiene razón Rovira Mola cuando se opone a este argumento con las observaciones siguientes:

"El artículo 922 no proclama como principal el derecho de representación en todo caso sobre el derecho de acrecer, pues tan optimista consecuencia no se deduce de este precepto, que dispone que "si hubiere varios parientes de un mismo grado, y alguno o algunos no quisieren o no pudieren suceder, su parte acrecerá a los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar." No es, por consiguiente, tan clarísimo, como intenta demostrar Novoa, que el derecho de representación en la línea recta descendente excluye siempre el de acrecer y en la línea colateral también cuando la institución es simple, porque este derecho, según el artículo 922, se antepone al de acrecer.

"Pues, si bien se observa, el artículo 922 no dice más que deja a salvo la actuación del derecho de representación en los casos en que deba tener lugar, y además, este precepto se refiere únicamente a la sucesión intestada, como resulta, tanto de su colocación sistemática en el Código civil, como si se relaciona con su inmediato anterior, el 921 (art. 962 e del filipino), cuyo primer apartado termina con las palabras con que finaliza el que estamos comentando: '... salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar.'"<sup>68</sup>

Estima, sin embargo, Novoa Seoane, como hemos visto, que "el derecho de representación en los casos en que tiene lugar es de carácter principal en las sucesiones familiares y que ningún otro puede destruirlo," concluyendo que en todo caso es aplicable la representación en la sucesión testada en cuanto a los descendientes y en cuanto a los colaterales, en los casos de no existir sustitución.

En la sucesión testamentaria, sin embargo, no rige el criterio de la sangre, sino que los llamamientos se basan, como observa Mucius Scaevola, exclusivamente en

---

<sup>68</sup>Rovira Mola, op. cit., p. 510.

la voluntad del testador, por lo cual no se puede sostener que actúa la representación en esta clase de sucesión, basándose simplemente en principios de sucesiones familiares de los cuales pudiera muy bien discrepar esa voluntad.

Sierra Bermejo observa ciertamente que la voluntad tácita del testador debe ser buscada pero no por ello se puede concluir, por deseable que sea, que entonces exista la representación en la sucesión testamentaria. La cuestión se desplaza, como indica de la Cámara Alvarez, hacia si cabe justificar la sustitución vulgar tácita para conseguir las mismas consecuencias prácticas que se producen en la sucesión intestada cuando juega el derecho de representación, pero será siempre necesario examinar, en cada caso, si lo permiten los elementos concretos del testamento en cuestión. A este procedimiento, pensamos que no cabe objeción alguna, pues la Ley exige que la sustitución sea expresa sólo en el caso de la sustitución fideicomisaria (art. 865 del filipino; 783 del español) y, por otra parte, la equidad requiere, como hace notar Castán, que se de "una cierta holgura a la teoría de la interpretación de las disposiciones de última voluntad, para salvaguardar aquellos casos en que el propio testador dió entrada a dicho derecho (sustitución vulgar tácita) en el ordenamiento de su sucesión."<sup>69</sup>

La ansiada búsqueda en la doctrina española de medios para justificar, en los casos referidos, una posible sustitución vulgar tácita destaca la necesidad de extender bajo ciertos límites prudentes la sustitución ex lege (representación) en la sucesión testamentaria, o lo que es igual, de sentar una norma legal estableciendo una presunción a favor de la sustitución vulgar tácita. Cuando el testador no haya dispuesto expresamente una sustitución vulgar, no es tan claro que entonces desee que entre en función el derecho de acrecer, siendo más justo, como hace notar Castán citando la opinión de Ascoli, que "en el choque de

-----  
<sup>69</sup> Castán, op. cit., en Separata, p. 41.

dos presunciones contrarias, la Ley, dominada por un fuerte sentido de cohesión de la familia, haga prevalecer la presunción del afecto del testador hacia los descendientes del instituído sobre la presunción que lleva consigo el llamamiento conjunto."<sup>70</sup>

Pero al no prever el Código filipino en este sentido para trasladar el onus probandi a los coherederos, incumbe a la stirpe destruir la presunción de la caducidad de la disposición testamentaria y establecer a su favor una sustitución vulgar tácita.

La presunción de caducidad no existe, sin embargo, cuando el testador haya instituído sus hijos sin designarles nominatim. En este caso, bajo la palabra "hijos," se entienden comprendidos no sólo los descendientes de primer grado, sino también los ulteriores, según una regla interpretativa antiquísima que dice Filii appellatione omnes liberos intellegimus (Digesto de Justiniano, ley 84, tit. 16, lib. L). Roca Sastre indica que esta regla es confirmada por los autores de Derecho intermedio (Barbosa, Fusario, Peregrinus, Mantica, Menochius, etc.) y aceptada por reiterada jurisprudencia (sentencias del 31 de diciembre de 1895, 3 de octubre y 13 de noviembre de 1903, 17 de mayo de 1918, 14 de mayo de 1928, 1 de mayo de 1941).<sup>71</sup> Nosotros no dudamos de que esta regla es aplicable también a la jurisprudencia filipina no sólo porque la primera citada sentencia forma parte de ella, sino también porque lo permite la exegesis de los artículos 788 a 792 del Código filipino. En ellos se sientan las normas para la correcta interpretación de las disposiciones testamentarias. Por analogía, quizás se puede establecer el mismo caso para los sobrinos cuando el testador haya instituído a sus hermanos colectivamente.

Cuando el testador ha instituído como herederos o legatarios a sus hijos (o hermanos) nominativamente,

-----  
<sup>70</sup>Castán, op. cit., en Separata, p. 34.

<sup>71</sup>Roca Sastre, op. cit., Vol. II, p. 273.

entonces prima facie existe una exclusión de los no nombrados, incluso los nietos (o sobrinos). Incumbe entonces a la estirpe del hijo (o hermano) instituido nominatim destruir esta presunción y establecer a su favor una sustitución vulgar tácita. En esta tarea, parece ser que la estirpe puede acudir no sólo a los elementos suministrados por el propio testamento sino también a pruebas extrínsecas, excluyendo sólo las declaraciones verbales del testador, de acuerdo con el artículo 789 del Código filipino que dispone así: "Si existiera alguna descripción imperfecta, o si ninguna persona o propiedad quedare identificada exactamente por la descripción, deberán corregirse las equivocaciones y omisiones, si el error apareciere del contexto del testamento o de las pruebas extrínsecas, excluyendo las declaraciones verbales del testador en cuanto a su intención; y cuando surgiere alguna incertidumbre del aspecto del testamento, en cuanto a la aplicación de cualquiera de sus disposiciones, se averiguará de los términos del testamento la intención del testador, tomando en consideración las circunstancias bajo las cuales se hizo, con exclusión de dichas declaraciones orales."

Las circunstancias extratestamentarias que pueden tomarse en consideración, según nos indica Castán,<sup>72</sup> son "las costumbres del testador, las del lugar, las relaciones de parentesco que medien entre aquél y el agraciado, la causa impulsiva de la disposición, etc." Sólo se excluye, de acuerdo con el citado artículo, las declaraciones verbales del testador en cuanto a su intención. (La razón de esta exclusión, según Tolentino,<sup>73</sup> es para evitar confusión y falsos testimonios respecto a las declaraciones del testador cuyos labios han sido sellados por la muerte, por lo cual sería muy difícil determinar la veracidad de tales testimonios.) La circuns-

-----  
<sup>72</sup>Castán, op. cit., en Separata, p. 42-43.

<sup>73</sup>Tolentino, op. cit., Vol. 3, p. 32-33.

tancia de que el testador se ha limitado a instituir a sus hijos (o hermanos) por partes iguales no indica necesariamente que existe la sustitución vulgar tácita a favor de los nietos (o sobrinos). No obstante, merece especial atención este caso, pues el testador no ha hecho más que confirmar el criterio de la sucesión intestada. En el análisis final, es cuestión de prueba, de apreciación del tenor del testamento en conjunto, y de evaluación de los datos extratestamentarios.

Quedan excluidos los sobrinos de la herencia testada de su tío si no consiguen establecer a su favor, en cada caso, la sustitución vulgar tácita. Los nietos (hijos de un hijo premuerto, desheredado o indigno), en cambio, todavía tienen el recurso del artículo 854 sobre la preterición, que demostraremos más adelante.

Recordemos que Giménez Arnau arguye a la existencia del derecho de representación en la sucesión testada en cuanto se refiere a la línea recta descendente precisamente por la necesidad de evitar la preterición (aunque parece excluir su aplicación en la mejora y los legados). No creemos que se puede llegar a tanto puesto que acabamos de ver que el derecho de representación no fue previsto por el legislador para la sucesión testamentaria. No obstante, si después de examinar y evaluar el testamento y los datos extratestamentarios, queda alguna duda respecto a la sustitución vulgar tácita, la duda se debe resolver afirmativamente, evitando de este modo la preterición, conforme con el artículo 791 del Código filipino que dispone: "A las palabras del testamento se ha de dar la interpretación que preste algún efecto a cada expresión, y no la que haga ineficaz cualquiera de las expresiones; y se preferirá de dos modos de interpretar testamentos, el que evite un abintestato."

Existe - señalan Lacruz y Albaladejo - una especie de derecho de representación fuera de la sucesión abintestato y que no ha sido siempre bien entendida por la doctrina. La condición de legitimario la adquieren los nietos u otros descendientes no directamente sino en virtud del derecho de representación. Esta observación

nos parece acertada y en el Código filipino, los artículos 887 y 854 (807 e, 814 del español) demuestran la exactitud de esta afirmación.

El artículo 887, apartado primero, dispone: "Son herederos forzosos los hijos y descendientes legítimos, respecto de sus padres y ascendientes legítimos." Este precepto - observa Sierra Bermejo (con referencia al 807) - no se puede entender sin acudir a los principios del derecho de representación y más particularmente al precepto que dice así: "En todas las herencias, el pariente más cercano en grado excluye a los más remotos, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar" (arts. 921 y 962 e de los Códigos español y filipino, respectivamente). Es decir que, según el artículo 887 en relación con el 962, son herederos forzosos los hijos con respecto a su padre legítimo, excluyendo a los descendientes de ulterior grado. Sin embargo, con la premoriencia, indignidad, o desheredación de alguno de los hijos, los nietos proceden tes de tal hijo se convierten, en virtud del derecho de representación, en herederos forzosos con respecto a su abuelo. O sea que de estos artículos, se deduce que los nietos y otros descendientes de grado ulterior adquieren la condición de legitimario no directamente sino por derecho de representación, sin que, por otra parte, puedan servir de base estos artículos para sostener que existe el derecho de representación en la sucesión testada en cuanto a la disposición en si, tratándose de la línea recta descendente.

El artículo 854 (814 e) confirma que los nietos adquieren la condición de legitimario por derecho de representación y como tales legitimarios están protegidos por este artículo. Dispone, como ya hemos visto, lo siguiente: "La preterición u omisión de alguno, de algunos, 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 los legados y mandas en cuanto no sean inoficiosas.

"Si los herederos forzosos omitidos fallecieren antes que el testador, la institución surtirá efecto, sin perjuicio del derecho de representación."

El precepto del segundo apartado está muy claro. Aunque los hijos omitidos premurieran al testador, la institución tampoco surtirá efecto si el premuerto ha dejado hijos, pues en virtud del derecho de representación, éstos adquieren la condición de legitimario. Si estos nietos, pues, también han sido omitidos en el testamento, hay preterición u omisión de herederos forzosos en la línea recta con la consiguiente nulidad de la institución de herederos y la apertura de la sucesión intestada.

Ahora bien, el hecho de que el hijo premuerto ha sido instituído heredero o legatario no evita la preterición si no se entiende que dicha institución incluye a sus hijos. La cuestión de si existe preterición de algún heredero forzoso en línea recta ha de determinarse con referencia a los que lo sean en el momento de la muerte del testador, como se deduce del segundo apartado del susodicho artículo, y como afirman expresamente Manresa en la doctrina española y Tolentino<sup>74</sup> en la filipina. Manresa dice: "La preterición siempre ha de apreciarse con relación a las personas que resultan ser herederos forzosos al tiempo de morir el testador, no con relación a los que no llegaron a serlo."<sup>75</sup> Esto se apreciará mejor si imaginamos el caso del testador que instituye herederos a sus hijos con algún extraño, luego premuriéndole todos sus hijos. Si al testador, le sobrevive su padre, éste se encontrará preterido si el testador no ha modificado su testamento. Del mismo modo, se encontrarán preteridos los nietos del testador que proceden de un hijo premuerto si el testador no ha previsto a su favor la sustitución vulgar, ni les ha instituído herederos directamente en un testamento posterior.

-----  
<sup>74</sup>Tolentino, op. cit., Vol. 3, p. 170...

<sup>75</sup>Manresa, op. cit., 6° ed., Vol. VI, p. 355.

La disposición testamentaria a favor del hijo premuerto, al caducar, no puede evitar la preterición. Por lo tanto, tales nietos, siendo herederos forzosos en línea recta, y no existiendo disposición alguna a su favor, dicha omisión provoca la nulidad de la institución de herederos y la apertura de la sucesión abintestato. La misma solución ha de aplicarse en el caso de los nietos procedentes de un hijo incapaz o desheredado.

La preterición - indican Sánchez Román,<sup>76</sup> Manresa,<sup>77</sup> de Diego<sup>78</sup> - se presume involuntaria debida a un descuido o error. La ley entonces invalida la institución de herederos aunque deja subsistentes los legados y mandas, para perjudicar lo menos posible al heredero forzoso omitido. No se intenta - como aclara de la Cámara - imponer una sanción, concebida a modo de castigo, al testador que infringe sus deberes legitimarios. Ahora bien, no es difícil ver que la premoriencia o la indignidad de un hijo son acontecimientos imprevisibles, por lo menos, en la mente de un padre que les ha instituído herederos en su testamento, sin preocuparse, por otra parte, de establecer la sustitución vulgar a favor de los nietos. También se debe presumir involuntaria la omisión de los nietos procedentes de un hijo desheredado, pues ~~el~~ único culpable es el hijo desheredado y no se debe presumir que el testador, con dicha desheredación, ha querido también excluir de su herencia a tales nietos. El fundamento, pues, de la preterición también enseña que los nietos procedentes de un hijo premuerto, indigno, o desheredado, que no han sido instituídos directamente herederos (o legatarios) en un testamento (o codicilo), ni ha sido previsto a su favor la sustitución vulgar (expresa o tácita), se deben considerar preteridos y dentro del ámbito del susodicho artículo 854.

-----  
<sup>76</sup>Sánchez Román, *op. cit.*, Tomo VI, Vol. 2, p. 1-131.

<sup>77</sup>Manresa, *op. cit.*, Vol. 6, p. 351.

<sup>78</sup>Clemente de Diego, *op. cit.*, Vol. 3, p. 231.

Esta solución, sin embargo, no cuenta con el apoyo de muchos de los tratadistas filipinos como Reyes, Puno y Tolentino puesto que a su criterio, siguiendo la opinión de los que sostienen la tesis de admisión parcial en la doctrina española, los artículos 1.035 y 923 (761 e y 857) evitan la preterición. No creemos que estos artículos conducen a este resultado, ni siquiera para los supuestos de indignidad y desheredación a que se refieren respectivamente los artículos 1.035 y 923. Veamos lo que dicen estos artículos.

El artículo 1.035 dispone así: "Si el excluído de la herencia por incapacidad fuere hijo o descendiente del difunto y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima.

"El excluído no disfrutará del usufructo y administración de los bienes que por esa causa hereden sus hijos."

Queremos señalar, ante todo, que este precepto se aplica no sólo en la sucesión testada, sino también en la intestada, como se deduce tanto de su colocación como de la enmienda que se hace en él. En el Código español, el artículo 761 aparece en el capítulo titulado "De la Herencia" mientras que este artículo 1.035 aparece dentro del capítulo con rúbrica "Disposiciones Comunes a las Sucesiones Testada e Intestada." Observamos también que el término "testador" del artículo 761 ha sido sustituido por la palabra "difunto," un cambio evidentemente premeditado por el legislador filipino, pues al final del texto del susodicho artículo, aparece la siguiente nota: "(761e)." Como ya hemos explicado en otra parte, esto quiere decir que el artículo 1.035 procede del artículo 761 del Código anterior, indicando la letra "e" que el precepto reproducido ha sufrido alguna modificación. Comparando los textos de los dos artículos, se aprecia que la enmienda consiste solamente en el cambio mencionado, para indicar que el precepto es aplicable no sólo a la sucesión testada sino también a la intestada. Dice el artículo 775 del Código filipino: "En este Título, 'difunto,' es el término general apli-

cado a la persona cuyos bienes se transmiten por sucesión haya o no dejado testamento. Si ha dejado testamento, también se le llama testador."

Estimamos que el artículo 1.035 tiene una doble finalidad: confirmar que los nietos procedentes de un hijo indigno se convierten, a su vez, en herederos forzosos y más importante, evitar que el hijo indigno disfrute de la administración o usufructo de los bienes que heredarán tales nietos por derecho de representación. Como las dos normas son aplicables en ambas sucesiones, testada e intestada, es por lo que se debe la enmienda que hemos señalado.

Observa Giménez Arnau que el primer apartado del susodicho artículo reitera una afirmación en cierto modo innecesaria, ya que se llega a ella igualmente por el camino del artículo 807 (887 del Código filipino). Pero desde otro punto de vista, era necesaria la declaración para sentar la base del precepto del segundo apartado. En realidad, la retención de los preceptos de los artículos 761 y 857 en el Código filipino se debe a la necesidad de reafirmar lo sentado por el segundo apartado del 761 a que equivale la segunda parte del 857.

Ahora bien, después de lo que acabamos de exponer, creemos que no se puede atribuir a la frase "adquirirán éstos su derecho a la legítima" un sentido restrictivo. ¿Cómo sería posible defender el criterio que dicha frase limita a la porción de legítima, sea la sucesión testada o intestada, la participación de los nietos, y que dicha frase también excluye de la herencia abintestato a los sobrinos del causante, hijos de un hermano indigno? No se puede extraer de dicha frase un alcance tan amplio como restringir lo que disponen los artículos 968, 970 y 977. Como hemos visto en el capítulo anterior, éstos conceden en la sucesión intestada el derecho de representación a los nietos y sobrinos por causa de indignidad de su progenitor, sin imponer limitación o distinción alguna en cuanto a la porción que podrán heredar. La doctrina moderna no se cansa de reiterar que la indignidad es culpa personal del infractor por lo cual

no se debe castigar a la posteridad inocente, siendo este principio precisamente lo que inspira el precepto en cuestión.

La frase en cuestión, pues, no se debe interpretar en el sentido que dichos nietos tendrían que contentarse con la porción de legítima, castigando de este modo a esta posteridad inocente que podrían tener una participación mayor si se abriese la sucesión intestada. Por el contrario, lo que se deduce de dicha frase es que tales nietos, como herederos forzosos, tienen derecho a recibir, en conjunto, como cuota mínima, la legítima que hubiera correspondido a su padre. El precepto, en cambio, no garantiza que estos nietos tendrán una participación en la porción libre por razones evidentes.

El artículo 923 (857) tiene también la misma doble finalidad señalada y se debe interpretar del mismo modo. Dispone así: "Los hijos y descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima; pero el padre desheredado no tendrá el usufructo ni la administración de los bienes de la misma." Este precepto, a su vez, sirve para confirmar que los nietos, con la desheredación de su padre, también alcanzan la categoría de herederos forzosos con derecho a recibir, en conjunto, como cuota mínima, la legítima que hubiera correspondido a su padre. La frase "ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima" tampoco implica que la participación de estos nietos haya de estar limitada a la legítima sino que asegura a éstos esta porción de la herencia.

Es significativo que no existe precepto análogo a los artículos 1.035 y 923 para el supuesto de la premo-riencia. Y es que en este caso, no hay problema de exclusión del premuerto de la administración y usufructo de los bienes ni tampoco hay la menor duda de que los hijos del hijo premuerto adquieren la condición de legítimario. No creemos, pues, que los artículos 1.035 y 923 fueran redactados para evitar la preterición para los supuestos de incapacidad y desheredación respectivamente.

Por otro lado, aunque fuera correcta que estos artículos evitan la preterición, la aplicación analógica de los mismos a la hipótesis de premoriencia sería sumamente discutible. "Se trataría - como ya nos indicé de la Cámara Alvarez - de dos artículos excepcionales, discrepantes del sistema general del Código, y cuya aplicación por analogía a un supuesto distinto del contemplado por ellos habría de tropezar, por fuerza, con graves dificultades."<sup>79</sup>

Ciertamente, la aplicación analógica de las reglas de los artículos 923 y 1.035 al -supuesto de la premoriencia para evitar la preterición, si se concediese correcta esta interpretación, tropezará con el artículo 856 de este Código. Este reproduce con ciertas modificaciones el precepto del artículo 766 y dispone así:

"El heredero voluntario que muere antes que el testador nada transmite a sus herederos.

"El heredero forzoso que muere antes que el testador, el incapaz de suceder, y el que renuncia a la herencia no transmitirán ningún derecho a sus propios herederos salvo en los casos expresamente prevenidos en este Código."

Teniendo en cuenta la aclaración que hace este artículo sobre el heredero forzoso que muere antes que el testador, no parece que haya duda de que el precepto, tal como está redactado por este Código, se refiere al derecho de transmisión. En esto están de acuerdo los tratadistas filipinos, entre ellos, J.B.L. Reyes y Tolentino.<sup>80</sup>

Lo que nos llama la atención, sin embargo, es la salvedad que se hace en el segundo apartado. Si se entendiera literalmente, parece implicar con su defectuosa redacción que existen excepciones a la norma de este precepto que no las hay, como observa muy bien

-----  
<sup>79</sup>De la Cámara Alvarez, op. cit., p. 35.

<sup>80</sup>Vid Tolentino, op. cit., Vol. III, p. 177-179, donde este autor cita también la opinión de J.B.L. Reyes.

J.B.L. Reyes.<sup>81</sup> La frase en cuestión alude en realidad al derecho de representación.<sup>82</sup> La salvedad debiera haber sido redactada de esta forma, según observa Tolentino<sup>83</sup> que se hace eco de similar observación que hizo Sánchez Román con respecto al artículo 766 del Código español: "Esto es sin perjuicio del derecho de representación en los casos expresamente prevenidos en este Código." Estimamos que esta opinión es correcta puesto que dicha salvedad corresponde a las últimas frases del artículo 766 ("salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857"). La salvedad, pues, afirma que sólo cabe ver el derecho de representación en la sucesión testamentaria "en los casos expresamente prevenidos en este Código," es decir, en condición de legitimario como dispone expresamente el artículo 854, siendo, por otra parte, doblemente dudosa en virtud de este precepto, presumir por analogía una excepción a la regla del artículo 854 que evita la preterición.

En la doctrina española, hay los que piensan que los artículos 985 y 1.038 (que son los 1.021 y 1.064 del Código filipino) también apoya la tesis de la admisión parcial. Estos artículos regulan respectivamente aspectos del derecho de acrecer y de la colación pero pensamos que ellos no permiten esta conclusión. Es muy curioso que Sierra Bermejo señala los mismos artículos para sostener conclusión distinta, estimando que dichos artículos constituyen pruebas de que se da el derecho de representación en la sucesión testamentaria sin cortapisas.

El artículo 1.021 dispone: "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.

---

<sup>81</sup>Cfr. su artículo en Lawyer's Journal, 30 de noviembre de 1950, p. 557.

<sup>82</sup>Tolentino, op. cit., p. 178.

<sup>83</sup>Idem.

Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio y no por el derecho de acrecer.

Se afirma que puede aducirse a favor de la actuación del derecho de representación limitada a la porción de legítima el último párrafo de este artículo puesto que dicho precepto sólo admite la sucesión de los demás herederos forzosos respecto de la porción legítima cuando ésta es repudiada por uno de ellos, que es precisamente cuando no se da el derecho de representación.<sup>84</sup>

Por otra parte, arguye Sierra Bermejo que la frase "Si la parte repudiada...", del segundo apartado establece claramente que este supuesto de repudiación como productor de la porción vacante en la legítima, es también el del primer párrafo referente a la parte de libre disposición, por lo cual concluye que se da el derecho de representación incluso en la porción libre, tratándose de la sucesión testamentaria.<sup>85</sup>

Pensamos que ninguna de estas dos opiniones se puede sostener y que acierta de la Cámara Alvarez que explica el precepto del modo siguiente: "El hecho de que el párrafo segundo del artículo 985 se refiere solamente a la hipótesis de repudiación no quiere decir que haya omitido los casos de premoriencia e incapacidad de un legitimario (supuesto de normal aplicación del derecho de acrecer) porque haya pensado que en los dos últimos supuestos el derecho de representación a favor de los hijos del legitimario haya de ser preferente al derecho de los demás herederos forzosos. Es evidente que también en los casos de premoriencia o incapacidad de un legitimario que carezca de hijos (o si se trata de un legitimario - ascendiente y añadimos, del cónyuge) suceden, por lo que a la legítima respecta, los demás legitimarios, y a pesar de que, indiscutiblemente, en tales

-----  
<sup>84</sup>Lacruz y Albaladejo, op. cit., p. 207, nota 5.

<sup>85</sup>Sierra Bermejo, op. cit., p. 464-465.

casos no existe el derecho de representación...

"En mi opinión, el segundo párrafo del artículo 985 es un corrolario de lo que se establece en el párrafo primero. Al decir éste que entre herederos forzosos no tiene lugar el derecho de acrecer más que con respecto a la parte libre, el segundo párrafo saca la consecuencia en cuanto a la legítima, respecto de la cual, a la par que excluye el derecho de acrecer, establecer que sucederán los coherederos por su propio derecho."<sup>86</sup>

De la Cámara indica que la finalidad del segundo apartado es impedir que a consecuencia de la actuación de las normas reguladoras del acrecimiento resulte mermada la cuota global de legítima a favor de quien no sea heredero forzoso.<sup>87</sup> Para comprender mejor como podrá ocurrir esto, hay que precisar lo que realmente es la legítima: "un derecho - según Lacruz - a bienes del patrimonio del causante en proporción determinada pero que no ha de ser forzosamente satisfecho por título de herencia, ni aún por sucesión, y que tampoco se calcula exclusivamente sobre el caudal relicto."<sup>88</sup> Esta finalidad se ilustra mejor con los siguientes ejemplos: El testador instituye herederos por partes iguales a sus dos hijos y a dos extraños, repudiando uno de los hijos su parte de la herencia. Si la atribución de la porción vacante hubiera de regularse por el derecho de acrecer, la porción vacante tendría que repartirse en partes iguales entre el hijo que aceptó la herencia y los dos extraños, con lo cual la participación del hijo sería inferior a la cuota total de la legítima que es la mitad de la herencia. O imagínense la siguiente ilustración: El testador deja una herencia de 900.000 pesos, instituyendo herederos en partes iguales a sus hijos y a un extraño. Durante su vida lizo una donación inter vivos a otro extraño por valor de 300.000 pesos. Si uno de los

-----  
<sup>86</sup>De la Cámara Alvarez, op. cit., p. 37-38.

<sup>87</sup>Idem, p. 38.

<sup>88</sup>Lacruz y Albaladejo, op. cit., p. 229.

hijos repudia su parte de la herencia y si se permite que entre en función el derecho de acrecer, el hijo que aceptó la herencia también recibirá una participación inferior a la cuota total de la legítima. Este resultado, que la ley no quiere, es lo que impide el precepto del segundo apartado.

Este peligro se presenta concretamente cuando un heredero forzoso repudia su parte de la herencia, siendo ésta la razón que el precepto del segundo apartado se refiere particularmente al caso de la repudiación. De la Cámara Alvarez dice: "Ocurre que, en tales casos (premorienza, incapacidad) un presunto heredero forzoso no ha llegado a serlo (no ha adquirido ni siquiera el ins delationis), por lo cual no puede surgir ninguna duda sobre que la cuota legitimaria (individual) de los demás debe comprender la parte proporcional correspondiente (computando como divisor sólo los legitimarios que queden) de la cuota legitimaria global. En cambio en la hipótesis de repudiación el heredero repudiante ha rechazado voluntariamente su condición de tal, y ha hecho esto cuando después de muerto el causante había adquirido ya el ins delationis. No es tan claro entonces (la cuestión se discutió por la doctrina romanista) que la cuota legitimaria de los demás herederos forzosos deba ampliarse hasta comprender la cuota legitimaria global, y precisamente porque el Código quiere que también en el caso de repudiación tenga lugar dicha ampliación es por lo que, para ese caso, excluye terminantemente la actuación del derecho de acrecer. Trata así de evitar la ley toda duda en esa hipótesis especial de la repudiación, y precisamente por entender que la duda no puede surgir en los casos de premorienza o incapacidad es por lo que el segundo párrafo del artículo 985 (1.021 del filipino) no se refiere a ellos y si sólo al de repudiación, a pesar de que también en dichos casos, el resultado sea el mismo."<sup>89</sup>

-----  
<sup>89</sup>De la Cámara Alvarez, op. cit., p. 38-39.

En cuanto al artículo 1.064 del Código filipino, éste dispone así: "Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre o madre, concurrendo con sus tíos o primos, colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre o madre si viviera, aunque no lo hayan heredado.

"También colacionarán lo que hubiesen recibido del causante de la herencia durante la vida de éste, a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad, si no perjudicare la legítima de los coherederos."

La documentada sentencia del 6 de diciembre de 1952 del más alto Tribunal español ha declarado que la norma del artículo 1.038 (1.064 del filipino) no atribuye a los nietos derecho de representación en lo que atañe a la parte libre en que haya sido instituido su padre prematuramente muerto. ¿Cabe entonces pensar que el precepto les atribuye derecho de representación con asignación de bienes en lo referente a la porción de legítima? Sierra Bermejo, no obstante, insiste que, como, por una parte, el precepto del primer apartado de este artículo es una consecuencia forzosa del derecho de representación, opinión esta que expresan García Goyena y Manresa, y como, por otra parte, el segundo párrafo habla de "testador," se deduce que el derecho de representación tiene lugar sin cortapisas en la sucesión testamentaria.<sup>90</sup>

Lacruz, sin embargo, estima que la explicación de esta anomalía, refiriéndose a la palabra "testador" en el segundo apartado, no es imposible de explicar, ni en el terreno de la génesis del artículo 1.038, ni en el de su explicación lógica. "En el primero, es bastante sencillo: el legislador refundió torpemente - como tantas otras veces - dos preceptos completamente distintos del proyecto del 51: el artículo 881, en el que se prevé el supuesto de sucesión de los nietos por representación, y el 882, en el que, se establece de modo general, la

-----  
<sup>90</sup>Sierra Bermejo, op. cit., p. 463-464.

posibilidad de dispensa de la obligación de colacionar, entendiéndose exento lo dejado en testamento "si el testador no dispusiera lo contrario, quedando en todo caso salva la legítima." La desgraciada refundición del legislador de 1888 hizo brotar un testador en la sucesión de los nietos por representación - concluye Lacruz."<sup>91</sup>

No obstante, pensamos que no es posible extraer de la frase "a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario" ninguna de las dos conclusiones anteriormente expuestas. Lógicamente, si el testador ha dispuesto que los nietos no tienen que colacionar las donaciones inter vivos que les hubiesen dado, es porque aquél les ha instituído directamente como herederos en su testamento o porque ha previsto a su favor la sustitución vulgar. Si por algún descuido, el testamento no contiene ninguna de las dos cosas, hay que inferir la sustitución vulgar tácita.

De la Cámara Alvarez estima que la expresión "en representación" del primer párrafo no se refiere al derecho de representación en sentido estricto. "Lo que quiere decir es que cuando los nietos con el carácter de legitimarios sucedan al abuelo, concurriendo con tíos o primos, colacionarán lo que hubiera colacionado su padre."<sup>92</sup> Lacruz y Albaladejo, por su parte, dicen: "Por nietos que suceden en representación del padre debemos entender a aquéllos que son legitimarios ex primo capite, representando a un padre que, a su vez, hubiera debido colacionar."<sup>93</sup> "Si sucedieran junto con su padre, entonces ya no suceden como legitimarios y nada deben colacionar."<sup>94</sup>

De la Cámara Alvarez hace notar que si el artículo 1.038 se interpretase como refiriéndose al derecho de representación en sentido estricto, entonces la colación

-----  
<sup>91</sup>Lacruz y Albaladejo, op. cit., p. 207.

<sup>92</sup>De la Cámara Alvarez, op. cit., p. 41-42.

<sup>93</sup>Lacruz y Albaladejo, op. cit., p. 575.

<sup>94</sup>Idem, vid nota 6.

que ordena no debería tener lugar en aquellos casos en que los descendientes de un hijo premuerto hubieran sido directamente instituídos por el abuelo en su testamento. Pero "con ello se incurriría en el contrasentido de regular de diferente forma dos hipótesis exactamente iguales desde el punto de vista del fundamento de la colación: la hipótesis que se daría si el abuelo en el testamento hubiera instituído, por ejemplo, a dos hijos vivos y a una estirpe de nietos (descendencia de un tercer hijo premuerto), dejando una tercera parte de la herencia a cada hijo y la tercera parte restante a la estirpe de nietos, y la que tendría lugar si, dado los mismos antecedentes y circunstancias, el abuelo hubiera muerto intestado."

Está claro que cuando los nietos heredan sin tener el carácter de legitimario, no tiene ninguna obligación de colacionar que es propia sólo de herederos forzosos. Por otra parte, no creemos que se puede sostener que los nietos en todos los casos en que heredan como herederos legitimarios del abuelo deben colacionar lo que debiera colacionar su padre. Cuando ellos heredan por derecho de representación o en virtud de una sustitución vulgar, es lógico que a ellos les corresponde no sólo los derechos que hubiera adquirido su padre, sino también las correspondientes obligaciones como la de colacionar lo que ésta ha debido de colacionar. La citada frase del segundo apartado apoya esta conclusión. En cambio, cuando el testador ha instituído herederos directamente a los nietos en su testamento, sólo se podrá exigir de éstos que colacionen lo que debiera haber colacionado su padre en el caso de que se establezca que les han instituído su abuelo para recibir, en conjunto, la misma cuota que hubiera dado éste a aquél. Solamente en este caso se podrá exigir de los nietos dicha colación del mismo modo que éstos podrán valerse de la disposición testamentaria a favor de su padre únicamente cuando justifican una sustitución vulgar tácita a su favor. Aquí también en la obligación de la colación vemos que es más lógico suponer que los nietos vienen

a la herencia del abuelo en lugar de su padre, por lo cual se debe extender la sustitución ex lege a la sucesión testada bajo ciertos límites prudentes.

No hay precepto, pues, que sostenga la tesis de la admisión parcial. "Teóricamente - según observa de la Cámara Alvarez - la aplicación excepcional del derecho de representación a la sucesión testamentaria, limitada a la legítima, tiene su punto de apoyo en la convicción (implícita en algunos autores y explícita en otros) de que existe un llamamiento específico que la ley hace a favor de los herederos forzosos y con relación a una cuota de herencia."<sup>95</sup>

El sistema de legítima del Código civil español, en cambio, según este mismo autor<sup>96</sup> consiste simplemente en imponer un control sobre la voluntad del causante, por lo cual no puede existir tal llamamiento.

Nosotros estimamos que no es necesario discutir la naturaleza jurídica de la legítima que establece el Código filipino. Entendemos que el artículo 854 está claro. La omisión de un heredero forzoso en línea recta invalida la institución de herederos con la consiguiente apertura de la sucesión intestada. El nieto (hijo de un hijo premuerto, indigno o desheredado), por derecho de representación, es un heredero forzoso en línea recta (art. 854, ap. 2º). Por consiguiente su omisión provoca la nulidad de la institución de herederos y la apertura de la sucesión intestada. La disposición a favor del hijo premuerto o indigno no puede evitar la preterición, pues al caducar, no puede tenerse en cuenta para determinar si los nietos han sido omitidos, al menos que la disposición se construye también a favor de dichos nietos en virtud de una sustitución vulgar de una sustitución vulgar tácita. Por otra

-----  
<sup>95</sup>De la Cámara Alvarez, op. cit., p. 42.

<sup>96</sup>Idem, p. 30-31. Cfr. también Lacruz y Albaladejo, op. cit., p. 183; Espin, op. cit., Vol. V, p. 431-432, además de la obra citada de Vallet de Gaytisolo.

parte, ni los artículos 923 y 1.035 (857 y 761 e) ni los 1.021 y 1.064 (985 y 1.035) fueron previstos para evitar la preterición. Y es que la falta de previsión del testador en instituir herederos a dichos nietos o en disponer a su favor la sustitución vulgar se debe considerar involuntaria, por lo cual debe entrar en función el precepto del artículo 854.

En resumen, por las razones que acabamos de exponer, estimamos que este Código no concede el derecho de representación en la sucesión testamentaria en cuanto a la disposición en si. Sin embargo, es posible en ciertos casos conseguir en este tipo de sucesión por medio de una adecuada interpretación de la voluntad tácita del testador, las mismas consecuencias prácticas que se producen en la sucesión intestada cuando juega el derecho de representación. La sustitución vulgar tácita se puede establecer, en cada caso, no sólo a base de elementos suministrados por el propio testamento sino contando también con las pruebas extratestamentarias lícitas, excluyendo sólo "las declaraciones verbales del testador" (art. 789). Los nietos (hijos de un hijo premuerto, indigno o desheredado) tienen además a su disposición, en caso de no poder establecer a su favor la sustitución vulgar tácita, el recurso del artículo 854 sobre la preterición, puesto que adquieren por derecho de representación la condición de legitimarios. Es así como vemos el actual criterio del Código civil filipino respecto a estas cuestiones que han sido planteadas a lo largo del capítulo.

## CAPITULO V

### EL DERECHO DE REPRESENTACION EN LA SUCESION MIXTA

El Código civil filipino destaca la compatibilidad entre la "sucesión testada" y la "sucesión legítima" al disponer en su artículo 778 que "la sucesión puede ser: 1) Testada; 2) Legítima o intestada; 3) Mixta". Mixta, según la define el subsiguiente artículo 780, es lo que se efectúa en parte por testamento y en parte por ministerio de la ley. Dentro de este ampliado ámbito, cabe preguntar si se da el derecho de representación en el supuesto de la llamada Enterbung o exclusión de un heredero abintestato en un testamento puramente negativo. Como cuestión íntimamente ligada, trataremos también de la desheredación en esta sucesión.

Castán indica que en el derecho alemán, se regula al lado de la tradicional desheredación romana, que implica la exclusión o privación hecha por el testador de la cuota de la herencia que corresponde a los herederos forzosos, otra forma de desheredación o exclusión (Enterbung, Ausschliessung), que hace el testador con respecto a la herencia que corresponde eventualmente a los herederos abintestato o legítimos, es decir, los llamados por la ley en el caso de la sucesión intestada. Es requisito de esta exclusión o Enterbung que la misma tenga siempre lugar por testamento, pero a diferencia de la desheredación típica que conocemos, los motivos de exclusión son libres y dependen únicamente del arbitrio del testador, sin encontrar traba ni predeterminación legal alguna. El Código civil alemán se refiere a ella diciendo en § 1.938 que "el difunto puede, por testamento, excluir a un pariente o a su cónyuge del orden de la sucesión

legal, sin instituir a otro heredero. (1)

"Los modos de Enterbung -siempre a base de ser dispuesto por testamento- pueden ser varios, indica Casso, - pero lo más frecuente son dos:

"1. La persona con herederos legítimos llamados a sucederle abintestato, no los excluye expresamente de su herencia, pero en su testamento llama a otros herederos;

"2. El testador no instituye ningún heredero en su acto de última voluntad; simplemente excluye de su herencia, en todo o en parte, a alguno o algunos de sus herederos llamados a sucederle abintestato. Aquí hay exclusión expresa del heredero legítimo apartado, y hay, además un testamento que podría llamarse puramente negativo por no contener disposición alguna positiva. Solamente una excepción encuentra esta segunda hipótesis en el Derecho alemán: el Fisco, como heredero intestado, no puede ser excluido de la herencia por una disposición mortis causa - "negativa". Para excluirlo hace falta instituir en el testamento algún heredero. Esta excepción la justifican los civilistas alemanes por aplicación de la regla, según la cual "toda persona ha de tener un heredero", ya que el Fisco es siempre llamado a suceder en la sucesión intestada, a falta de todo otro sucesor". (2)

---

(1). CASTAN, Derecho Civil Español, Común y Joral (5ª ed.) Tomo IV, pág. 635-637; CASSO, La exclusión de herederos en la sucesión legítima, Revista de la - Facultad de Derecho de Madrid 1940, pág. 5-7.

(2). Idem; Idem.

Este apartamiento de heredero o Enterbung, sin embargo, con referencia a los Códigos español y filipino en los cuales la sucesión abintestato, es subsidiaria o supletoria de la testada, no constituye una verdadera exclusión. Roca Sastre dice: "cuando un testador instituye por sus herederos a personas distintas de las que heredarían abintestato, vemos generalmente en esta actitud el simple resultado de la libertad testamentaria, mas no una verdadera exclusión o apartamiento sucesoria". (3)

Castán igualmente observa que en el Derecho español, "no se habla ni hay para qué hablar de desheredación (exclusión) en estos casos, pues como la sucesión intestada o legítima sólo tiene lugar en defecto de la testamentaria (art. 658 y 913), las personas llamadas por la ley a la sucesión intestada no son herederos más que tanto en cuanto no haya herederos testamentarios. Pero prácticamente puede darse esos mismos modos de exclusión del presunto heredero abintestato. La forma puramente negativa es perfectamente admisible, pues aunque el art. 667 de nuestro Código (783 del filipino) define el testamento como acto de disposición de bienes no deja de haber disposición por modo indirecto cuando el testador, al excluir a unos posibles herederos, provoca el llamamiento de otros". (4)

Roca Sastre y Puig Brutau también comparten este punto de vista. Dice este último que "en el caso de un testamento puramente negativo, en el sentido de que no instituyera a nadie y se limitara a excluir de la sucesión intestada a unos herederos llamados por la ley, en realidad se trataría de un llamamiento indirecto pero decisivamente eficaz a favor de los herederos a los que entonces correspondería la herencia". (5)

(3). Citado por PUIG BRUTAU, Fundamento de Derecho Civil, Tomo V-3, pág. 236.

(4). CASTAN, op.cit., pág. 636.

(5). Vid. PUIG BRAUTAU, op.cit., pág. 236.

Nosotros estimamos que la doctrina de la Enterbung o exclusión de herederos legítimos por medio de un testamento puramente negativo es aplicable también al Código civil filipino, aunque es necesario distinguir entre la exclusión de un heredero legítimo y de otro que tenga además el carácter de legitimario. Tratándose del primero, no sabemos de ningún precepto que se oponga a este modo de llamamiento que es, por otra parte, perfectamente compatible con el concepto de testamento del artículo 783 ("Testamento es un acto por el cual se permite a una persona controlar hasta cierto punto, con las solemnidades prescritas por la ley, la disposición de sus bienes, que se efectuará después de su muerte"), y entra además dentro del concepto de la sucesión mixta. El testador se limita a excluir de su herencia a ciertos herederos legítimos pero el testamento no contiene una institución de herederos. Las reglas de la sucesión intestada entonces entran en función para suplir el silencio del testador que, por otra parte, se muestra con su actitud conforme con el criterio de la sucesión intestada, salvo en cuanto a la modificación (exclusión) que hace. Se aplican, pues, las reglas de la sucesión intestada con las modificaciones introducidas por el testador con lo cual nos encontramos dentro de la sucesión mixta.

La aplicación del derecho de representación puede presentarse cuando el excluido es un hermano del testador siempre que concurren los siguientes requisitos: 1. que el hermano excluido hubiera heredado abintestato si no fuere por la disposición testamentaria ordenando su exclusión; 2. que, por otra parte, no han sido excluidos los sobrinos (hijos del hermano excluido) expresa o implícitamente (la exclusión implícita se debe deducir claramente del testamento) y; que son llamados junto con ellos hermanos del testador.

Casso indica que la jurisprudencia alemana sostiene criterio favorable a los hijos del excluido. "De la exclu-

sión de herederos intestados surgen múltiples problemas conexos, de los cuales el más interesante tal vez sea el relativo a determinar si aquella alcanza solamente al excluido, o si extiende a sus descendientes y sucesores legítimos. Esta duda la resuelve la jurisprudencia alemana negativamente, en principio, o sea, a menos de que otra cosa se deduzca expresa o implícita del testamento, en el que se hizo la exclusión; considerándose que no es necesario el apartamiento nominativo de los sucesores del excluido, sino que basta referirlo a la línea o a la estirpe<sup>2</sup>. (6)

Con respecto a esta doctrina, Castón comenta: "La regla que establece la doctrina alemana en el sentido de que la exclusión no se extienda a los descendientes y sucesores del excluido, salvo que otra cosa resulte del testamento, es perfectamente adaptable a nuestro derecho, en el cual, además, el criterio de la ley es favorable a la aplicación del derecho de representación en los casos de desheredación (cfr. art. 857 y 929)". (7)

El artículo 977 del código filipino, como hemos visto, permite la representación de una persona viva, excluyendo solo el caso de la repudiación. Dispone: "No podrán ser representados los herederos que repudien en parte de la herencia". En nuestra opinión, pues, los sobrinos cuyo padre ha sido excluido de la herencia por un testamento puramente negativo podrán heredar por derecho de representación con sus tios, hermanos del testador. En realidad, esta disposición negativa facilita la actuación del derecho de representación, pues imáginense que el hermano excluido ha incurrido en una causa de indignidad. La disposición simplemente hace innecesaria la orden judicial de exclusión. Si, por otra parte, el testador ha excluido de su herencia a su hermano por otros motivos que no sean al mismo tiempo causa de indignidad, entonces hay menor fundamento aun para que el testador dirigiese también su resentimiento contra sus sobrinos hijos del hermano excluido siendo menor la ofensa de éste último.

(6) Casso, Op. Cit., p. 6.

(7) Castán, Op. Cit., pág. 637.

Si el heredero legitimo excluido tiene además el carácter de legitimario, la validez y alcance de la exclusión dependerá en parte de la cuestión si el testador ha cumplido con los requisitos que exige la Ley para que sea válida la desheredación.

Con respecto a los efectos de la desheredación, Puig Brutau comenta: "En el sentido concreto a que se refieren los art. 848 a 857 del Código civil (español) resulta que desheredar es, como dice Royo Martinez, privar de la legitima por causa grave, justificada y demostrable a quien por razón de parentesco tendría derecho a ella". De esta premisa concluye: "El desheredado pierde su derecho a la legitima porque precisamente concurre en una de las causas legales que lo permiten. Si la causa de la desheredación es además, causa de indignidad, sus efectos pueden ser de más alcance y privar al indigno de todo derecho en la sucesión de que se trate, pero siempre que haya sido objeto de la debida prueba y declaración judicial correspondiente". (8)

Martinez Calcerrada es de la misma opinión y por eso sostiene que cuando el desheredado es hijo o descendientes del testador, la estirpe sucederá representativamente en la porción legitimaria mientras que "si al operar el "abintestato" el desheredado tiene derecho por ley a parte de la herencia deferida -lo que, como es sabido, tendrá lugar siempre que la causa de desheredación no coincida con otra de indignidad- sobre dicha cuota recibida "ex lege" su estirpe carecerá de virtualidad representativa". (9).

Por nuestra parte, nos inclinamos a la opinión mayoritaria que, aunque en sentido estricto solo se priva al desheredado de su derecho a su legitima, la desheredación, no obstante, excluye al desheredado de toda participación en la herencia. Valverde (10) dice: "La desheredación no puede hacerse

(8) Puig Brutau, Op. cit., p. 211 y 231

(9) Martinez Calcerrada, La Representación en el Derecho Sucesorio, p. 353 - 354.

(10) Valverde, Tratado de Derecho Civil Español, Vol V, p.302  
(en apoyo de la tesis contraria existe la razón)

en parte de la herencia, sino que una vez hecha, el desheredado nada puede recibir, pues es inconcebible que el testador, prive de su legitima a un heredero y le instituya en la parte libre. Tampoco puede privarle de parte de su legitima la exclusión ha de ser total, pues según afirma un comentarista, la misma falta que la ofensa, que el sentimiento del ofendido y su opinión, son siempre una sola causa y no pueden descomponerse en partes, y, por tanto, tampoco puede imponerse en fracciones del castigo"(11).

Sanchez Roman (12), Manresa (13), Clemente de Diego(14)y Bonet (15) tambien sostienen que la desheredación priva al desheredado de toda participación en la herencia, asi como del derecho a recibir alimentos (art. 152, núms. 4 a la que corresponde el art. 303 del código filipino). Si por haber cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación el heredero forzoso pierde el derecho de recibir alimentos, con más razón hay que concluir que nada podrá heredar ab intestato.

Al margen de la cuestión si es posible la desheredación parcial, nosotros no dudamos de que cuando el testador se limita a desheredar al heredero forzoso, éste queda totalmente excluido de la herencia. El artículo 1024 - 2º (914 del español) dispone : "Lo dispuesto sobre la incapacidad para suceder por testamento es aplicable igualmente a la sucesión intestada". La desheredación constituye una incapacidad para suceder por testamento e incluso sin valer de este artículo, pensamos que se puede sostener este punto de vista por la necesidad de respetar siempre la voluntad lícita del testador'.

---

(11) "En apoyo de la tesis contraria existe la razón de quien puede lo más puede lo menos, mientras un texto no lo prohíba, y, por lo tanto, si el padre pudo privar al hijo de toda la herencia, bien pudo conservarle una porción, acaso para alimentos" (Scaevola citado por Sanchez Roman, Tomo 6, Vol. 3, p. 1110.).

(12) Obra citada, Tomo 6 - 3, p. 1109.

(13) Obra citada, Tomo 6, p. 622 -623.

(14) Obra citada, Vol. 3, p. 234.

(15) Yid Compendio de Derecho Civil, (1965)  
Vol. V, Pág. 699.

Manresa, comentando sobre la razón de la diferencia entre los efectos de la proterición y desheredación injusta, dice: "Este al desheredar, revela que existe alguna razón o motivo que le impulsa a obrar así, podrá no ser bastante para privar al heredero de su legitima, pero siempre ha de estimarse suficiente para privarle del resto de la herencia, pues sobre ésta no puede pretender ningún derecho el desheredado". (16).

Ahora bien, imaginense que el testador ha hecho testamento en el cual simplemente excluye de su herencia a un hijo suyo, alegando motivos no legales o sin indicar razón alguna. Es evidente que el hijo no puede perder su legitima, pero, por otra parte, ¿será totalmente ineficaz la disposición testamentaria?. Se trata aquí en realidad, -como indica Castón- de un llamamiento indirecto a favor de las personas a quienes entonces correspondería la herencia, o sea de la sucesión mixta que hemos explicado hace poco. Entonces, estimamos que el heredero forzoso solo tiene el derecho de recurrir al artículo 918 (815 e del español) sobre la desheredación injusta, que dispone: "La desheredación hecha sin expresión de causa, o por causa cuya certeza si fuere contradicha, no se probare, o que no sea una de las señaladas en este código, anulará la institución de herederos en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán las mandas y legados y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudique a la legitima". La institución de herederos a favor de los otros hijos del testador y de los nietos por derecho de representación se anulará solo en cuanto perjudique la legitima del hijo excluido. De esto concluimos también que si la disposición testamentaria de exclusión constituye al mismo tiempo una válida desheredación, el hijo desheredado perderá su derecho a legitima, heredando también su estirpe esta porción de la herencia.

(16) Manresa. Op. cit., tomo 6, p. 351.

## CAPITULO VI

### EL DERECHO DE REPRESENTACION EN EL PARENTESCO ILEGITIMO

Los hijos ilegítimos, según hemos mencionado en el capítulo primero son herederos legítimos y legítimarios de su padre, tanto los naturales reconocidos, los naturales por ficción legal y los bastardos. En el mismo capítulo, hemos explicado quienes son éstos y cuales son sus respectivas cuotas. Se discute en la doctrina española si los hijos naturales reconocidos de un hijo natural reconocido puede heredar por derecho de representación a su abuelo. La duda la ha resuelto el código filipino a favor de los nietos ilegítimos procedentes de un hijo ilegítimo del causante, diciendo el artículo 902 que: "Los derechos (legítimarios) reconocidos a los hijos ilegítimos en los precedentes artículos se transmiten por su muerte a sus descendientes, sean legítimos o ilegítimos". El artículo 990 en relación con los 995, 998 y 999 se hace eco de este artículo para la sucesión intestada.

Por otra parte, los tratadistas filipinos observan que (1) los hijos ilegítimos de un hijo legítimo no pueden heredar abintestato a su abuelo toda vez que lo prohíbe el art. 992 (943 e del español). Este artículo decreta: "El hijo ilegítimo tiene derecho a heredar abintestato a los hijos y parientes legítimos del padre o madre; ni esos hijos o parientes heredarán de la misma manera al hijo ilegítimo".

Mucius Q. Scaevola no obstante, piensa que la prohibición del artículo 943 (992 del filipino) se refiere solo a los hijos y parientes colaterales pero no a los ascendientes. La palabra "parientes" de este artículo no se debe entender en su sentido general "porque en ese caso estaria de más la distinción entre hijos y parientes, a menos que los hijos no tienen parentesco con sus padres. Habrá podido observar que

---

(1) J.B.L. Reyes and R.C. Puno On Outline of Philippine Civil Law, Vol. 3, p. 142 y 158;

Tolentino, Civil Code of the Philippines, Vol.3,p.429.

dentro de la terminología de que se ha valido el código para particularizar el llamamiento en la sucesión intestada, ha denominado hijos a los inmediatos derivados del centro de radiación descendentes a los que subsiguen a aquellos, nietos, bisnietos,; ascendientes a todos los que por línea recta suben desde el centro, y parientes colaterales a los de la línea de travieso, Bando, pues, a la vez parientes el sentido colateral en que sin duda la emplea el código, los únicos no comprendidos en el art. 943 son los ascendientes" -concluye este mismo autor. (2)

Esta opinión, sin embargo, no ha tenido aceptación y tanto en el código español como en el filipino, se encuentran excluidos de la sucesión intestada del abuelo los descendientes ilegítimos de un hijo ilegítimo. En nuestra opinión, la teoría de Mucius Q. Scaevola es muy dudosa porque cuando particulariza el código para referir solo a los parientes en línea transversal, añade el calificativo "colaterales" como en el artículo 1.003 (946 c) En cambio no aparece este calificativo en el artículo 992 (943 c).

En este código, pues, para juzgar si los nietos ilegítimos o los descendientes de éstos, sean legítimos o ilegítimos podrán heredar abintestato, es necesario preguntar si el padre de aquellos es hijo legítimo del causante, En caso afirmativo, quedan excluidos con lo cual se crea una situación absurda -como observan los autores filipinos- puesto que los nietos ilegítimos procedentes de un hijo ilegítimo ocupan mejor situación vis a vis los de un hijo legítimo. Pero dura lex sed lex. Es muy interesante observar que un hijo legítimo podrá ser incapacitado para heredar abintestato a su bisabuelo en virtud del citado artículo 992. Esto ocurriría si su padre es hijo ilegítimo del abuelo que es hijo legítimo del bisabuelo. Al no poder heredar abintestato el padre del bisabuelo, tampoco podrán heredar por derecho de representación al hijo legítimo.

El artículo 992 plantea el problema muy interesante de los descendientes ilegítimos del hijo legitimado. En el capítulo primero, hemos indicado que el código filipino únicamente reconoce la legitimación por subsiguiente matrimonio, descartando

2) Mucius Q. Scaevola, Código Civil Comentado Vol.16, p.400-401.

la otra por concesión. ¿Podrá heredar abintestato el hijo ilegítimo de un hijo legitimado a su abuelo o quedará excluido no obstante que había sido engendrado antes de la legitimación?. Parece ser que hay que contestar negativamente puesto que, por una parte, ningún derecho sucesorio se adquiere antes de la muerte del causante, según ha declarado el Tribunal supremo (3), y de acuerdo con el artículo 777 (657 e) (4) por otra parte, el artículo 273 dispone que "La legitimación surtirá sus efectos desde el nacimiento del hijo", o sea, que se considera legítimo al legitimado desde que adquirió personalidad (art. 40 : "El nacimiento determina la personalidad..."). Bajo este código, pues, la legitimación borra por completo la ilegítima al contrario de lo que sucede bajo el español, cuyo artículo 123 dispone que "La legitimación surtirá sus efectos en todo caso desde la fecha del matrimonio".

Con respecto a las respectivas cuotas de los descendientes, legítimos e ilegítimos, de un hijo ilegítimo que heredan por derecho de representación a su abuelo, este código no dispone expresamente en que proporción deben heredar.

En la doctrina española, Mucius Q. Scaevola sostiene que tanto los hijos legítimos como los naturales reconocidos de un hijo natural reconocido pueden heredar por derecho de representación al abuelo. En cuanto a sus respectivas cuotas, estima que todos ellos deben heredar sin distinción alguna puesto que con relación al abuelo, a quien heredan, son todos ellos nietos naturales. Explica que cuando "el abuelo engendró un hijo natural, la relación de parentesco entre aquel y los descendientes de su hijo ilegítimo no puede trocarse en legítima, porque sería preciso borrar el acto inicial, y así como fue padre natural, así es abuelo natural. La legitimidad o

(3) Jayme c. Gamboa (75 oguk, 479).

(4) El artículo 777 dispone: "Los derechos a la sucesión se transmiten desde el momento de la muerte del difunto."

ilegitimidad del tronco y del pariente cuyo parentesco trate de computarse, son las que determinan la calificación. Basta que en el linaje haya un punto ensombrecido para que la legitimidad se esconda. El parentesco legitimo ha de ser puro, inmaculado, sin mezcla ni asomo de union libre por ningún lado." Concluye este autor que "si estas distinciones de linaje son admisibles con respecto al padre premuerto, desaparecen en cuanto se asciende hasta encontrar el tronco común", (5) por lo cual deben heredar por igual.

Esta opinión, sin embargo, no parece lógica aplicar con respecto al régimen del código filipino en el cual la ley, aun concediendo derechos sucesorios a los hijos bastardos, ha querido subrayar la distinción entre el hijo bastardo y el natural reconocido, dando a aquel una cuota inferior. Esta distinción evidentemente se debe al deseo del legislador de reafirmar implícitamente la santidad del matrimonio. Dado esta preocupación de la ley de proteger la institución del matrimonio (que "no es un mero contrato sino una institución social inviolable", definición del art. 52), no es probable que ha sido el criterio de este código equiparar al hijo legitimo con el bastardo cuando heredan por derecho de representación al abuelo. Nos parece, pues, más ajustada al criterio de la ley la opinión comunmente aceptada en la doctrina filipina (6) de que cuando heredan por derecho de representación los hijos de un hijo ilegítimo es preciso aplicar por analogía las cuotas prescritas por los artículos 895 y 983, si no todos son de la misma clase.

Con respecto al hijo adoptivo, hemos mencionado también en el primer capítulo que el código filipino le equipara con el hijo legitimo en cuanto a sus derechos sucesorios, excepto en un caso (7). (No se conoce la adopción menor plena que admite

(5) Mucius Q.Scaevola, Op.cit. Vol.16, p.390, 397-398.

(6) Vid Tolentino op.cit., p. 291; Reyes-Puno, op.cit. p.144

(7) Cfr. pag.11 del capítulo 1º de esta tesis.

el código español). El problema que se nos presenta es, si los descendientes del adoptado tienen el derecho de representación para heredar del adoptante, respecto el cual no hay precepto expreso en el código. Talentino sostiene criterio negativo puesto que, en su opinión el vínculo de la adopción es puramente personal entre el adoptante y el adoptado. Por otra parte, hay que subrayar que este código ha fortalecido la institución de la adopción, con el objeto de remediar la situación de los hijos ilegítimos cuya adopción la autoriza expresamente. No nos parece pues conclusiva la opinión de Talentino pero como en cuestión que requiere un estudio más detenido, nos limitamos como hemos dicho en la introducción, a plantear los problemas.

En el caso de que se establezca que se concede el derecho de representación a los descendientes del adoptado, cabe preguntar quienes de ellos y en que proporción, heredarán si se admite este derecho incluso a los ilegítimos. En caso negativo ¿cambiará la respuesta si el adoptado es el mismo tiempo hijo ilegítimo del adoptante y si es así, a que cuota tendrán derecho los representantes?.

En cuanto a la línea colateral, se discute en la doctrina española, si los hijos de los hermanos naturales tienen el derecho de representación para heredar a su tío natural. La opinión mayoritaria que refleja Borrell y Soler contesta negativamente (8) aunque Lacruz estima que también heredan por derecho de representación los hijos legítimos de los hermanos naturales (9). El artículo 994 (945 e del español) con una importante enmienda no deja duda de que el código filipino concede este derecho a los hijos legítimos del hermano ilegítimo, pero ¿y los hijos ilegítimos de éste?.

J.B.L. Reyes y Ricardo C. Puno opinan que el precepto del apartado 2º del art. 994 no concede este derecho a los hijos

ilegítimos de los hermanos ilegítimos. Este dispone: "Si el (8) Borrell y Soler, Derecho Civil Español, Vol .5 p. 369

(9) Lacruz y Albaladejo, Derecho de Sucesiones, Parte General p. 198; cfr. Puig Brutau, Fundamentos de Derecho Civil, TOMO V - 3, pl 389.

viudo o viuda sobreviviere con hermanos y sobrinos, él o ella heredará la mitad del caudal relicto, y éstos la otra mitad". Indican estos autores que al emplear este Código la palabra "sobrinos" sin calificarla con la expresión, "sean legítimos o ilegítimos", como hace el Código en los artículos 902, 995, 998 y 999 cuando se refiere a los descendientes de los hijos ilegítimos, hay que concluir, de acuerdo con el Derecho histórico, que sólo los sobrinos que son hijos legítimos de un hermano ilegítimo podrán heredar por derecho de representación a su tío ilegítimo. (10) Manresa confirma que el criterio del Derecho histórico (Código civil español) ha sido esto, o sea, que el legislador cuando no añade calificativo alguno, se refiere siempre a la familia legítima. (11).

Sólo resta resolver algunas dudas sobre si el hermano ilegítimo podrá heredar abintestato a un medio hermano también ilegítimo, y si podrá heredar el hermano que es hijo natural reconocido a su hermano que es hijo bastardo, y viceversa. Evidentemente si la respuesta es negativa, tampoco podrán heredar por derecho de representación los sobrinos en estos supuestos. A la primera pregunta, Tolentino no ve ningún obstáculo legal, pudiendo concurrir los medio hermanos incluso con hermanos de doble vínculo pero siempre respetando la regla de doble y sencilla porción. (12) A la segunda, no parece tampoco que haya objeción legal alguna, siendo también necesario respetar la antedicha regla sobre el vínculo de sangre, recibiendo una porción doble los con doble vínculo y sencilla los con vínculo de un solo lado. No estimamos aplicable aquí la proporción de 5 a 4 prescri-

---

(10). REYES-PUNO, op.cit., Vol. 3, pág. 143.

(11). MANRESA, Comentarios al Código Civil Español, Tomo 7, pág. 149.

(12). TOLENTINO, op.cit., Vol. 3, págs. 433-434.

ta por los artículos 895 y 983 que es aplicable solamente cuando se trata de la sucesión de un ascendiente. No será lógico ni justo que la Ley favorezca al hermano ilegítimo que es hijo natural reconocido sobre el que es hijo bastardo, tratándose del derecho recíproco sobre sus respectivas herencias.

## CONCLUSIONES

Con lo que hemos expuesto en los seis capítulos , hemos llegado a las siguientes conclusiones:

Que es impropio usar la palabra "representación" para designar a este derecho, pero que ya no sería práctico cambiar la nomenclatura puesto que, como observa Roca Sastre, la denominación de derecho de representación ha tomado fuerte arraigo en muchas legislaciones, incluso en la filipina.

Que la redacción por vez primera de la representación sucesoria en el Derecho romano se verifica en la Ley de las Doce Tablas cuando fueron llamados los nietos in locum parentis para heredar al paterfamilias, sucediendo por stirpes junto con sus tíos.

Que, no obstante, dichos nietos heredaban directamente al abuelo y no a su padre premuerto o emancipado ni en virtud de un derecho transmitido por éste, sino por propio derecho basado en el principio de la comunidad de bienes y al convertirse en sui iuris.

Que la nomenclatura "derecho de representación" no era conocida en el Derecho romano, sino que se debe a los interpretes del Derecho intermedio quienes, en vista de las expresiones in locum patris sui, in locum <sup>N</sup>paedefuncti parentis que se empleaban cuando heredaban los hijos de un hijo premuerto, empezaron a sostener que se trataba de una verdadera representación.

Que el derecho de representación es en realidad nada más que una sustitución ex lege fundado no sólo en la presunta voluntad del causante, sino también -como observa Castán- en consideraciones objetivas de orden familiar, social y humanitario para proteger de un modo igualitario a todas las stirpes del causante, satisfaciendo al mismo tiempo un sentimiento de piedad al reparar en lo posible el perjuicio que la muerte prematura, - u otras circunstancias personales o conducta veleidosa(añade Martínez Calcerrada)- de un padre

o ascendientes podría originar a los pobres huérfanos - o a sus hijos.

Que la representación sucesoria, por consiguiente, no es ninguna ficción de la ley sino un derecho fundado en la misma naturaleza humana, siendo la ficción un subterfugio innecesario, pues no hay por qué ocultar que la regla de la proximidad de grado no es susceptible de una aplicación rígida e inflexible, y siendo además la ficción un concepto peligroso, pues de ello se concluye que este derecho se debe interpretar restrictivamente, y también por ello se ha excluido la repudiación como causa que admite este expediente.

Que en cuanto a la actual disciplina del Código filipino de este derecho de representación, hay que subrayar que su regulación se encuentra dentro del capítulo de la sucesión intestada.

Que la esencia de este derecho consiste en que son llamados para suceder al causante los nietos u otros descendientes (y por extensión, los sobrinos) en lugar de su padre, por lo cual los efectos de este expediente son generalmente la derogación de la regla de la proximidad gradual y la división de la herencia por estirpes; además, tratándose de la línea recta descendente, tiene la representación sucesoria como otros efectos: 1. La obligación de los nietos, (u otros descendientes) en cuanto al cálculo de su legítima, de imputar a su porción legitimaria las donaciones inter vivos recibidas por su padre, y; 2. La obligación de colacionar por parte de dichos descendientes lo que hubiera colacionado su padre o ascendientes intermedios.

Que este Código admite el derecho de representación en los supuestos de premoriencia (a la cual se incorpora el de la ausencia), indignidad y desheredación y excluye sólo el supuesto de la renuncia.

Que en cuanto a su extensión, se aplica este derecho en la línea recta descendente ad infinitum y en todos los supuestos que la combinación de parientes descendientes y concursos de igual o desigual grado puedan ocasionarse, incluso en el caso de la estirpe única; también se aplica

en la línea colateral pero únicamente a favor de los sobrinos (excluyendo los sobrinos nietos) y sólo cuando los sobrinos concurren con un hermano del causante.

Que como los representantes son herederos del causante, deben tener la capacidad para suceder a éste la cual se reduce a estos requisitos: 1. que tenga personalidad y 2. que no sea indigno con respecto a, o que no haya sido desheredado por, el causante. Es de subrayar que en cuanto al primer requisito, este Código no parece exigir que el representante haya sido concebido al abrirse la sucesión, pues el artículo 1.025 parece conceder el derecho de representación incluso al concepturus.

Que el derecho de representación también se admite en la reserva troncal, según ha declarado expresamente el Tribunal Supremo filipino, ya que son aplicables a ésta las reglas de la sucesión legítima.

Que el derecho de representación no se concede en la sucesión testamentaria pero, no obstante, como los nietos u otros descendientes adquieren la condición de legitimario por derecho de representación, la cual implica claramente la enmienda que contiene el artículo 854 (814 del español), se les protegen por medio del expediente de la preterición si descienden de un padre premuerto desheredado o indigno, no teniendo, por otra parte, ningún fundamento la tesis de la admisión parcial que se apoya en los artículos 923, 1.035, 1.021 y 1.064 (857, 761 e, 985 y 1.038 respectivamente del español) para evitar la preterición. Los artículos 923 y 1.035 simplemente confirman que los hijos y descendientes del hijo desheredado o indigno se convierten, a su vez, en herederos forzosos, siendo necesaria esta declaración más que nada para sentar la base del precepto del segundo apartado del artículo 1.035 a lo que equivale la segunda parte del artículo 923 que el padre indigno o desheredado no disfrutará de la administración o usufructo de los bienes que heredarán dichos descendientes.

Que, a pesar de todo, es posible evitar la preterición y conseguir en la sucesión testamentaria los mismos efectos cuando juega el derecho de representación en la sucesión intestada mediante una adecuada interpretación de la voluntad del testador; cabe aplicar la sustitución vulgar tácita no sólo de los términos del propio testamento, sino valiéndose también de datos extratestamentarios, excepto sólo "las declaraciones verbales del testador en cuanto a su intención" (art. 789, Código filipino).

Que la forma puramente negativo de testar es perfectamente válido, entrando dentro del concepto de la sucesión mixta, en la cual es posible aplicar el derecho de representación cuando el excluído es un hermano del testador; si el excluído es un hijo (o, en su caso, un nieto) del testador, será necesario que éste haya observado los requisitos de una válida desheredación para privar al hijo de su legítima, pero la exclusión, aunque no cumpla con los requisitos de la desheredación, tendrá validez en cuanto a la porción libre, con lo cual, el derecho de representación tendrá lugar en todo caso en cuanto a la porción libre, y también en lo referente a la porción legitimaria cuando exista una válida desheredación.

Finalmente, que el derecho de representación también tiene lugar en el parentesco ilegítimo, permitiendo el Código de modo expreso la representación de un hijo ilegítimo (sea natural reconocido o por ficción legal, o hijo bastardo) por sus descendientes, legítimos e ilegítimos, los cuales, cuando heredan juntos, participan en la cuota hereditaria del representado en la proporción de 10 partes para cada hijo legítimo, 5 partes para cada hijo natural reconocido o natural por ficción legal y 4 partes para cada hijo bastardo, con tal que las cuotas de los hijos ilegítimos, en conjunto, no excedan la mitad de la cuota total. Por otra parte, el artículo 992 (943 e del español) prohíbe que los descendientes ilegítimos de un hijo legítimo o legitimado hereden abintestato a este abuelo. En cuanto a

la línea colateral, pueden heredar por derecho de representación los hijos legítimos de los hermanos, natural reconocidos o bastardos, del causante que es hijo ilegítimo de su padre. No se concede este derecho, en cambio, a los hijos ilegítimos de los hermanos ilegítimos.

Por lo tanto, hacemos las siguientes observaciones y recomendaciones:

Que la Legislatura filipina reelabora y reconsidera la actual disciplina del Código filipino del llamado derecho de representación, y adopte las siguientes propuestas:

Que la frase "creado por ficción legal" que contiene el artículo 970 sea suprimida.

Que el derecho de representación declare expresamente que el derecho de representación se aplica también en el supuesto de la estirpe única, evitando cualquier duda sobre esto.

Que reconsidere la admisión del derecho de representación en el caso de la repudiación, considerando que no hay motivos válidos para su exclusión al ser heredero el representante del causante y no en virtud de un derecho transmitido por el representado, y no siendo, por otra parte, justo que la cabeza de la estirpe sea el árbitro único de los intereses de la estirpe.

Que se modifique el texto del artículo 992 para leer: "El hijo ilegítimo no tiene derecho a heredar abintestato a los hijos y parientes colaterales legítimos del padre o madre; ni esos hijos o parientes colaterales legítimos herederán de la misma manera al hijo ilegítimo." También sería conveniente que la legislatura aclarará las respectivas cuotas de los descendientes que heredan por derecho de representación cuando no todos pertenecen a la misma clase.

Que aclare sobre la cuestión si se concede el derecho de representación a favor de los descendientes del hijo adoptivo, siendo nuestra opinión que la Ley debe favorecer a tales descendientes en vista de que la adopción, según la misma Comisión Codificadora ha sido prevista como un expediente para remediar la situación de los hijos ilegítimos.

Y sobre todo que se extienda el derecho de representación a la sucesión testamentaria, dentro de ciertos límites prudentes, como ha hecho el Código civil italiano. Como señala Castán:

"Si la ley, interpretando la comun voluntad de los hombres y los dictados de equidad, llama a los nietos y a los sobrinos, por derecho de representación, en la sucesión intestada, ¿qué razón hay para que en la testamentaria prescinda en absoluto de ese criterio y se atenga a los llamamientos expesos, 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 puedan ser anticipadamente contempladas? Es conforme al curso ordinario de las cosas presumir que el testador que dispone en favor de sus hijos o de sus hermanos, si hubiera previsto esas contingencias de premoriencia, incapacidad o repudiación del heredero o legatario instituído, habría querido favorecer, en defecto de éste, a sus hijos o descendientes, que son, como observa STOLFI, los naturales continuadores de su persona.

"Al excluir el derecho de representación en la sucesión testamentaria se viola la propia voluntad <sup>presunta</sup> ~~Resulta~~ del testador; pero, además se sanciona aquella grave injusticia que la ley trata de evitar al establecer dicho derecho en la sucesión legítima."

Por otra parte, como la recomendada aplicación del derecho de representación en la sucesión testamentaria sería bajo la condición de que no la ha excluído expresa o implícitamente (siendo clara e indudable la inferencia) el testador, no creemos que se puede ofrecer algún argumento válido en contra de la propuesta aplicación.

- ALBI AGERO, J.: "Derecho de acrecer entre herederos forzosos", en Revista de Derecho Privado, 1942.
- ARIAS RAMOS, J.: "Instituciones de Derecho Romano", tomo II, Edit. Revista de Derecho Romano, Madrid, 1963.
- BINDER, J.: "Derecho de Sucesiones". Traducción de la 2a. ed. alemana, por Lacruz Bardejo, Edit. Labor, Barcelona.
- BONET RAMON, F.: "Derecho Civil Común y Foral", Inst. Edit. Reus, Madrid, 1940.
- BONET RAMON, F.: "Compendio de Derecho Civil", Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965.
- BORRELL y SOLER, A.M.: "Derecho Civil Español", tomo V, Edit. Bosch, Barcelona, 1954.
- CAMARA, M. de la: "El derecho de representación en la herencia testada y preterición de herederos forzosos", en Revista de Derecho Notarial, núm. 7, 1955.
- CASSO, I. de: "Diccionario de Derecho Privado", tomo I: "El Derecho de Representación" por Oliva de Castro, Edit. Labor.
- CASTAN TOBEÑAS, JOSE: "Derecho Civil, Común y Foral, tomo VI, vol. 1 (séptima ed.), Inst. Edit. Reus, Madrid, 1960.
- CASTAN TOBEÑAS, JOSE: "Derecho Civil, Común y Foral", tomo IV (quinta ed.), Inst. Edit. Reus, Madrid, 1942.
- CASTAN TOBEÑAS, JOSE: "Derecho de representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 172, 1942.
- CIVIL CODE OF THE PHILIPPINES. Republic Act. No. 386, Bureau of Printing, Manila, 1949.
- COLIN, A. y CAPITANT, H.: "Curso Elemental de Derecho Civil". Traducido por Demáfilo de Buen, Edit. Reus, Madrid, 1927.
- DE DIEGO; CLEMENTE: "Instituciones de Derecho Civil", Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1932.
- ESCOBAR, E.: "El derecho de representación en la herencia testada", en Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.
- ESPIN CANOVAS, D.: "Manual de Derecho Civil Español", Vols. I y V, Edit. R.D.P., Madrid, 1964.
- FUENMAYOR, A. de: "Estirpe única y representación hereditaria", en Revista de Estudios Jurídicos, núm. 2, octubre 1942.

- GARCIA GOYENA, F.: "Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español", Vol. I, tomo II Madrid, 1852.
- GIMENEZ ARNAU, E.: "El derecho de representación en la sucesión voluntaria", en Revista Critica de Derecho Inmobiliario, 1940.
- HERNANDEZ GIL, F.: "Indignidad Sucesoria". Edit. R. D. P., junio 1961.
- HERNANDEZ TEJERO: "Derecho Romano" Edit. Escelvier, S. A. Madrid, 1959.
- IGLESIAS. JUAN: "Derecho Romano" Ediciones Ariel, Barcelona, 1958.
- JOERS-KUNKEL, M.: "Derecho Privado Romano". Traducción de L. Prieto-Castro, Barcelona, 1937.
- JOLOWICZ, H. F.: "Historical Introduction to the Study of Roman Law, Cambridge at the University Press . 1954.
- JORS, PAUL: "Derecho Romano Privado" Edición totalmente refundida por Wolfgang Kunkel, Editorial Labor, S. A. Madrid, 1937.
- LACRUZ y ALBALADEJO: "Derecho de Sucesiones, Parte General, Libreria Bosch, Barcelona, 1961.
- MALOLOS, NAPOLEON R. and MARTIN TEODORICO C. "Report of the Code Commission on the Proposed Civil Code of the Philippines", Domerte Book Supply, Manila, 1951.
- MANRESA y NAVARRO, J. M.: "Comentarios al Código Civil Español, Tomo VI, Quinta Ed., Inst. Edit. Reus, Madrid, 1921.
- MANRESA y NAVARRO, J. M.: "Comentarios al Código Civil Español", corregida y aumentada, Tomo VI 6a. Ed. Inst. Edit. Reus, Madrid 1943.
- MANRESA y NAVARRO, J. M.: "Comentarios al Código Civil Español", revisada por Tomás Agayar y Ayllón, Tomo VI, Inst. Edit. Reus Madrid 1951.
- MUCIUS SCAEVOLA Q.: "Código Civil (1904)", Tomo 16, Obras de Q. Mucius Scaevola, Madrid 1904.
- MUCIUS SCAEVOLA Q.: "Código Civil" revisado por Francisco Ortega Lorca, 5a. ed., Tomo XIII Inst. Edit. Reus, Madrid, 1943.
- MUCIUS SCAEVOLA Q.: "Código Civil", comentado y concordado extensivamente y totalmente revisado y puesto al día por Francisco Ortega Lorca, 4a. Ed. Tomo XIV.
- NOVOA SEOANE, R.: "El derecho de representación según el Código Civil. Antinomias aparentes" en R. D. P., 1914.

- OGAIAK y AILLON I.: "Comentarios al Código Civil Español" Colección "Manresa", tomo VI, Madrid 1951.
- ORTEGA LORCA, F.: "Código Civil comentado y concordado", "Colección Mucius Scaevola", tomo XVI, 4a. ed. Inst. Edit. Reus, Madrid, 1945.
- ORTEGA LORCA, F.: "Derecho de representación en la sucesión testamentaria", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Mayo 1953, (Separata, Instituto Editorial Reus, Madrid 1953.)
- PADILLA, AMBROSIO: "Civil Code of the Philippines", Acme Publishing Co. Manila, 1951.
- PLANIOL, MARCELO y RIPERT, Jorge: "Tratado Practico de Derecho Civil Francés", tomo IV, traducción de Dr. Mario Diaz Cruz, Cultural. S.A. Habana 1945.
- PUIG PEÑA: "Tratado de Derecho Civil Español", tomo II, Vol. 2, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1954.
- PUIG BRUTAU: "Fundamentos de Derecho Civil, tomo V, Vols. I, II y III. Bosch. Barcelona, 1964.
- REYES, J. B. y RICARDO C. PUNO: "An Outline of Philippine Civil Law". Vol. III, Central Book Supply, Manila, 1958.
- ROBB LOUIS A. "Dictionary of Legal Terms, Spanish-English and English-Spanish", John Wiley & Sons, Inc., New York, 1955.
- ROVIRA. A. de: "Ambito del derecho de representación sucesoria en el Código Civil", en R.D.P., 1951.
- ROYO MARTINEZ, M.: "Derecho sucesorio mortis causa". Sevilla Edit. Edlece, 1951.
- RUGGIERO R.: "Instituciones de Derecho Civil" Vol. II, "Derecho de obligaciones, familia y hereditario", trad. 4a., ed. italiana por R. Serrano Suñer y J. Santacruz, Edit. Reus Madrid 1931.
- SANCHEZ ROMAN F: "Estudios de Derecho Civil". Vol. III Derecho de Sucesiones 2a. edi. Rivadeneyra, Madrid 1910.
- SANTAMARIA. J. "Comentarios al Código Civil", tomo I, Edit. R.D.P., Madrid 1958.
- SCHULZ, FRITZ: "Derecho Romano Clasico", Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1940.
- SERRANO I.: "La Representación", en Enciclopedia Juridica Española, Fco. Seix editor, tomo XI, Barcelona.
- SIERRA BERMEJO L.: "El derecho de representación en la sucesión testada", en la Revista Anales de la Academia Matritense y del Notariado, tomo 4 1948.

- SOHM RODOLFO: "Instituciones de Derecho Privado Romano Historia y Sistema", 17a. Ed. Trad. de W. Roces, Edit. Revista de Derecho Romano, Madrid, 1936.
- TOLENTINO ARTURO M. "Commentaries and jurisprudence on the Civil Code of the Philippines, Acme Publishing Company, Manila, 1961.
- VALVERDE y VALVERDE D. CALIXTO: "Tratado de Derecho Civil Español, tomo V, 4a. Ed. Talleres Tipograficos " Cuesta ", Valladolid, 1939.
- VALVERDE y VALVERDE C: " Tratado de Derecho Civil Español" tomo V. Derecho de Sucesiones "mortis causa". 3a. ed. Talleres Cuesta. Valladolid, 1926.